

Aansprakelijkheid en Open Data *Van Erik Engerd naar J.J. de Bom*



*In opdracht van:
Het Bureau Forum Standaardisatie*

Marc de Vries, h.o.d.n. Citadel
Leersum
8 september 2012

TEN GELEIDE

Het rustige beekje 'Overheidsinformatie' is plotseling geworden tot een snel stromende rivier 'Open Data'. Niettemin blijft de verstrektingspraktijk achter bij de beleidsambities en verwachtingen van de hergebruikers. Een deel van de terughoudendheid is gelegen in (wellicht vermeende) aansprakelijkheidsrisico's die overheden zouden kunnen lopen bij het ruimhartig openbaar maken van hun gegevens voor hergebruik.

Met deze rapportage, geschreven in opdracht van het Bureau Forum Standaardisatie (het Forum), beoog ik deze zorgen weg te nemen door een juridische maar wel realistische inschatting te maken van de werkelijke risico's en daarvoor praktische oplossingen te bieden. Daarmee richt het zich dus op de (twijfelende) houders van Open Data en in het bijzonder de personen die betrokken zijn bij (het vormgeven van beleid rond) de beslissing tot het vrijgeven van data voor hergebruik en het uitvoeren van die beslissing.

Gezien de veelheid aan achtergronden van deze personen, heb ik gepoogd deze rapportage niet al te juridisch te maken, maar veel meer de toepasbaarheid in de verstrektingspraktijk als uitgangspunt te nemen. Dit vertaalt zich ook in de opzet die gekenmerkt wordt door een vraaggerichte en tevens gelaagde structuur: het zoekt aansluiting bij de achtereenvolgende stappen die een datahouder neemt in het beslissingsproces rond het vrijgeven van data voor hergebruik en wel zodanig dat de lezer ook een hoofdstuk kan overslaan.

Na algemene inleidende opmerkingen in hoofdstuk 1 zet ik in hoofdstuk 2 de vragen in een historische context en dynamiek, waarbij ik beweeg van het vorige aansprakelijkheidsonderzoek in 2001 (van de hand van de Universiteit Tilburg in samenwerking met Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn) naar de thans door datahouders gepercipieerde risico's. Vervolgens, in hoofdstuk 3, behandel ik het algemene kader van waaruit naar aansprakelijkheid voor Open Data gekeken moet worden. Daarbij komen aan de orde: semantiek, juridische duiding van (het doen aan) Open Data en algemene aspecten van het aansprakelijkheidsrecht. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 werk ik de drie 'typen' aansprakelijkheidsrisico's nader uit. In hoofdstuk 7 tenslotte leg ik uit hoe deze risico's het beste het hoofd geboden kunnen worden, aan de hand van een checklist en aanzet tot een *on-line tool* waarmee datahouders (die hergebruik willen toestaan) stapsgewijs kunnen nagaan of er risico's zijn en, zo ja, welke oplossing ze dan het beste kunnen kiezen.

Ik hoop van harte dat deze rapportage bijdraagt aan het verder laten *swingen* van het Open Data dossier, waarbij het juridisch kader geen eng obstruerend monster vormt maar veel meer acteert als een gezellige oom die helpt bij de vormgeving en vooral ook de implementatie van de Nederlandse Open Data plannen. Kortom: van Erik Engerd naar J.J. de Bom!¹

Marc de Vries
8 september 2012

¹ In de *Stratemakeropzeeshow* kwamen onderwerpen aan de orde die in die tijd (55 afleveringen tussen 3 oktober 1972 en 26 december 1974) controversieel waren. Zo probeerde men traditionele gezagsverhouding tussen ouders en kinderen ironisch aan de kaak te stellen. Hoogtepunt was steeds weer het optreden van *Erik Engerd* die zich inbeelde een soort monsterfiguur te zijn en iedereen bang probeerde te maken (wat overigens nooit echt lukte). Dezelfde cast maakte *J.J. De Bom voorheen De Kindervriend*. Dit was een *feel good* kinderprogramma (32 afleveringen tussen 3 april 1979 en 28 mei 1981) waarin problemen (van kinderen) werden behandeld door middel van sketches en liedjes. Veelal kwamen deskundigen ten tonele, die het onderwerp toelichtten en, gelukkig, ook altijd oplosten. De perceptie van het recht, aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder, verdient een zelfde ommekeer, in ieder geval waar het Open Data aangaat!

Inhoudsopgave

TEN GELEIDE.....	2
MANAGEMENTSAMENVATTING	6
1 INLEIDING	13
1.1 Van overheidsinformatie naar de wilde wereld van Open Data	13
1.2 De context en achtergrond.....	13
1.3 De opdracht en de focus van de opdracht	13
1.3.1 De doelgroepen en de data.....	14
1.3.2 De verstrekingspraktijk als uitgangspunt	15
1.3.3 Niet alleen de analyse, vooral ook de oplossingen	15
1.4 Uitvoering en begeleiding van het onderzoek	16
1.5 Opzet van deze rapportage	16
2 OPEN DATA EN AANSPRAKELIJKHEID – HOE HET WAS, WAT ER GEBEURDE EN HOE MEN DENKT DAT HET NU IS	18
2.1 Inleidende opmerkingen	18
2.2 Wat vond men 11 jaar geleden?.....	18
2.2.1 Achtergrond en doel van het onderzoek	18
2.2.2 De bevindingen.....	19
2.2.3 De aanbevelingen en conclusies	20
2.3 Wat gebeurde er sindsdien?	20
2.4 Wat vreest men nu?.....	27
2.4.1 Algemeen beeld.....	27
2.4.2 Gebieden van zorg.....	27
2.4.3 Ten onrechte openbaar gemaakt voor hergebruik	28
2.4.4 Er is iets mis met de informatie	28
2.4.5 Het toestaan van hergebruik benadeelt marktpartijen	28
2.4.6 Overige vragen rond aansprakelijkheid	29
2.4.7 Gesuggereerde oplossingen en vervolgstappen	29
2.5 Afsluitende opmerkingen.....	29
3 AANSPRAKELIJKHEID EN OPEN DATA – JURIDISCHE CONTOUREN	31
3.1 Inleidende opmerkingen	31

3.2	Wat zijn Open Data?	31
3.3	Beschikbaar stellen voor hergebruik van Open Data, wat doe je dan?	34
3.4	Algemeen kader rond aansprakelijkheid en Open Data	37
3.4.1	Inleidende opmerkingen	37
3.4.2	Aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen.....	37
3.5	Afsluitende opmerkingen.....	40
4	AANSPRAKELIJKHEID VOOR ONRECHTMATIGE BESCHIKBAARSTELLING VOOR HERGEBRUIK .	41
4.1	Inleidende opmerkingen	41
4.2	Privacy als <i>showstopper</i>	41
4.3	Inbreuk op intellectuele rechten derden	48
4.4	Afsluitende opmerkingen.....	55
5	AANSPRAKELIJKHEID VOOR HET IN HERGEBRUIK GEVEN VAN GEBREKKIGE INFORMATIE	57
5.1	Inleidende opmerkingen	57
5.2	De 5 vereisten afgelopen	58
5.2.1	Onrechtmatige daad	58
5.2.2	Toerekenbaarheid	63
5.2.3	Schade	63
5.2.4	Causaal verband	63
5.2.5	Relativiteit	63
5.3	Inhoud en omvang van schadevergoedingsplicht.....	66
5.4	Afsluitende opmerkingen.....	69
6	AANSPRAKELIJKHEID VOOR HET AANDOEN VAN ONEERLIJKE CONCURRENTIE	71
6.1	Inleidende opmerkingen	71
6.2	Regelgevingskader	71
6.3	Rechtspraak	76
6.4	Afsluitende opmerkingen.....	82
7	NAAR EEN BRUIKBARE OPLOSSING VOOR IN DE PRAKTIJK.....	85
7.1	Inleidende opmerkingen	85
7.2	Aanzet tot een Open Data juridische test tool.....	85
7.3	Afsluitende opmerkingen.....	89

CHRONOLOGISCH OVERZICHT VAN GECITEERDE RECHTSPRAAK.....	90
OVERIGE GERAADPLEEGDE BRONNEN.....	91
BIJLAGE 1 – RESUMÉ MARC DE VRIES.....	94
BIJLAGE 2 – BEELDEN VAN AANSPRAKELIJKHEIDSRISICO’S DATAHOUDERS.....	95
BIJLAGE 3 – LIJST VAN BEVRAAGDE PERSONEN	107
BIJLAGE 4 – LEDEN BEGELEIDINGS- EN STUUR- EN KLANKBORDGROEP.....	108
BIJLAGE 5 – VOORBEELDEN PROCLAIMERS.....	109

MANAGEMENTSAMENVATTING

Dit onderzoek is uitgevoerd en deze rapportage is geschreven door Marc de Vries², in opdracht van Het Bureau Forum Standaardisatie (het Forum).

De opdracht en de kaders

1. Deze rapportage maakt een realistische inschatting van de aansprakelijkheidsrisico's die een overheidsorganisatie loopt bij het vrijgeven van data voor hergebruik. Daarmee richt het zich dus op de (mogelijk nog wat twijfelende) houders van Open Data en in het bijzonder de personen die betrokken zijn bij (het vormgeven van beleid rond) de beslissing tot het vrijgeven van data voor hergebruik en het uitvoeren van die beslissing.
2. Startpunt van dit onderzoek is de opdracht van Het Forum het onderzoek 'Aansprakelijkheid voor Overheidsinformatie' uit 2001 van de hand van de Universiteit Tilburg en Pels Rijcken & Droogleeever Fortuijn te actualiseren, waarbij de thans door de datahouders binnen de overheid gepercipieerde risico's centraal staan. Uit de in de eerste fase van het onderzoek gehouden interviews blijkt dat het daarbij gaat om:
 - a. de data zijn vrijgegeven voor hergebruik maar dat had helemaal niet gemogen omdat dit inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen of intellectuele rechten die derden op de informatie hebben;
 - b. de data zijn gebrekkig waardoor hergebruikers schade kunnen leiden als zij afgaan op de juistheid van de informatie;
 - c. het (bijna) gratis vrijgeven van data voor hergebruik levert onrechtmatige concurrentie op met marktpartijen.
3. Daarbij moet bedacht worden dat sinds het 2001 het (juridische) hergebruik landschap drastisch is gewijzigd:
 - a. We hebben een geheel nieuw stuk Europese wetgeving gekregen aangaande het hergebruik van overheidsinformatie. Rond deze regeling ontstaat inmiddels wat jurisprudentie.
 - b. Daarnaast hebben we te maken met nieuwe regels ter zake van het marktoptreden door overheidsorganisaties, met een specifieke bepaling over exploitatie van overheidsinformatie (wet Markt & Overheid). Omdat deze regelgeving nog zeer nieuw is, zal in de praktijk moeten blijken hoe deze regels zich gaan zetten. Dit geldt ook voor de relatie tussen het hergebruikrecht en de meer algemene regels van mededingingsrecht.
 - c. Beleidsmatig is er inmiddels brede steun voor het Open Data gedachtegoed, zoals eigenlijk al verwoord in de Nota 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie' uit 2001, getuige de beleidsstukken van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en ook het recente (juli 2012) wetsvoorstel tot aanpassing van de Wob, onder andere inzake hergebruik..

Proces, uitvoering en kwaliteitscontrole

4. Het onderzoek is gestart op 22 maart 2012. Interviews met datahouders hebben plaatsgevonden van 3 tot 20 april 2012. Tussenrapportages zijn besproken met de Begeleidingsgroep op 24 april, 4 juni, 14 juni en met de Stuurgroep op 10 juli 2012, waarna de eindpresentatie aan de leden van het Forum heeft plaatsgevonden op 4 september 2012.
5. Voorts heeft een externe klankbordgroep stukken inhoudelijk 'tegengelezen'. Deze klankbordgroep bestaat uit: Huib Gardeniers (Net2Legal, expert op het gebied van privacyrecht),

² Een resumé van de auteur is opgenomen in [Bijlage 1](#).

Tobias Cohen Jehoram (de Brauw Blackstone Westbroek, expert op het gebied van intellectueel eigendomsrecht) en Eric Daalder (Landsadvocaat bij Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn, expert op het gebied van openbaarheidsrecht). Daarnaast heeft een aantal andere experts commentaar op stukken gegeven, te weten Jurian Muller en Jan de Zeeuw (Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie), Marieke Liedorp (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) en Victor de Pous (zelfstandig adviseur).

Afbakening en duiding

6. Uitgangspunt van dit onderzoek is steeds dat een overheidsorganisatie de ambitie heeft de data volgens het Open Data gedachtegoed vrij te geven voor hergebruik, dat wil zeggen, conform de invulling in de Open Data brief van mei 2011 van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Dit houdt concreet in dat elektronische Wob-informatie, gratis (of tegen maximaal verstrekkingkosten) beschikbaar gesteld wordt in de vorm waarin ze in het kader van de publieke taak gegenereerd is (*as is*), zonder verdere gebruiksbeperkingen.
7. Het doen aan Open Data is zonder twijfel een vorm van actieve openbaarmaking in de zin van artikel 8 Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en, zodra de belangen van artikel 10 Wob een rol gaan spelen (de weigeringsgronden), daarmee ook een besluit in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit heeft tot gevolg dat alle normen van geschreven en ongeschreven publiekrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder, in acht genomen moeten worden bij het nemen en uitvoeren van het besluit (tot openstelling van de data voor hergebruik).
8. Deze normen werken ook door bij het beoordelen van het eventuele onrechtmatige karakter van het in hergebruik geven van data. Het relevante kader hiervoor wordt geschapen door artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW), dat vijf vereisten kent: (a) een onrechtmatige daad (b) die toerekenbaar is (c) een derde die schade heeft geleden (d) een verband tussen schade en onrechtmatige daad en (e) zogenaamde relativiteit.
9. Denkend langs deze lijnen en verder ingevuld door conclusies uit het 2001 Onderzoek en de uitkomsten van de vraaggesprekken met overheidsdatahouders, zijn in wezen drie situaties te onderscheiden, die tot aansprakelijkheid kunnen leiden:
 - de data zijn beschikbaar gesteld voor hergebruik terwijl dat niet mocht (risicocategorie 1));
 - de voor hergebruik beschikbaar gestelde data zijn gebrekkig (risicocategorie 2);
 - de gratis verstrekking veroorzaakt oneerlijke concurrentie (risicocategorie 3).

Risico's uit categorie 1: data zijn vrijgegeven voor hergebruik terwijl dat niet had gemogen

10. Als data vrijgegeven worden voor hergebruik terwijl dat niet had gemogen, zal de overheid daar veelal voor aansprakelijk zijn. Dit kan in de situatie dat de data niet openbaar zijn (er is een weigeringsgrond ex artikel 10 Wob ten onrechte niet toegepast) of de situatie waarbij het in hergebruik geven inbreuk maakt op intellectuele rechten van derden.
11. In de eerste situatie zal in het kader van Open Data vooral de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en dan met name de bescherming van persoonsgegevens spelen, grotendeels neergelegd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). De regimes van de Wob en de Wbp zijn, waar het de effecten aangaat, grotendeels tegengesteld: voor Wob informatie geldt 'openbaar tenzij' terwijl het axioma van de Wbp is 'verwerking (van persoonsgegevens) mag niet, tenzij'. Daar waar bestuurlijke informatie persoonsgegevens bevat, zit dus een inherente spanning.

12. Als de privacyregelgeving niet van toepassing is op de ter beschikking gestelde informatie zullen er weinig beperkingen gelden. Maar zodra gegevens persoonsgegevens zijn of daar in de buurt komen, zal de Wbp de verwerking aan strenge eisen onderwerpen. Weliswaar is binnen de grenzen van de Wbp onder voorwaarden nog steeds veel mogelijk, maar het vereiste van doelbinding zal het ongeclausuleerd vrijgeven van hergebruik – volgens de Open Data filosofie – een lastige maken. Uiteraard is anonimiseren mogelijk, maar bedacht moet worden dat de mogelijkheid data te combineren, iets dat hergebruikers soms graag doen, vaak toch weer tot identificeerbaarheid kan leiden, zodat die verstrekking op grond van de Wbp niet toegestaan is.
13. Verstrekking van data voor hergebruik waarop intellectuele eigendomsrechten van derden rusten, zal ook tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Derden kunnen nu eenmaal auteurs- en/of databankrechten hebben op de bij de overheid berustende informatie, waardoor verstrekking voor hergebruik een inbreuk vormt op deze rechten.
14. De *Landmark* uitspraak, die door Open Data minnend Nederland met groot enthousiasme is ontvangen, lijkt weliswaar de werking van het databankenrecht richting overheden te beperken, maar juridisch inhoudelijk is op de redenering van de Afdeling nogal wat af te dingen. Het is daarom de vraag of een rechter in een volgende zaak tot een zelfde restrictieve invulling van het begrip ‘producent’ komt.
15. De schadevergoedingsverplichting zal zowel bij overtreding van privacy regels als ook bij inbreuk op intellectuele rechten over het algemeen relatief laag zijn, *if any*, zeker als de fout onbewust gemaakt is. Het bestuurlijk imagooverlies zal niettemin fors kunnen zijn, zeker waar het grootschalige schending van Wbp-normen betreft, nu dit soort schendingen vaak niet geruisloos voorbij gaan. Niettemin is voorkomen beter dan blussen. Het treffen van organisatorische en procedurele waarborgen zal kunnen bijdragen aan het voorkomen van dit soort situaties, waarbij aansluiting gezocht kan worden bij bestaande veiligheidsprotocollen, nu immers de inhoudelijke beoordelingscriteria niet anders zijn dan bij verstrekkingen op verzoek. Slechts de timing en het volume zijn anders..

Risico's uit categorie 2: aansprakelijkheid voor het vrijgeven voor hergebruik van gebrekkige data

16. Bij afwezigheid van een contractuele relatie tussen overheid en hergebruiker – een basisgedachte van Open Data – zal aansprakelijkheid voor het verstrekken van gebrekkige informatie gebaseerd moeten worden op het schenden van de betamelijkheidsnorm (artikel 6:162 BW), die nader ingevuld wordt door de regels van geschreven en ongeschreven publiekrecht, waaronder met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
17. Toepassing van de in de rechtspraak geformuleerde regels over aansprakelijkheid voor gevaarstelling (het *Kelderluik* arrest), leidt tot de conclusie dat de risico's voor overheden relatief gering zullen zijn:
 - a. In de eerste plaats zal de verstrekking van gebrekkige informatie niet al te gemakkelijk een onrechtmatige daad zijn: waar gehakt wordt, vallen nu eenmaal spaanders. Daarbij moet steeds in het oog gehouden worden dat de data uit hoofde van de publieke taak geproduceerd worden en juist niet voor het hergebruik. Open Data gaan alle kanten op – hier is het ook allemaal om te doen – en geraken aldus buiten hun context. Voor verkeerde interpretatie als gevolg hiervan kan een overheid niet verantwoordelijk gehouden worden.
 - b. Wel zal van de overheid verlangd kunnen worden dat deze de nodige voorzorgsmaatregelen neemt ter voorkoming van mogelijk kwade gebeurtenissen. Ik denk hierbij met name aan het toevoegen van een basislaag van metadata die de hergebruiker in staat stelt de context van de data beter te begrijpen en eventuele gebreken gemakkelijk zelf te constateren.

- c. Ook al is er gebrekkige informatie opengesteld voor hergebruik en hebben derden daardoor schade geleden, dan nog is het de vraag of dit handelen van de overheid wel een onrechtmatige daad is. De ‘herontdekking’ van het relativiteitsvereiste – men kan zich alleen op een norm beroepen als deze ook ter bescherming van diens belangen is geschreven - in het ‘*Duwbak Linda*’ arrest lijkt deze kant op te wijzen. Doorredenerend langs de lijnen van dat arrest zou men kunnen stellen dat de algemene publiekrechtelijke verplichting voor de overheid om een bepaalde taak uit te voeren, waarbij de informatie als een bijproduct ontstaat, haar de plicht oplegt dit zorgvuldig te doen, maar die norm heeft niet de strekking om de onbeperkte groep hergebruikers (en hun afnemers) te beschermen tegen risico’s die men vooraf niet kan beoordelen. Naarmate er evenwel een hogere mate van congruentie bestaat tussen de publieke taak en de informatieverstrekking ten behoeve van hergebruikers, zal de relativiteit steeds minder ontbreken.
18. Ook al is voldaan aan alle vijf vereisten van artikel 6:162 BW en er dus sprake is van een verplichting tot vergoeding van de schade, dan nog lijken mij op grond van toerekeningsregels (van de schade aan de onrechtmatige gedraging zoals geregeld in artikel 6:95 BW) de risico’s beperkt.
- a. In de eerste plaats zal de aansprakelijkheid van de gedraging van de overheid – het vrijgeven van gebrekkige informatie in het kader van Open Data – toch niet snel hoogst verwijtbaar zijn en eerder op grond van verkeersopvattingen dan op grond van harde schuldansprakelijkheid gevestigd worden. Daar komt bij dat de norm – een overheid zal zorgvuldig zijn bij het vrijgeven van data voor hergebruik – geen verkeers- of veiligheidsnorm is, zodat toerekening buiten de normale lijn der verwachtingen niet gerechtvaardigd is.
- b. Bovendien zal de aard van de schade toch over het algemeen zo zal zijn dat hier, letterlijk, geen bloed uit vloeit, en als dat al zo zou zijn, dan zal toch de waarschijnlijkheid van deze schade zeer laag zijn, waardoor toerekening minder voor de hand liggend is. Verder is het goed denkbaar dat de schade ook te wijten is aan eigen schuld van de hergebruiker (of een omstandigheid die voor zijn rekening komt), zodat de schade naar evenredigheid gedeeld moet worden.
19. Tenslotte zou de overheid nog kunnen overwegen haar eventuele aansprakelijkheid verder uit te sluiten door middel van een mededeling van dien aard bij het vrijgeven van de data, zoals in de praktijk al veelvuldig gebeurt. Dat wil niet zeggen dat deze zogenaamde exoneratie altijd zal houden, zeker als er een hoge mate van afhankelijkheid is van de burger ten opzichte van de overheid (zoals bijvoorbeeld bij de basisregistraties) bij de verkrijging van de data.
20. In ‘Open Data land’ wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van zogenaamde *proclaimers*, die uitleggen wat een hergebruiker wel mag verwachten van de data en op die manier de verwachtingen van de hergebruiker adresseert. Zeker als de *proclaimer* specifiek gericht is op de dataset in kwestie en bovendien nog eens gecombineerd wordt met de basislaag van metadata, acht ik de kans klein dat een rechter zal oordelen dat de overheid onzorgvuldig is geweest, ook al blijken de in hergebruik gegeven data achteraf gebrekkig.

Risico’s uit categorie 3: aansprakelijkheid voor het creëren van oneerlijke concurrentie door het gratis (of tegen verstrekingskosten) vrijgeven voor hergebruik

21. Volgens de Open Data filosofie moet overheidsinformatie weliswaar *as is* maar wel gratis en voor niets, althans tegen maximaal de verstrekingskosten en verder ongeclausuleerd, ter beschikking worden gesteld voor hergebruik aan eenieder. Als er evenwel een markt bestaat waarop deze of gelijksoortige informatie door marktpartijen verhandeld wordt, betekent dit dat er voor afnemers op die markt een zeer goedkoop of zelfs gratis alternatief beschikbaar komt, waardoor klanten bij marktpartijen kunnen weglopen. Het is daarom denkbaar dat een

overheidsorgaan aansprakelijk wordt gesteld door een marktpartij die betoogt dat het uitvoeren van het Open Data beleid onrechtmatig jegens hem is, omdat de condities waartegen de overheid de data ter beschikking stelt hem onrechtmatige concurrentie aandoen. Dit onderwerp leeft, getuige nieuwe regels in de Mededingingswet (Mw) en recente jurisprudentie.

22. De hoofdregel is en blijft dat marktoptreden door de overheid in beginsel is toegestaan, ook al ontbreekt een wettelijke basis. Dit optreden wordt pas onrechtmatig als de afweging tussen de belangen van de overheid en die van de particuliere ondernemers tot de conclusie leidt dat de gevolgen voor de particuliere ondernemers zo bezwaarlijk zijn dat deze voor hen onevenredig belastend zijn..
23. Voor vaststelling of sprake is van een economische activiteit van de overheid – de aan/uitknop voor de toepasselijkheid van markt en overheid regels – moet aansluiting gezocht worden bij de relevante Europees rechtelijke begrippen ‘markt’ en ‘onderneming’ en de interpretatie daarvan door de Europese rechter. Het vrijgeven voor hergebruik wordt door rechters meestal wel als economische activiteit gezien (onder meer in de *Verkeersdienst* zaak, de *Postcode* zaak en, wat wifelend, in de *NWB* zaak).
24. Als er een publiekrechtelijke taak bestaat tot dit economisch handelen, dan kan dit handelen *nimmer* onrechtmatig zijn en zal dit bovendien aan rechterlijke toetsing onttrokken zijn, tenzij het in strijd komt met Europees recht of internationale verdragen. Naarmate men het actief openstellen van data voor hergebruik dus als een publiekrechtelijke verplichting zal gaan zien, zal een rechter eerder geneigd zijn te oordelen dat er voor de overheid geen afweging bestaat en dit handelen niet onrechtmatig kan zijn.
25. Ook al zou het openstellen voor hergebruik een economische activiteit zijn, dan nog zal door de toepasselijkheid van artikel 25i lid 2 Mw de beschikbaarstelling voor hergebruik tegen verstrekkingskosten (of minder), bijna nooit oneerlijke concurrentie opleveren. Dit kan overigens anders zijn als er contractuele relaties zijn tussen de overheid en de marktpartij (*Verkeersdienst* zaak) of als er anderszins gerechtvaardigde verwachtingen door de overheid gewekt zijn bij marktpartijen.
26. Uiteraard moet het oogmerk van de overheid zuiver zijn: het algemene belang is gediend met het (bijna) voor niets open stellen van haar data voor hergebruik met het oog op efficiëntie en sociaal-maatschappelijke baten die daarmee ontstaan. Het zou anders zijn als het oogmerk van de prijsverlaging ingegeven zou zijn door het streven marktpartijen te confronteren met goedkopere concurrerende diensten (zodat zij moeten meezakken in prijs waardoor hun marges afnemen of zelfs verdwijnen).
27. Ook al is het oogmerk van de (bijna) gratis verstrekking voor hergebruik geheel zuiver en in lijn met het Open Data gedachtegoed, dan nog zou men in enkele gevallen kunnen betogen dat het handelen van de overheid weliswaar niet onrechtmatig is, maar dat het niet vergoeden van het geleden nadeel dat wel is. Deze aansprakelijkheid voor rechtmatig overheidshandelen kan gebaseerd worden op artikel 3:1 lid 2 Awb jo. 3:4 lid 2 Awb jo. artikel 3:14 BW. Aansprakelijkheid voor dergelijk rechtmatig overheidshandelen is overigens beperkt tot een billijke vergoeding, die redelijkerwijs niet ten laste van de benadeelde hoort te komen (in de *Falkplan* zaak is dit aanbod tot nadeelcompensatie ook door de overheid gedaan, doch tevergeefs).

28. Het vrijgeven van data voor hergebruik is niet zonder risico's, inclusief aansprakelijkheidsrisico's. Niettemin, goed beschouwd verschilt, juridisch gezien, het karakter en aansprakelijkheidskader van het doen aan Open Data niet van het passief of actief openbaar maken van bestuurlijke informatie zoals we dat al sinds jaar en dag doen. Het verschil zit hem in de volumes, de massa, de intensiteit en de timing (maar deze elementen brengen, in deze context, *juridisch* niet echt veel nieuws). In feite haalt Open Data de beslissing van openbaar maken naar voren in de tijd: data worden vrijgegeven, tenzij er een hele goede reden is dat niet doen en die beslissing wordt dus principieel bij de aanmaak van de informatie genomen.
29. De aansprakelijkheidsrisico's moeten mijns inziens dan ook in deze kaders geplaatst worden. Dat betekent dat waar het risicocategorie 1 aangaat (data hadden nooit vrijgegeven mogen worden), de overheid vooral zal moeten opletten dat er geen datasets doorheen glijpen die inbreuk maken op intellectuele rechten van derden of persoonsgegevens bevatten. Met name waar het dat laatste risico aangaat, lijkt het raadzaam daar additionele waarborgen te scheppen, zoals het degelijk voorlichten van personen binnen de overheidsorganisaties die over de Wbp-toepassing moeten waken. Op zich dus niets nieuws onder de zon, maar het stelt de organisatie en de processen meer op de proef en vereist extra scherpheid en oplettendheid van de overheid bij de uitvoering.
30. Ook de casus voor aansprakelijkheid voor het vrijgeven van gebrekkige informatie (risicocategorie 2) verschilt niet van de huidige situatie, anders dan dat de volumes omhoog gaan en daardoor de kans op fouten toeneemt. Niettemin acht ik, als gezegd, de kans dat de overheid met succes grootscheeps aansprakelijk zal worden gesteld voor fouten relatief klein, waar dit over het algemeen toch zal stranden op een gebrek aan onrechtmatigheid en/of relativiteit. Daar waar toch aansprakelijkheid ontstaat zal deze volgens toerekeningsregels beperkt zijn, ook qua omvang. Het creëren van een basislaag van metadata en het hanteren van een *proclaimer* lijken mij maatregelen die de resterende aansprakelijkheidsrisico's toch grotendeels zullen adresseren.
31. Ik concludeer dus dat de aansprakelijkheidsrisico's niet denkbeeldig zijn, maar ook niet overschat moeten worden. Daar komt bij dat de charme van Open Data is dat de gegevens als bijvangst bij de uitvoering van de publieke taak zijn ontstaan. Het risico bestaat dat het in hergebruik geven verhypothekerd wordt door van de overheid allerlei additionele voorzorgsmaatregelen te verlangen. Denkbaar is dan dat deze, zeker in tijden van schaarste – alle voorzorgsmaatregelen kosten geld - de prioriteiten anders zal leggen. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de data, waarmee nu juist op een macro sociaal-economisch niveau zo veel goeds gedaan kan worden, op de overheidsplank blijven liggen.
32. Dat neemt niet weg dat er natuurlijk altijd risico's, waaronder aansprakelijkheidsrisico's, zullen blijven bestaan. Deze vormen uiteindelijk onderdeel van een breder politiek en bestuurlijk afwegingsproces, waarin niet alleen naar deze risico's wordt gekeken, maar ook naar de potentiële baten en uiteraard ook de lasten. Uiteindelijk is de afweging: gaan we akkoord met wat meer 'gevaar' doordat mogelijkerwijs data vrijkomen voor hergebruik, met het risico dat een burger of bedrijf (of andere overheid) schade lijdt, of eisen we een perfecte overheid (en een corresponderend aansprakelijkheidsregime) omdat we menen dat het nu eenmaal niet zo kan zijn dat een burger of bedrijf zelf risico's loopt.

De oplossingen

33. Los van deze beschouwingen staat vast dat we een groot deel van de aansprakelijkheidsrisico's kunnen wegnemen door het scheppen van een helder uitvoeringskader en vervolgens deze uitvoering goed te organiseren. Dit rapport bevat daarom een aantal beslissingschema's waarmee overheden hun risico's kunnen inschatten en deze zo veel mogelijk kunnen beperken. Het laatste hoofdstuk geeft een aanzet tot een *on-line tool* die deze beslissingschema's integreert tot een makkelijk te raadplegen hulpmiddel waarmee veruit de meeste aansprakelijkheidsvragen die bij overheden kunnen leven beantwoord kunnen worden.
34. Uit de reacties die ik heb gekregen tijdens het schrijven van dit rapport is gebleken dat dit onderzoek beantwoordt aan een in de praktijk breed gevoelde behoefte. Nu van Open Data houders niet verwacht mag worden dat zij deze rapportage integraal, van kaft tot kaft gaan lezen, komt het mij voor dat het opzetten van een dergelijke *on-line tool* – bijvoorbeeld beschikbaar gesteld via data.overheid.nl – zeer grote baten zal opleveren. Hierin kunnen ook andere juridische vraagstukken die rond Open data spelen 'zelfoplosbaar' worden gemaakt, eventueel aangevuld met een helpdesk-achtige faciliteit.
35. Men kan ook nog groter denken: *de on-line tool* zou ook andere vragen kunnen beantwoorden en praktische hulp kunnen bieden (modellen, templates, gratis software, standaard procedures etc.). Hieraan lijkt veel behoefte te bestaan. Mij lijkt hier een schone taak weggelegd voor het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, in nauwe samenwerking met andere betrokkenen, waaronder de Ministeries van Economische Zaken Landbouw & Innovatie en van Infrastructuur en Milieu, en uitvoerende organisaties, zoals het Forum. De antwoorden liggen er, het is gewoon nu een kwestie van deze beter toegankelijk en bruikbaar maken.

1 INLEIDING

1.1 Van overheidsinformatie naar de wilde wereld van Open Data

Plotseling is het rustige stroompje 'overheidsinformatie' veranderd in een wellicht niet kolkende, maar toch zeker wild stromende rivier 'Open Data'. Zo verschijnen ambitieuze beleidsstukken (de Digitale Agenda van het Ministerie van EL&I en de brief van het Ministerie van BZK aangaande Hergebruik en Open Data), doen rechters belangrijke uitspraken over de hergebruikregeling (*NBW* zaak en *Postcode* zaak) en kondigt zowel de Europese als de nationale wetgever aan dat er plannen zijn de hergebruikregeling beter te schoeien op de Open Data leest. Ondertussen ontluiken diverse stedelijke Open Data initiatieven en geeft een aantal grote uitvoeringsorganisaties (RDW, Kadaster, Kamer van Koophandel, Rijkswaterstaat) aan plannen te hebben hun data tot Open Data te willen maken.

1.2 De context en achtergrond

Kortom, er zijn een omgeving en *momentum* ontstaan waar beleidsmakers rond hergebruik jarenlang naar gestreefd en op gehoopt hebben.³ Niettemin, in de praktijk blijkt dat veel overheidsorganisaties nog koudwatervrees hebben hun data tot Open Data te maken. Dit wordt bevestigd door de mensen in de praktijk en de statistieken: in juni 2012 waren op data.overheid.nl ruim 300 datasets beschikbaar, op data.gov.uk 5.400 en – misschien ook een kwestie van hoe je telt – op data.gouv.fr (beweerdelijk) 352.000 stuks...⁴

Hoe dan ook, deze koudwatervrees wordt voor een substantieel deel gevoed door vragen en onduidelijkheden aangaande mogelijke aansprakelijkheidsrisico's. Immers, bij het openbaar maken van data kunnen belangen van anderen geschaad worden, hetgeen tot aansprakelijkheid en aansluitend tot een schadevergoedingsverplichting zou kunnen leiden.

De potentiële winst van het wegnemen van deze belemmering is hoog: diverse studies hebben inmiddels aangetoond dat de sociaal economische effecten van Open Data substantieel zijn en er ook een duidelijke publieke (en politieke) business case ligt, nu Open Data tot een efficiëntere en compactere overheid zullen leiden.⁵

1.3 De opdracht en de focus van de opdracht

Tegen deze achtergrond is het doel van dit onderzoek: *“een praktisch en toepasbaar hulpmiddel te bieden voor aanbieders van data, dat gebruikt kan worden om inzicht te geven in de aansprakelijkheidsrisico's die overheden lopen bij het actief openbaar maken van hun overheidsinformatie en de mogelijke beheersmaatregelen. Het beoordelingskader voor deze risico's moet verkregen worden door een actualiseringslag te maken over het in 2001 gepubliceerde onderzoek 'Aansprakelijkheid voor overheidsinformatie'⁶, waarbij het thans geldende recht (wetgeving en jurisprudentie) en het thans geldende beleid de uitgangspunten vormen.”*

Conform de offerteaanvraag vertaalt een en ander zich in:

³ Goed beschouwd is de huidige Nederlandse beleidslijn reeds 12 geleden, in 2000, ingezet in de nota 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie' (26 387 Actieprogramma Elektronische Overheid nr. 7), zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/26387/kst-26387-7>.

⁴ Niet valt uit te sluiten dat de Fransen wat ruim geteld hebben: Cyrille Vencay komt tot 4.114 stuks, in plaats van 352.000, zie <http://epsiplatform.eu/content/benchmarking-uk-us-and-french-data-portals>

⁵ Zie met name de POPSIS en Vickery studies: <http://epsiplatform.eu/content/making-case-open-data-0>

⁶ Ruim 10 jaar geleden deed de Universiteit van Tilburg, in samenwerking met Pels Rijcken & Droogleeuwer Fortuijn advocaten en notarissen, het onderzoek 'Aansprakelijkheid voor overheidsinformatie', hierna te noemen het '2001 Onderzoek'.

- a. een rapportage waarin de aansprakelijkheidsrisico's voor actief openbaar makende overheden worden geïnventariseerd (door een actualisatie van het 2001 Onderzoek (zie hierna)) en aanbevelingen worden gedaan voor het wegnemen van deze risico's;
- b. een publiceerbaar hulpmiddel, zoals een checklist, waarmee overheden pragmatisch de gevoelde belemmeringen kunnen wegnemen;
- c. een presentatie waarin de rapportage en het hulpmiddel worden toegelicht.

1.3.1 De doelgroepen en de data

Punt is uiteraard dat in de praktijk noch 'de overheid', noch 'overheidsinformatie' bestaat: het is een uiterst breed palet van organisaties en gegevens die onmogelijk allemaal in kaart kunnen worden gebracht. Daarom is het leggen van de juiste focus essentieel, zowel wat betreft de data en hun houders en de doelgroep van dit onderzoek.

Dit onderzoek richt zich dus op de aansprakelijkheid van overheden ten opzichte van hergebruikers. De Richtlijn Hergebruik definieert deze hergebruiker, geparafraseerd, als: *ledere persoon (natuurlijk of rechtspersoon) die documenten van openbare lichamen gebruikt voor andere doeleinden dan de doelen waarvoor deze documenten geproduceerd werden. Andere overheden zijn meestal geen hergebruikers, aangezien de uitwisseling van documenten tussen openbare lichamen uitsluitend met het oog op de vervulling van hun openbare taken geen hergebruik is*⁷.

Daarmee kijkt dit onderzoek niet naar mogelijke aansprakelijkheid van overheden onderling, noch op verstrekkingen (door overheden aan niet overheden) die geschieden in het kader van de publieke taak. Dit impliceert dus dat bijvoorbeeld het verstrekken van een uitsluitend uit het Handelsregister door de Kamers van Koophandel of het leveren van een uitsluitend uit het hypotheekregister door het Kadaster aan een notaris geen object van onderzoek zullen zijn. Immers, daar gaat het om de uitvoering van een publieke taak.

Binnen deze groep van publieke datahouders is nog een nadere focus aan te leggen: het onderzoek is gericht op de beleidsmaker en -uitvoerder en de jurist binnen overheidsorganisaties die hun Open Data ambities in daden willen omzetten, maar koudwatervrees hebben voor mogelijke aansprakelijkheidsrisico's. Het gaat dus vooral om overheidsorganisaties wiens hoofdtak dus niet is het openbaar maken van de data. Juist omdat dit niet tot hun kerntaken behoort, hebben zij een (juridisch) steuntje in de rug nodig.

Daarmee ligt dus de focus niet op de, wat ik maar noem, 'overheidsinformatieprofessionals'. Hun (publieke) taak bestaat immers wel uit het openbaar maken van hun data en daarom weten ze over het algemeen vrij goed wat ze wel en niet mogen en wat de risico's zijn en deze vaak al prima geadresseerd hebben, zoals bijvoorbeeld het Kadaster of De Kamer van Koophandel (als houders van respectievelijk de kadastrale registraties en het handelsregister).

Een tweede belangrijk punt is dat binnen het brede spectrum van overheidsinformatie, de focus van dit onderzoek met name gericht is op Open Data (zoals gedefinieerd in de offerteaanvraag). Oftewel, de nadruk zal liggen op grote gestructureerde onbewerkte elektronische gegevensbestanden (bijvoorbeeld een databank van Agentschap NL met gegevens over verstrekte subsidies in de afgelopen 10 jaar) en niet op geïsoleerde gedrukte uitingen (zoals een papieren foldertje van een waterschap) of ongestructureerde data (zoals een pdf-je van een beleidsstuk).

Onderstaand schema licht dit toe met enkele voorbeelden, waarbij de gele cel het zwaartepunt van de studie aangeeft.

⁷ Zie de artikelen 1 en (met name) 2 van de Richtlijn inzake het Hergebruik van overheidsinformatie 2003/98/EG, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:345:0090:0096:nl:pdf>

Illustratie 1: de focus van het onderzoek qua overheidsinformatie en qua overheidsorganisaties

Organisatie / Informatie		Bewustheid + bekwaamheid van de overheidsorganisaties die de informatie onder zich hebben	
		Hoog	Laag
Ongrichtheid, 'digitaliteit'	Hoog	Basisregistraties Nationaal hoogtebestand Parlementaire stukken Wetgeving Rechterlijke uitspraken	Verzameling WOZ waardes Statistieken over bedrijfssubsidies Goederenstromen gemeten door douane Statistieken over criminaliteit Scheepvaartgegevens
	Laag	Belastingaanslag Bouwvergunningbeslissingen	Papieren folder met openingstijden van het gemeentelijk zwembad voor zwemmen voor gehandicapten

Dit wil overigens niet zeggen dat, in algemene zin, niet naar de aansprakelijkheid van andere data(houders) gekeken zal worden: deze zullen meegenomen worden in de actualisatie van het Aansprakelijkheidsonderzoek (aansprakelijkheid voor overheidsinformatie naar Nederlands recht in het algemeen, zie paragraaf 3.4).

1.3.2 De verstrekingspraktijk als uitgangspunt

Een tweede richtinggevend element betreft het 'praktische karakter'. Dit onderzoek kijkt naar de door de verstrekingspraktijk gevoelde risico's rond Open Data en dus niet naar ieder mogelijk theoretisch risico. Juist daarom heb ik allereerst een onderzoek(je) gedaan naar de, wat ik maar noem, 'in de praktijk gepercipieerde Open Data angsten' door daarover met een aantal datahouders te praten (zie ook paragraaf 1.4).

Op basis hiervan heb ik een clustering kunnen maken van drie typen aansprakelijkheidsrisico's die men in de praktijk ervaart. In hoofdstuk 2 kom ik daarop terug. De uitkomsten van deze gesprekken zijn overigens neergeslagen in een eerste rapportage die op 24 april 2012 gepresenteerd is aan de begeleidingsgroep.⁸ Deze is aangehecht als [Bijlage 2](#).

1.3.3 Niet alleen de analyse, vooral ook de oplossingen

Tenslotte richt dit onderzoek zich op het wegnemen van de praktisch gevoelde belemmeringen en komt het daarom met praktische oplossingen en *tools*. Dit impliceert dat het 2001 Onderzoek niet alleen gerenoveerd moet worden, er moet ook een goed toegankelijke voordeur in. Met andere woorden, het onderzoek is zowel voor de Open Data ambtenaar als de overheidsjurist instrumenteel voor het identificeren van en, waar mogelijk, wegnemen van aansprakelijkheidsrisico's.

Dat betekent dus ook dat ik als 'referentielezer' niet slechts de jurist hanteer, maar ook de ambtenaar die het Open Data beleid moet vormgeven en/of uitvoeren. Ik heb daarom geprobeerd

⁸ Voorts is bij het opstellen van deze eerste rapportage dankbaar gebruik gemaakt van het verslag van de 'Beren op de weg' sessie georganiseerd door het Forum en het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), die gehouden werd op 15 maart 2012. Deze sessie beoogde vast te stellen wat datahouders op dit moment nog weerhoudt hun data open te stellen voor hergebruik. Uiteraard kwamen hier ook juridische aspecten aan bod.

het gebruik van juridisch jargon te minimaliseren, uiteraard zonder daarbij de juridische scherpheid te verliezen. Het is en blijft echter een juridische onderzoek, dus we ontkomen er niet aan.

1.4 Uitvoering en begeleiding van het onderzoek

Conform de offerteaanvraag is dit onderzoek uitgevoerd in de periode april – juli 2012. Juist om het praktische nut van deze rapportage te optimaliseren heb ik zo veel mogelijk aansluiting gezocht bij de praktijk, zowel bij de inventarisatie van gevoelde risico's als ook bij het juridisch inschatten daarvan en het bouwen van de oplossingen.

In dat kader heb ik in de eerste fase uitgebreid gesproken met diverse datahouders. Aan de hand van deze gesprekken heb ik een inventarisatie kunnen maken van de in de praktijk gevoelde risico's. De beschrijving hiervan is neergeslagen in paragraaf 2.4.

Vervolgens, bij het juridisch inschatten van de door deze datahouders gevoelde risico's, heb ik gebruik gemaakt van een klankbordgroep bestaande uit een drietal 'superexperts' op de relevante rechtsgebieden. Het gaat hierbij om Huib Gardeniers, Tobias Cohen Jehoram en Eric Daalder, experts op respectievelijk het gebied van privacyrecht, intellectueel eigendomsrecht en openbaarheidsrecht. Hun bijdrage heeft bestaan uit het meewerken aan een interview en het *peer reviewen* van de inhoud van deze rapportage.

Daarnaast heeft steeds nauwe afstemming plaatsgehad met de begeleidings- en stuurgroep. Bijeenkomsten hebben plaatsgevonden op: (begeleidingsgroep) 22 maart, 24 april, 4 juni, 14 juni en (stuurgroep) 10 juli en (het Forum - eindpresentatie) 4 september 2012. Een volledig overzicht van alle personen die een inhoudelijke bijdrage hebben geleverd is opgenomen in [Bijlagen 3 en 4](#).

1.5 Opzet van deze rapportage

Indachtig deze context, doelstelling en focus heb ik deze rapportage zo veel mogelijk 'vraaggericht' gestructureerd. Dat wil zeggen dat de structuur is bepaald door de denkstappen die een datahouder maakt bij het nemen van het besluit tot het al dan niet in hergebruik geven van zijn data. Verder kent de rapportage een 'getrapte' structuur waarbij het mogelijk is stukken over te slaan. Als men bijvoorbeeld al zeer goed op de hoogte is van de risico's van inbreuk op rechten van derden (hoofdstuk 5), kan men zo doorbladeren naar hoofdstuk 6, waarin de aansprakelijkheidsrisico's van markt & overheid aan de orde komen, zonder dat men daarmee de draad kwijtraakt.

Aldus zet ik in hoofdstuk 2 eerst de onderzoeksvragen in een historische context en dynamiek, waarbij ik beweeg van het 2001 Onderzoek naar de thans door datahouders gepercipieerde risico's. Vervolgens, in hoofdstuk 3, behandel ik het algemene kader van waaruit naar aansprakelijkheid voor Open Data gekeken moet worden. Daarbij komen aan de orde: semantiek, juridische duiding van (het doen aan) Open Data en algemene aspecten van het aansprakelijkheidsrecht. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 werk ik de drie 'typen' aansprakelijkheidsrisico's nader uit. In hoofdstuk 7 tenslotte leg ik uit hoe deze risico's het beste het hoofd geboden kunnen worden, aan de hand van een checklist en aanzet tot een *on-line tool* waarmee datahouders (die hergebruik willen toestaan) stapsgewijs kunnen nagaan of er risico's zijn en, zo ja, welke oplossing ze dan het beste kunnen kiezen.

Ik heb ervoor gekozen een uitgebreid voetnotenapparaat op te nemen, maar waar het beleidsstukken aangaat, niet de vindplaats op internet te vermelden. Niettemin, het enkele kopiëren van de titel in *google* leidt tot die vindplaats. Verder bevat het rapport tekstgedeelten die ingesprongen weergegeven zijn in een kleiner lettertype. Het gaat dan om stukken die een lang citaat bevatten (bijvoorbeeld een aanhaling van jurisprudentie) of het voorgaande nader toelichten en die desgewenst overgeslagen kunnen worden. Engelse teksten en termen zijn steeds in een schuin lettertype weergegeven.

Verder gebruik ik voor de duiding van 'de overheid' een veelheid aan begrippen, zoals 'bestuursorgaan', 'overheidsorgaan', 'publiek lichaam' etc. Hetzelfde geldt voor het begrip 'informatie', dat men ook tegenkomt als 'gegevens', 'data'. Daar waar dat juridisch relevant is, houd ik mij echter aan de wettelijke terminologie. Tenslotte wordt in 'Open Data kringen' gedebatteerd over de vraag of de term 'Open Data' nu enkelvoud of meervoud is. Ik zal het steeds in de meervoudvorm gebruiken.

De tekst is afgesloten op 8 september 2012.

2 OPEN DATA EN AANSPRAKELIJKHEID – HOE HET WAS, WAT ER GEBEURDE EN HOE MEN DENKT DAT HET NU IS

2.1 Inleidende opmerkingen

Ruim 10 jaar geleden deed de Universiteit van Tilburg, in samenwerking met Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen, het onderzoek 'Aansprakelijkheid voor overheidsinformatie' (hierna te noemen het '2001 Onderzoek'), in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken). Het Forum heeft verzocht, ik citeer, *“een praktisch en toepasbaar hulpmiddel te bieden voor aanbieders van data, dat gebruikt kan worden om inzicht te geven in de aansprakelijkheidsrisico's die overheden lopen bij het actief openbaar maken van hun overheidsinformatie en de mogelijke beheersmaatregelen. Het beoordelingskader voor deze risico's moet verkregen worden door een actualiseringslag te maken over het in 2001 gepubliceerde onderzoek 'Aansprakelijkheid voor overheidsinformatie', waarbij het thans geldende recht (wetgeving en jurisprudentie) en het thans geldende beleid de uitgangspunten vormen.”*

Actualiseren is in feite: vastleggen hoe het was en vervolgens kijken wat er veranderd is. Daarom zal ik in dit tweede hoofdstuk eerst schetsen wat destijds in 2001 de bevindingen waren van het 2001 Onderzoek (paragraaf 2.2), om vervolgens te kijken wat er sindsdien juridisch en beleidsmatig op het 'hergebruikfront' is gebeurd (paragraaf 2.3). Ik sluit dan af in paragraaf 2.4 met de aansprakelijkheidsrisico's zoals die thans ervaren worden door datahouders, gebaseerd op de interviews die ik in de eerste fase van het onderzoek heb gehouden. Paragraaf 2.5 bevat de afsluitende opmerkingen.

2.2 Wat vond men 11 jaar geleden?

2.2.1 Achtergrond en doel van het onderzoek

In 2000 publiceerde het ministerie van BZK de Beleidslijn Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie (zie hierover uitgebreid paragraaf 2.3). Deze beleidslijn propageerde onder meer een omslag in de wijze waarop overheidsinstellingen omgaan met hun informatie. In het verlengde hiervan kwam de vraag op wat deze omslag betekent voor de eventuele aansprakelijkheid van de overheid voor de door hen beschikbaar gestelde informatie.

Met het oog hierop werden de Universiteit van Tilburg en Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen gevraagd een mooi rapport te schrijven met antwoorden op de volgende twee vragen:

1. In hoeverre is de overheid naar huidig recht aansprakelijk voor tekortkomingen in de inhoud van de door haar naar buiten gebrachte informatie?
2. In hoeverre is het wenselijk en mogelijk deze aansprakelijkheid te beperken? Onderwerp van het onderzoek vormt daarmee de aansprakelijkheid van de overheid voor tekortkomingen in de informatie die de overheid verstrekt.

Daarbij mocht uitgegaan worden van een breed 'informatie begrip', te weten alle soorten informatie die fysiek bij de overheid aanwezig zijn. Verder ging het onderzoek niet specifiek uit van actieve openbaarmaking en was de aansprakelijkheid niet beperkt tot de relatie overheid - burger, maar moest ook naar interbestuurlijke verhoudingen gekeken worden.

Hieronder een korte samenvatting van de belangrijkste bevindingen, waarbij ik me concentreer op de voor het (huidig) onderzoek relevante stukken (waarmee ik dus onder meer de case studies en de

passages over rechtsvergelijking met buitenlandse stelsels buiten beschouwing laat, uiteindelijk circa 100 van de totaal 217 pagina's latend voor wat ze zijn).

2.2.2 De bevindingen

Het rapport begint met een stevige disclaimer: omdat richtinggevende jurisprudentie en literatuur op dit gebied ontbreekt zal de beoordeling of een gedraging onrechtmatig is sterk afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Hoe dan ook, voor de beoordeling van eventuele belangenschendingen zal aansluiting gezocht moeten worden bij artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarbij vooral gewicht toegekend moet worden aan de voorzorgsmaatregelen die de overheid bij het vrijgeven van informatie heeft genomen. Deze vereiste zorgvuldigheid, aldus nog steeds het rapport, wordt dan verder ingevuld door voor de overheid geldende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dan met name het vertrouwensbeginsel en het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding van overheidshandelingen.

Tegen deze achtergrond identificeert het onderzoek een drietal mogelijke casus' op grond waarvan de overheid aansprakelijk zou kunnen zijn:

- a. aansprakelijkheid voor schade ontstaan door onjuiste of onvolledige informatie;
- b. aansprakelijkheid voor schade ontstaan door inbreuk op een intellectueel eigendoms- of privacyrecht;
- c. aansprakelijkheid voor schade ontstaan door schending van een reputatie.

a. aansprakelijkheid voor schade ontstaan door onjuiste of onvolledige informatie

In het geval dat een burger gerechtvaardigd heeft vertrouwd op onjuiste of onvolledige informatie die de overheid heeft vrijgegeven en deze burger op grond daarvan heeft gehandeld en daardoor schade heeft geleden, kan sprake zijn van een schending van de zorgvuldigheidsnorm die artikel 6:162 BW oplegt. Het rapport constateert dat deze aansprakelijkheid kan worden voorkomen indien de overheid voldoende voorzorgsmaatregelen neemt. Het rapport maakt hierbij een voorzichtig onderscheid tussen gerichte en ongerichte informatie. Bij gerichte informatie wordt informatie gegeven aan groepen burgers, waarbij de situaties en behoeftes van hen bij de overheid duidelijk en kenbaar zijn. Deze informatie wekt daardoor eerder vertrouwen op, en door de gerichtheid zijn voorzorgsmaatregelen makkelijker te treffen. Hebben gebruikers hierop vertrouwd en mochten zij in redelijkheid op deze informatie afgaan, dan kan dit leiden tot aansprakelijkheid. Bij ongerichte informatie wordt, aldus de onderzoekers, informatie in het algemeen aan een grote groep burgers verstrekt, waardoor het gebruiksdoel minder makkelijker voorzienbaar is, en voorzorgsmaatregelen moeilijker te nemen zijn. Bovendien mag niet alleen van de overheid, maar ook van de burger verwacht worden dat deze voorzorgsmaatregelen neemt ter voorkoming van schade.

b1. aansprakelijkheid voor schade ontstaan door inbreuk op privacyrecht;

Het verstrekken van informatie kan ook tot aansprakelijkheid leiden wanneer dit een inbreuk op de privacy van een burger vormt. Het onderzoek constateert dat er een inherente spanning zit tussen de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) – die immers bepaalt dat persoonsgegevens niet worden verstrekt, tenzij het geen inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer - en de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) die juist een openbaarmakingsverplichting oplegt. Niettemin is de bescherming van de persoonlijke levenssfeer een expliciete weigeringsgrond in de Wob, zodat een afwegingskader bestaat. Dat betekent, aldus de onderzoekers, dat als de belangenafweging onder de Wob gemaakt is (en deze positief uitvalt), de verstrekking geen inbreuk kan maken. Daarbij dient uiteraard wel rekening gehouden te worden met jurisprudentie, aangezien het afwegingskader daar voor een belangrijk deel door wordt bepaald.

b2. aansprakelijkheid voor schade ontstaan door inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht

Verstrekt de overheid informatie waarop een auteurs- of databankenrecht van een derde rust, dan kan ook sprake zijn van onrechtmatig handelen. Indien deze rechten bij een derde berusten, zal de overheid namelijk in beginsel eerst toestemming van hem moeten hebben verkregen. Zolang de overheid het auteursrecht of databankenrecht op de informatie houdt, zal geen aansprakelijkheid kunnen ontstaan bij het verstrekken van deze informatie.

c. aansprakelijkheid voor schade ontstaan door schending van een reputatie

Het onderzoek kijkt ook nog naar de casus waarbij de overheid informatie vrijgeeft waardoor een burger reputatieschade kan oplopen (waaronder het rapport ook vat informatie die de concurrentiepositie van een bedrijf kan schaden). Waar het om juiste informatie gaat – onjuiste kwam hierboven al aan de orde – zal de overheid op grond van de Wob weer een belangenafweging moeten maken, waarbij ze nagaat of de informatie die zij openbaar maakt, kan leiden tot een onevenredige bevoordeling of benadeling van de betrokken personen. Ook hier concluderen de onderzoekers dat de voorafgaande belangenafweging ertoe zou moeten leiden dat geen aansprakelijkheid uit onrechtmatig handelen zal ontstaan.

2.2.3 De aanbevelingen en conclusies

Ter voorkoming van aansprakelijkheid komt het rapport met een serie aanbevelingen van met name procedurele en organisatorische aard. Ook juridische middelen worden overwogen waaronder (verhelderende) wetgeving en standaard contracten, *disclaimers* en vrijwaringen. De aanbevelingen sluiten vooral aan bij de constatering dat het treffen van voldoende voorzorg veelal de aansprakelijkheidsrisico's zal wegnemen. Men noemt hierbij: het geven van nadere bijzonderheden over de verstrekte gegevens, zoals datum van verzameling, doel van verzameling, vermelding van foutenmarge, het uitvoeren van controles, aanwijzingen omtrent hergebruik, etc. Kortom, alles optellend lijkt het allemaal wel mee te vallen. De risico's zijn beperkt en daar waar het spannend wordt, kan de overheid deze wegnemen door de nodige voorzorgsmaatregelen te treffen.

In retrospectief, komt de rapportage wat aarzelend en wat academisch over. Niettemin, het was natuurlijk pionierswerk: er was nog nooit fundamenteel over dit onderwerp gepubliceerd. Verder moet niet vergeten worden dat we het jaar 2001 schrijven: het hele 'hergebruikrecht' bestond nog niet en tal van aanpalende rechtsgebieden waren nieuw of heftig in beweging: de Databankenwet was net aangenomen, de Wet Personenregistraties stond op het punt vervangen te worden door de Wet bescherming persoonsgegevens en in feite was het 'ICT-recht' aan het ontstaan. Hoe deze woelige baren verder zouden bewegen, lezen we in de volgende paragraaf.

2.3 Wat gebeurde er sindsdien?

Dit onderzoek actualiseert dus een onderzoek dat ruim 11 jaar geleden werd uitgevoerd. In die tijd is er veel veranderd rond het, wat ik maar noem, 'hergebruikdossier'. Omdat deze context wel essentieel is voor het goed duiden en begrijpen van de aansprakelijkheidsrisico's rond Open Data, te behandelen in hoofdstuk 3, geef ik hieronder een historisch overzicht van het beleid en de daaruit voortvloeiende regelgeving en andere gebeurtenissen die van belang zijn (rapporten, rechterlijke uitspraken etc.), waarbij ik me beperkt heb tot die evenementen die van directe invloed zijn geweest op het onderwerp hergebruik. Dat betekent dus dat bijvoorbeeld de regeling over toegang tot milieu-informatie (onder het Verdrag van Aarhus), niet behandeld wordt. Ik spring daarbij wat heen en weer tussen de nationale en de Europese gebeurtenissen. Om het blikveld compleet te maken, begin ik niet in 2001 – het jaar van publicatie van het 2001 Onderzoek – maar ga ik terug naar waar het allemaal begon: de Nota Kohnstamm uit 1997.

Illustratie 2: belangrijkste gebeurtenissen in het hergebruikdossier van de afgelopen 15 jaar

Jaar	Nationaal	Europees
1997	- Nota Kohnstamm	
1998	- BDO-bestandenonderzoek	
1999	- Rapport Wob-auteursrecht	- Groenboek Overheidsinformatie van de Europese Commissie
2000	- Nota Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie - Studie Digitale Grondrechten - Studie Wob & ICT	- PIRA Study
2001	- Studie aansprakelijkheid voor Overheidsinformatie	- Mededeling Europese Commissie met voornemen Richtlijn Hergebruik
2002	- Studie gebruiksrechten overheidsinformatie	
2003		- Richtlijn Hergebruik
2004	- Evaluatie Wob UvT 'Over wetten en praktische bezwaren'	
2005	- Onderzoek conformiteit hergebruikregeling met bijzondere verstrekingsregimes - Onderzoek aanwezigheid exclusieve contracten en mogelijke aansprakelijkheidsrisico's - Dissertatie 'Toegang tot overheidsinformatie' van Eric Daalder	
2006	- Implementatie van Wet hergebruik overheidsinformatie in Wob - Concept wetsvoorstel algemene wet overheidsinformatie	- MEPSIR Study
2007		- MICUS Study
2008		
2009	- Beslissing in Landmark zaak	- Evaluatie Hergebruik Richtlijn
2010	- Open Data breekt door	- publieke consultatie over de Richtlijn Hergebruik
2011	- Digitale Agenda.nl - Open Data brief minister Donner - Wetsvoorstel Markt & Overheid aangenomen - Beslissing in Falkplan zaak - Beslissing in Postcode zaak	- POPSIS Study - Vickery Study - Voorstel herziening Hergebruik Richtlijn
2012	- Concept wetsontwerp aanpassing Wob en initiatief Wetsontwerp Mariko Peters	

a. Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie (Nota Kohnstamm)

In juni 1997 publiceert de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken, de heer Kohnstamm, de nota 'Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie'⁹. In het kort bevat het twee politieke thema's: (1) de rol die ICT kan spelen bij vergroting van de openbaarheid van overheidsinformatie en (2) de mogelijkheden tot exploitatie van elektronische gegevensbestanden, waarbij, zoals de nota zelf ook stelt, de politieke vraagpunten worden geïdentificeerd, zonder deze evenwel te beantwoorden. Verder constateert de nota dat het juridisch kader rond exploitatie – en dan met name de relatie tussen de Wob en het auteursrecht en de latere Databankenwet – verre van duidelijk is. Dit leidt tot twee belangwekkende rapporten, te weten het BDO-bestandenonderzoek¹⁰ en het rapport van de

⁹ Tweede Kamer, Vergaderjaar 1996–1997, 20 644, nr. 30.

¹⁰ BDO rapport, Elektronische bestanden van het bestuur, september 1998.

interdepartementale Commissie Wob-auteursrecht¹¹ die weer de opmaat vormen voor de nota 'Naar een optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie'.

b. Nota Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie

Op 20 april 2000 verschijnt van de hand van de Minister voor Grote Steden- en Integratiebeleid de langverwachte beleidslijn 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie'.¹² Doel van het stuk is het ontwikkelen van een kader voor het commercieel gebruik van gegevensbestanden van de overheid en het nader preciseren van het begrip basisinformatie van de democratische rechtsstaat. Samengevat propageert de nota een voor dat moment vrij revolutionaire beleidslijn: (1) overheidsbestanden moeten op verzoek zo ruim mogelijk non- discriminatoir beschikbaar zijn voor extern gebruik (tegen uniforme voorwaarden en tegen maximaal de kosten van verstrekking); (2) voor het gebruik van overheidsbestanden mag daarenboven geen prijs voor een licentie worden gevraagd; exploitatie door de overheid zelf wordt hierdoor uitgesloten; (3) voor zover het nog nodig is aan het externe gebruik van bestanden voorwaarden te stellen (uit hoofde van het auteursrecht en het nieuwe databankenrecht), mogen deze alleen dienen ter bescherming van nader te bepalen publieke belangen en ter bescherming van op de informatie rustende rechten van derden. In aansluiting hierop wordt in december 2002 de studie 'gebruiksrechten overheidsinformatie' afgerond naar de wijze waarop deze aanbevelingen in wetgeving zouden kunnen worden vertaald.¹³ Daarin wordt geadviseerd de Wob te verruimen en ook het gebruik van overheidsinformatie (dus niet alleen de toegang) aldaar te regelen.

c. Richtlijn Hergebruik Overheidsinformatie

Ondertussen zit de Europese wetgever ook niet stil. Reeds aan het begin van de jaren '90 van de vorige eeuw realiseert de Europese Commissie zich namelijk dat overheidsinformatie steeds meer een Europese dimensie zal krijgen. Na behoorlijk wat vijven en zessen, publiceert het begin 1998 het 'Groenboek overheidsinformatie en de informatiemaatschappij', met het doel een brede discussie los te maken binnen de Lidstaten.¹⁴ Dit leidt vervolgens tot de publicatie van een zogenaamde Mededeling in november 2001, waarin de Commissie te kennen geeft het voornemen te hebben een Richtlijn uit te vaardigen, maar dan wel alleen op het exploitatie gedeelte van overheidsinformatie (en niet zo zeer op de toegangskant ervan).¹⁵

Ter uitvoering van dit voornemen wordt op 27 oktober 2003 de 'Richtlijn inzake het hergebruik en de commerciële exploitatie van overheidsinformatie' aangenomen.¹⁶ De belangrijkste elementen zijn:

¹¹ Als bijlage bij de nota Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie een rapport van de ambtelijke werkgroep Wob-Auteursrecht en het (daarop betrekking hebbende) advies van de Commissie Auteursrecht en een standpunt dienaangaande van de Minister van Justitie. Dit (mede) naar aanleiding van het verslag van het algemeen overleg inzake het Actieprogramma Elektronische overheid, Kamerstukken II, 1999-2000, 26 387, nr. 6.

¹² Tweede Kamer, vergaderjaar 1999–2000, 26 387, nr.

7. <http://www.forumstandaardisatie.nl/fileadmin/os/documenten/Nota_Optimale_beschikbaarheid.pdf>

¹³ M. Reinsma en H. van der Sluis, 'Naar ruimere openbaarheid en een vrij gebruik van bestuurlijke informatie', in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, december 2002, te raadplegen via www.minbzk.nl. Zie ook: M. Reinsma, 'Gebruiksrechten op overheidsinformatie', AMI 2003, nr 5, p. 169-174.

¹⁴ Groenboek Overheidsinformatie: een essentiële hulpbron voor Europa (COM(1998) 585).

<ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/econtent/docs/gp_nl.pdf>

¹⁵ Brussel, 23.10.2001, COM (2001) 607 definitief.

<http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/docs/pdfs/eeurope/2001_607_nl.pdf>

¹⁶ Richtlijn 2003/98/EC van het Europese Parlement en de Raad van 17 November 2003, OJ 31 December 2003.

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0098:EN:NOT>>

- Centraal begrip in de Richtlijn is het concept 'hergebruik': gebruik van documenten voor een ander gebruik dan uit hoofde van de publieke taak. Hieronder valt ook het nadere gebruik binnen de overheid voor activiteiten vallend buiten de publieke taak.
- De Richtlijn tast bestaande toegangsregimes niet aan en laat bestaande beschermingsregimes van intellectuele eigendom en privacy volledig intact. Daarnaast schept de Richtlijn geen verplichting hergebruik toe te staan: dit blijft een competentie van de Lidstaten. Echter, als ze dat doen, dan moet dat Richtlijnconform gebeuren.
- Ondanks de afwezigheid van 'hergebruikverplichtingen' worden overheidsinstellingen wel aangemoedigd hun documenten zo veel mogelijk *on-line* beschikbaar stellen in een formaat die niet afhankelijk is van het gebruik van bepaalde software. Daarnaast moeten Lidstaten praktische voorzieningen scheppen, zoals *assets list* en *portal sites*, waarmee de documenten en de voorwaarden voor hergebruik toegankelijk worden.
- De Richtlijn bevat een maximum prijsniveau: voor het geval prijzen worden gerekend voor hergebruik – er mogen ook lagere of überhaupt geen prijzen gerekend worden – mogen de totale inkomsten uit het verlenen van toestemming voor de toegang tot of het hergebruik van documenten niet hoger zijn dan de kosten van voortbrenging, vermenigvuldiging en verspreiding, vermeerderd met een redelijke winstmarge. De bewijslast voor het kostengeoriënteerde karakter van de vergoeding ligt bij het overheidsorgaan die de vergoeding vraagt.
- Licenties voor hergebruik moeten eerlijk en transparant zijn en Lidstaten worden uitgenodigd te voorzien in standaard licenties. Deze licenties moeten non-discriminatoir zijn voor zover het gaat om vergelijkbare soorten hergebruik. Dit geldt ook voor de situatie dat overheden zelf hun informatie hergebruiken, dat wil zeggen commercieel exploiteren in concurrentie met marktpartijen: de interne voorwaarden moeten gelijk zijn aan de externe voorwaarden.
- Het aangaan van exclusieve overeenkomsten moet zoveel mogelijk vermeden worden. Slechts als een dienst van algemeen economisch belang wordt geleverd die zonder een dergelijk arrangement niet geleverd zou worden, is zo'n exclusieve overeenkomst toegestaan. Alle exclusieve overeenkomsten die niet daaraan voldoen moeten uiterlijk 31 december 2008 beëindigd zijn.

Begin 2004 weet de Nederlandse wetgever zich dus geconfronteerd met twee opdrachten: de Europese verplichting tot (tenminste) minimum implementatie, per medio 2005, en de beleidsambities die al vijf jaar op de plank liggen (geformuleerd in de Nota 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie' en nader geconcretiseerd in de studie 'Gebruiksrechten overheidsinformatie'). Ondanks goede intenties – er ligt reeds een wetsontwerp klaar – kiest de wetgever, tot teleurstelling van velen, uiteindelijk toch voor een minimale implementatie in de Wob. Deze wordt, ietwat verlaat¹⁷, in 2006 gerealiseerd door een hoofdstuk V-a aan de Wob toe te voegen.¹⁸

d. Naar een meeromvattend kader voor hergebruik: de algemene wet overheidsinformatie
Niettemin, in juli van dat jaar komt uit ietwat onverwachte hoek – de Landbouwuniversiteit van Wageningen – een voorontwerp algemene wet overheidsinformatie, van de hand van Bernd van der

¹⁷ Mede op verzoek van de Raad van State wenste het Ministerie van BZK eerst nog twee zaken te onderzoeken: (a) M. de Vries et al., 'Studie conformiteit Nederlandse hergebruikregimes', naar mogelijke inbeddingsproblemen van de regeling hergebruik in relatie tot bijzondere verstrekingsregimes, 4 januari 2006, en (b) M. de Vries, 'Ja, maar mogen we wel even vangen...' (vrij naar Rijk de Gooijer), onderzoek naar de mogelijke financiële gevolgen van het van rechtswege eindigen van exclusieve contracten van de Rijksoverheid bij het faciliteren van hergebruik van overheidsinformatie (beiden ongepubliceerd).

¹⁸ 30 188, nr. 3 Wet implementatie richtlijn inzake hergebruik van overheidsinformatie .
<<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/30188/kst-30188-3?resultIndex=8&sorttype=1&sortorder=4>>

Meulen.¹⁹ Dit voorstel haakt aan op de suggestie van de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk²⁰ (uit 2000) een 'Wet op de overheidsinformatie' te ontwerpen als sequeel van het door de Commissie voorgestelde grondrecht op toegang tot bij de overheid berustende informatie, een advies dat ook al gegeven werd in de Wob-evaluatie 'Over wetten en praktische bezwaren' van januari 2004 door de Universiteit van Tilburg.²¹

Het voorontwerp van Bernd van der Meulen bevat waarlijk een groot aantal interessante voorstellen voor fundamentele verandering van het regelgevingskader rond overheidsinformatie. Niet alleen zou het de toepasselijkheid aanzienlijk vergroten, door bredere definities te hanteren, ook zou het 'de levenscyclus' van de overheidsinformatie systematisch en geïntegreerd regelen, van creatie tot en met archivering en waaronder dus ook het hergebruik van overheidsinformatie en het ondergeschoven kindje 'toegankelijkheid'. Helaas sterft dit belangwekkende voorstel een *mort sans phrases*, onder meer doordat het kabinet kort daarna valt en de nieuwe bewindspersoon het niet meer oppakt.

e. Open Data beweging luidt nieuw tijdperk in

Kortom na 2006 valt het dossier eigenlijk stil. Maar na een jaar of 4 komt er plots hulp uit onverwachte en de best denkbare hoek: 'van onder af'. De Open Data beweging, geboren in het Verenigd Koninkrijk, grijpt om zich heen en tovert het stille stroompje overheidsinformatie plots om tot een wellicht niet kolkende, maar toch zeker wild stromende rivier. Om de kracht van de beweging te duiden hieronder een korte (en zeker niet volledige) bloemlezing van belangrijke gebeurtenissen in de afgelopen 16 maanden:

- Na meer dan 10 jaar praten neemt in maart 2011 de Eerste Kamer het Wetsvoorstel Markt & Overheid aan waarin onder meer het commerciële hergebruik door overheden in concurrentie met bedrijven wordt geregeld.²²
- In mei 2011 verschijnen twee belangrijke beleidsstukken. In de Digitale Agenda²³ van het Ministerie van EL&I wordt aangekondigd dat "*vanaf medio 2011 overheidsorganisaties hun data open moeten stellen volgens het principe 'open, tenzij'*". Dezelfde toon klinkt door in de brief van het Ministerie van BZK aangaande Hergebruik en Open Data, de dato 30 mei 2011, waarin dit principe wordt bevestigd.²⁴
- Op 16 september 2011 wordt het rapport 'Wie van de drie' aan de Programmaraad Stelsel van Basisregistraties aangeboden. Daarin wordt gepleit voor het op termijn toestaan van hergebruik van alle basisregistraties (voor zover toegestaan onder de hergebruikregeling) binnen en op termijn buiten de overheid. Dit standpunt wordt inmiddels gesteund door de Bestuursraad.
- Op 14 december 2011 wijst de Rechtbank Den Bosch een verbodsactie van kaartenmaker Falkplan af, zodat het Ministerie van I & M het NWB (Nationaal Wegenbestand) gratis en zonder restricties mag laten hergebruiken.²⁵

¹⁹ Voorontwerp Algemene wet overheidsinformatie, versie zoals gepubliceerd op het symposium van 19 mei 2006. <<http://www.law.wur.nl/NR/rdonlyres/DF5D6A45-FD88-439E-A042-8E22E18A7EA2/22801/WettekstSymposiumVersie.pdf>>

²⁰ 24 mei 2000, Kamerstukken II, 27 460 nr. 1, Grondrechten in het digitale tijdperk

²¹ Evaluatieverslag Wob 2004, p. 45, J.E.J. Prins, S. van der Hof, G. Leen knegt, T. Brandsen, E. Cornelissen en M. de Vries, 'Over wetten en praktische bezwaren, een evaluatie en toekomstvisie op de Wob', Universiteit van Tilburg.

<<http://www.recht.nl/doc/evaluatieWob2004.pdf?RNLSSESSION=c2b015212c4f8eac8c608dfc2f28a4a0>>

²² <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/behandelddossier/31354>.

²³ Zie: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ict/digitale-agenda-in-beeld>.

²⁴ <http://www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal-besturen/nieuws/nieuws/donner-wil-wob-aanpassen-voor-open-data.1207095.lynx>.

²⁵ LJN: BU8010, Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Hertogenbosch.

<<http://zoeken.rechtspraak.nl/ResultPage.aspx?snelzoeken=t&searchtype=lijn&lijn=BU8010>>

- En een week later, op 21 december 2011, verwerpt de Rechtbank Den Haag de bezwaren van PostNL tegen het volledig vrijgeven van alle (adres)gegevens, inclusief postcodes uit de BAG (Basisregistraties Adressen en Gebouwen), zodat vanaf 1 februari 2012 alle gegevens uit de BAG, inclusief alle postcodes, door eenieder gebruikt kunnen worden, ook voor commerciële doeleinden.²⁶
- Verder ontluiken in 2011 diverse stedelijke Open Data initiatieven, waaronder in Rotterdam, Eindhoven, Amsterdam, Enschede, Utrecht en Leeuwarden. Daarnaast geeft een aantal grote uitvoeringsorganisaties (RDW, Kamer van Koophandel, het Kadaster) aan (een gedeelte van) hun data op termijn tot Open Data te willen maken.
- En alsof het nog niet genoeg is, wordt het Europese Hof van Justitie in Luxemburg gevraagd te beoordelen of de Oostenrijkse houder van het Handelsregister misbruik maakt van een machtspositie als zij derden verbiedt handelsregisterinformatie te hergebruiken, zich daarbij beroepend op haar databankenrecht, terwijl zij zelf wel deze informatie exploiteert.²⁷

f. Voorstel wijziging Richtlijn Hergebruik

Uiteraard ontgaat het de Europese Commissie, laat staan Europees Commissaris mevrouw Kroes, niet dat deze ontwikkelingen (die zich uiteraard ook in andere Lidstaten voltrekken) een zeer positieve (politieke) invloed op het hergebruikdossier hebben. En waar DG Informatie Maatschappij in 2009 het nog prematuur achtte iets aan de Richtlijn te veranderen²⁸, mede gesteund door economisch onderzoek ter zake (MEPSIR²⁹ en MICUS³⁰ studies), blijken in 2011 de bakens verzet te zijn. Gesteund door de uitkomsten van enkele grote studies – de POPSIS³¹ en Vickery studies die respectievelijk ‘de’ business case voor Open Data c.q. een nieuwe Europese marktinschatting maken en een *on-line consultation* over de Richtlijn – ontvouwt mevrouw Kroes Op 12 december 2011 dan ook met trots haar Open Data plannen (“*The new Gold*”)³², waarbij ze ook een concept van een herziene Richtlijn Hergebruik het licht doet zien.³³ Deze concept Richtlijn bevat een aantal belangwekkende voorstellen, die ook voor de Nederlandse hergebruikpraktijk van belang zullen zijn, meer in het bijzonder:

- In de eerste plaats wordt het begrip ‘publieke taak’, het draaipunt van de 2003 Richtlijn, nader omkaderd door te eisen dat deze een formeel wettelijk kader moet hebben. Dit moet ervoor zorgen dat exploiterende overheden niet te gemakkelijk deze commerciële exploitatie als publieke taak kunnen betitelen (hetgeen tot niet-toepasselijkheid van de Richtlijn leidt).
- Ofschoon de beslissing tot het toestaan van hergebruik nog steeds bij de publieke datahouders ligt, wordt dit gekoppeld aan het recht van toegang. Met andere woorden: als onder nationaal recht de documenten openbaar zijn, impliceert dat een recht van hergebruik, waarbij overigens het overheidsorgaan nog steeds voorwaarden mag stellen.
- Verder wordt er een ‘*soft regime*’ geschapen voor een aantal categorieën overheidsinformatie die voorheen buiten het bereik van de Richtlijn vielen. Het gaat hier vooral om ‘culturele informatie’, zoals gehouden door bibliotheken, musea en archieven. Kennisinstellingen en omroeporganisaties zijn overigens wederom buiten schot gebleven.
- Veruit de belangrijkste wijziging betreft het nieuwe artikel 6, op grond waarvan overheidsorganen maximaal de marginale kosten van verstrekking in rekening mogen brengen aan de hergebruiker.

²⁶ LJN: BU9147, Rechtbank 's-Gravenhage. <<http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BU9147>>

²⁷ HvJEG, prejudiciële vragen nog niet beantwoord, Conclusie van AG al wel gepubliceerd, 26 april 2012, *Compass-Datenbank/Republiek Oostenrijk*, zaak C-138/11

²⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0212:FIN:NL:PDF>.

²⁹ http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/docs/pdfs/mepsir/final_report.pdf.

³⁰ <http://epsiplatform.eu/content/micus-study-2008-assessment-re-use-public-sector-information-psi-geographical-information-me>.

³¹ <http://epsiplatform.eu/content/popsis-assessment-psi-charging-policies>.

³² <http://epsiplatform.eu/content/open-data-strategy-europe-here>.

³³ http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/docs/pdfs/directive_proposal/2012/en.pdf.

Dit niveau mag alleen dan overschreden worden indien het overheidsorgaan aantoont dat hij dusdanig afhankelijk is van inkomsten uit verstrekkingen dat hij bij het wegvallen daarvan, al gauw de deuren kan sluiten.

- Om te verzekeren dit geen loze regeling wordt, moet de naleving bewaakt worden door een 'onafhankelijke autoriteit', een hergebruikwaakhond, die daadwerkelijk toestemming moet geven voor een dergelijk hoger tarief. De stel- en bewijslast ligt bij het overheidsorgaan, die dan ook volledig transparant zal moeten zijn waar het de financiële cijfers aangaat, zodat relevante kosten en opbrengsten op de juiste wijze gealloceerd kunnen worden.

Het bevalt uiteraard te bezien of, en zo ja, in welke vorm, het voorstel de eindstreep haalt. De eerste reacties in de Europese Raad en het Europees Parlement lijken bemoedigend. De verwachting is dat de onderhandelingen over de eindtekst circa een jaar zullen duren. Opgeteld bij de transpositietermijn van 18 maanden, lijkt een implementatieverplichting per eind 2015 niet onrealistisch.

g. Voorstel nieuwe Wob

Alsof het allemaal niet genoeg is, is ook het Ministerie van BZK doende de Wob te herzien. Op 12 juni 2012 is het 'Concept wetsvoorstel aanpassing Wob' gepubliceerd, waarin een aantal belangrijke wijzigingen is opgenomen, waaronder het hergebruik (waarop ik mij concentreer).³⁴ Ruim 10 jaar na dato, wordt het gedachtegoed uit de *Nota Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie* alsnog grotendeels omarmd en gaat het op een aantal punten zelfs verder. Enkele *highlights*:

- De regeling ziet op het gebruik van openbare overheidsinformatie met een ander doel dan waar zij voor is verzameld. Daarbij is de beslissing tot het toestaan van hergebruik in de regel niet langer een discretionaire bevoegdheid, maar het uitgangspunt; met andere woorden: hergebruik is toegestaan, tenzij.
- De verstrekking vindt plaats in de vorm zoals deze is verzameld voor de uitvoering van de publieke taak. Het gaat hier zowel om onbewerkte informatie als om informatie die bewerkt is voor de uitvoering van de publieke taak.
- Het overheidsorgaan mag maximaal de marginale verstrekingskosten in rekening brengen.
- Daarbij is het niet de bedoeling dat informatie wordt bewerkt specifiek met hergebruik als doel. De regeling geeft dus geen aanspraak op bewerkingen van informatie die niet nodig zijn voor de uitvoering van de publieke taak.

Conclusies

Concluderend kan gesteld worden dat het 'hergebruikrecht' zich opmaakt voor een tweede golf van regelgeving, afkomstig uit nationale en Europese keuken. Er zijn onmiskenbare trends die wijzen op een steeds opener overheid die zich steeds verder houdt van (mogelijke) marktactiviteiten maar wel een stap naar voren doet waar het het faciliteren – lees: toegankelijk maken – van hergebruik aangaat. Het lijkt een kwestie van tijd (en geld) voordat ook de laatste *pièces de résistance*, de grote datahouders die grotendeels van verstrekkingsofbrengsten moeten leven, omgaan.

Niettemin, afgezien van dit financieringsvraagstuk, zijn er ook andere stoorzenders en dat brengt ons, na dit historisch uitstapje, weer terug bij focus van dit onderzoek: de mogelijke aansprakelijkheid voor Open Data. In de volgende paragraaf kijken we naar de angsten die op dit punt bij datahouders bestaan.

³⁴ 'Wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen inzake onredelijke en omvangrijke verzoeken, inzake bijzondere verstrekkingen alsmede inzake hergebruik en in rekening te brengen vergoedingen' (Wet aanpassing Wob), zie <http://www.internetconsultatie.nl/wetaanpassingwob>

2.4 Wat vreest men nu?

Als gezegd beoogt deze studie *de in de praktijk gevoelde belemmeringen rondom aansprakelijkheid* weg te nemen. Daarom heb ik in de eerste fase van het onderzoek een rondje langs een aantal datahouders gemaakt, die, voor zover mogelijk, een afspiegeling vormen van de belangrijkste datahouders in Nederland. Hieronder doe ik kort verslag van de belangrijkste bevindingen, [Bijlage 2](#) bevat een integraal verslag van deze eerste fase van het onderzoek.

Voorts is ter completering van het beeld dankbaar gebruik gemaakt van het verslag van de ‘Beren op de weg sessie’ georganiseerd door het Forum en het Ministerie van BZK op 15 maart 2012 (ook opgenomen in [Bijlage 2](#)). Deze sessie beoogde vast te stellen wat datahouders op dit moment nog weerhoudt hun data open te stellen voor hergebruik. Uiteraard kwamen hier ook juridische aspecten aan bod.

2.4.1 Algemeen beeld

Het Open Data gedachtegoed heeft zich definitief gezet in alle onderzochte organisaties. Wel verschilt de mate van incubatie en de mate waarin dit zich reeds heeft vertaald in het concreet openstellen van data voor hergebruik en het standaardiseren van samenhangende processen.

Bij organisaties als het CBS en het KNMI, waar gratis openbaarheid tot de kernwaarden behoort, is een duidelijk kader geschapen en maakt verstrekking deel uit van de dagelijkse praktijk. Bij andere organisaties (RWS, AGNL) zijn veel mooie initiatieven zichtbaar, in verschillende fasen van volwassenheid.

Ook het Kadaster en de RDW hebben initiatieven genomen gedeeltes van hun data open te stellen, maar hun financieringsmodel bemoeilijkt het gratis ter beschikking stellen van data voor hergebruik, in ieder geval bij een aantal van hun registraties.

Opvallend is voorts dat waar voorheen Open Data initiatieven toch overwegend door individuele datahouders gedreven werden, nu gehele ministeries (waaronder I&M, BZK en EL&I) planmatig aan zijn Open Data beleid aan het werken zijn. Deze *commitment* lijkt het bewijs dat Open Data geen hype is, maar in feite een onomkeerbaar proces.

2.4.2 Gebieden van zorg

Uit alle vraaggesprekken is gebleken dat men meestal zeer goed op de hoogte is van de concrete regels die van toepassing zijn op het ‘traditionele’ (her)gebruik van de eigen registraties. Evenwel neemt de onzekerheid omtrent het toepasselijk kader, en de implicaties daarvan, toe als het gebruik weg beweegt van dit traditionele gebruik.

Dit is nu juist een van de kenmerken en belangrijkste consequenties van Open Data: data worden aan een ieder ter beschikking gesteld en daarmee uit hun gebruikelijke context gehaald. Beelden bij aansprakelijkheidsrisico’s – over het algemeen een onderwerp waar juristen wel op aanslaan – die daarmee samenhangen en mogelijke maatregelen die deze risico’s kunnen inperken, zijn veelal niet geheel duidelijk tot geheel niet duidelijk. Daarmee, aldus ook alle respondenten, voorziet dit onderzoek in een zeer concreet gevoelde behoefte!

Grof gezegd zijn de ‘zorgen’ aangaande mogelijke aansprakelijkheid voor het gratis ter beschikking stellen van Open Data voor hergebruik de volgende (mooi convergerend met de uitkomsten van de eerder genoemde ‘Beren op de weg sessie’).

2.4.3 Ten onrechte openbaar gemaakt voor hergebruik

De eerste casus betreft de situatie waarbij overheidsinformatie openbaar is gemaakt voor hergebruik, maar dat had niet gemogen. Het gaat hier dus om een onjuiste beoordeling van hetzij de openbaarheidsregels – de data hadden bijvoorbeeld niet openbaar gemaakt mogen worden omdat deze persoonsgegevens bevat – hetzij van hergebruikregels – de data hadden bijvoorbeeld niet voor hergebruik beschikbaar gesteld mogen worden omdat databaserechten van derden zich daartegen verzetten.

Daarbij moet wel opgemerkt worden dat eigenlijk alle bevroagde organisaties zich zeer wel bewust zijn van de traditionele regels omtrent openbaarheid en de uitzonderingen daarop. Zo onderkent eenieder de noodzaak bestanden te controleren op aanwezigheid van persoonsgegevens en bedrijfsgevoelige informatie. Vaak zijn deze beoordelingsprocessen echter ingericht op informatieverzoeken en (nog) niet op actieve informatieverstrekking, laat staan het ‘standaard’ open stellen van data voor hergebruik.

Ten aanzien van intellectuele rechten van derden (auteursrechten en databankrechten) die in principe verveelvoudiging verbieden, tenzij er toestemming bestaat, heerst met name twijfel waar het datasets aangaat die hetzij (gedeeltelijk) door derden ingewonnen zijn hetzij voortbouwen op datasets van andere overheidsorganisaties, waardoor de eigendomsrelaties niet geheel helder zijn. Ter zake bestaan dan ook vragen hoe ervoor te zorgen dat rechten zo veel mogelijk, bij het ontstaan daarvan, bij de datahouder in kwestie terecht komen.

Voorts is de mate van risicoperceptie beperkt. De, wat ik maar noem, echte verstrekkingsprofessionals (KNMI, CBS, Kadaster), lijken precies te weten wat zij wel en niet mogen vrijgeven voor hergebruik. Dit ligt evenwel een nuance anders bij de organisaties waarbinnen openbaarmaking c.q. beschikbaarstelling voor hergebruik wat minder tot de kernprocessen behoort (onder meer RWS, AG NL) en waar meer twijfel lijkt te bestaan over wat wel en niet mag en kan.

2.4.4 Er is iets mis met de informatie

De tweede casus betreft een situatie waarbij de overheidsinformatie weliswaar openbaar is en hergebruikt mag worden, maar er iets mis is met de data zelf (onjuist, incompleet), hetgeen tot gevolgschade kan leiden bij een derde die daarop is afgegaan (en had mogen gaan).

Op dit punt zitten tal van onzekerheden, wederom met name bij de niet-verstrekkingsprofessionals. Deze onzekerheden worden vooral gevoed door twijfel wat ‘de norm’ moet zijn. Dat kan gaan om de actualiteit van de data, maar ook om de kwaliteit van de data. Voorts vraagt men zich ook af in hoeverre er een verplichting bestaat tot het (additioneel) metadateren van informatie en wat de ‘post-transactie verplichtingen’ zijn zoals het beschikbaar maken van helpdeskdiensten (24/7) en de (vermeende) verplichting tot het garanderen en continueren van levering.

Daarnaast zijn geïnterviewden zich terdege bewust van de gevolgen van het openstellen van hergebruik, ik citeer – “*de data gaan alle kanten op, je hebt ze niet meer aan een touwtje*” – en vrezen dat de data door derden uit hun context gehaald worden en dat afnemers van deze derden betekennissen aan de data zullen toekennen die er niet in zitten.

2.4.5 Het toestaan van hergebruik benadeelt marktpartijen

De derde casus betreft de situatie waarbij de overheidsinformatie weliswaar openbaar gemaakt had mogen worden en ook beschikbaar gesteld had mogen worden voor hergebruik en er ook niets mis is met de data, maar het ter beschikking stellen oneerlijke concurrentie oplevert met marktpartijen. Deze laatste vorm van mogelijke aansprakelijkheid wordt alom gevreesd, ook door de

verstrekkingprofessionals waaronder zij die hun verdienmodel (gedeeltelijk nog) op verstrekkingssinkomsten baseren (RDW, Kadaster).

De twee bemoedigende uitspraken uit december 2011 (Falkplan zaak en Postcode zaak) zijn weliswaar een mooie steun in de rug, maar de toepasselijke regels op het grensvlak van markt en overheid (zowel de algemene mededingingsregels, als het nieuwe artikel 25i en k in de Mededingingswet (Mw), en de hergebruikregeling in de Wob, en dan met name hun onderlinge verbondenheid) blijft hier en daar een wat schimmig gebied en daarbij een bron voor onzekerheid, zelfs voor organisaties als het CBS en het Kadaster.

2.4.6 Overige vragen rond aansprakelijkheid

Ongeacht de grondslag voor aansprakelijkheid, bestaat er voorts bij tal van organisaties onduidelijkheid over zowel de gevolgen – hoever reikt deze en waarom – als ook over de mogelijkheden de aansprakelijkheid in te perken of zelfs te exonereren.

Een niet-juridische, maar wel relevante kwestie betreft verder nog de organisatie van Open Data. Vele bevraagde organisaties geven aan dat beleidsmakers zich onvoldoende realiseren dat het inzetten op Open Data niet slechts een kwestie is van de server op een bredere kier zetten. Taken en verantwoordelijkheden veranderen en deze moeten belegd worden bij mensen en in processen. Dat kost middelen (tijd en geld) en veelal is daarin niet voorzien.

2.4.7 Gesuggereerde oplossingen en vervolgstappen

Tijdens alle interviews heb ik gevraagd hoe mijn gesprekspartners het beste geholpen zouden zijn bij het ontwarren van de vragen rond Open Data en aansprakelijkheid. Daarbij moet bedacht worden dat zij als ‘de juristen’ in de organisatie bevraagd worden door collega’s die iets met de data willen, die veelal geen juridische achtergrond hebben.

Qua presentatie gaven de respondenten aan behoefte te hebben aan *tools* die, vraaggestuurd, in niet al te juridische taal, (collega) datahouders de mogelijkheid geeft 90% van hun vragen zelf te beantwoorden. Idealiter zou de structuur van de rapportage en de *tool* aansluiten bij het volgtijdelijke afwegingsproces waar de datahouder doorheen gaat. Sommigen gaven aan dat een dergelijke *tool* nog verder zou mogen gaan, door concrete oplossingen te leveren, bijvoorbeeld een tekst van een *proclaimer*.

Verder gaf men dikwijls aan dat het spectrum juridische vragen breder is dan alleen aansprakelijkheid en dat de juridische vragen slechts een onderdeel vormen van het grotere geheel van obstakels die genomen moeten worden bij het beschikbaar stellen van data voor hergebruik.

Sommigen pleitten dan ook voor een ‘modulair’ opgebouwde *on-line tool*, die niet alleen het geheel van vragen, waaronder juridische vragen, afdekt, maar ook een soortement procesbeschrijving, inclusief een organisatorisch model levert. Deze tool zou dan beschikbaar gesteld kunnen worden via data.overheid.nl en geregeld onderhouden moeten worden (nieuwe ontwikkelingen aan boord nemend en gebruikersfeedback incorporerend) door een team van experts.

2.5 Afsluitende opmerkingen

1. Sinds het 2001 Onderzoek is het juridische landschap drastisch gewijzigd:
 - a. We hebben een geheel nieuw stuk Europese wetgeving gekregen aangaande het hergebruik van overheidsinformatie. Rond deze regeling ontstaat inmiddels wat jurisprudentie.
 - b. Daarnaast hebben we te maken met nieuwe regels ter zake van het marktoptreden door overheidsorganisaties, met een specifieke bepaling over exploitatie van overheidsinformatie (wet

Markt & Overheid). Omdat deze regelgeving nog zeer nieuw is, zal in de praktijk moeten blijken hoe deze regels zich gaan zetten. Dit geldt ook voor de relatie tussen het hergebruikrecht en de meer algemene regels van mededingingsrecht (met name de artikelen 101 en 102 van het Europees Verdrag).

- c. Beleidsmatig is er inmiddels brede steun voor het Open Data gedachtegoed, zoals eigenlijk al verwoord in de Nota naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie uit 2001, getuige de beleidsstukken van de ministeries van BZK en EL&I en ook de voorlopige inhoud van de ‘nieuwe Wob’. Het is goed dat deze ‘nieuwe Wob’ ook rekening houdt met de nieuwe Richtlijn Hergebruik die thans voorgelegd is door de EC.
2. Kijkend naar de onderwerpen die datahouders thans boeien, waar het aansprakelijkheid voor het vrijgeven van data voor hergebruik aangaat, springen er drie in het oog: (a) de data zijn vrijgegeven voor hergebruik maar dat had niet gemogen (bescherming persoonlijke levenssfeer en intellectuele rechten van derden), (b) de data zijn gebrekkig en (c) het (bijna) gratis vrijgeven voor hergebruik levert onrechtmatige concurrentie op met marktpartijen.
3. Deze onderwerpen convergeren gedeeltelijk met de onderwerpen die het 2001 Onderzoek agendeert, maar een aantal daarvan is ook nieuw. Uiteraard bepalen de huidige gepercipieerde risico's de lengte en breedte van dit onderzoek en om die reden is bijvoorbeeld het veroorzaken van reputatieschade niet meegenomen in dit onderzoek en vervangen door onrechtmatige concurrentie.
4. Maar voordat we deze drie casus aflopen moeten we eerst wat semantische kwesties behandelen en de algemene contouren bepalen waarbinnen mogelijke aansprakelijkheid kan spelen. Dat doen we dan ook in het volgende hoofdstuk.

3 AANSPRAKELIJKHEID EN OPEN DATA – JURIDISCHE CONTOUREN

3.1 Inleidende opmerkingen

Dit onderzoek gaat over aansprakelijkheid – een juridisch onderwerp – en als een jurist gevraagd wordt een aansprakelijkheidsvraagstuk op te lossen, zal deze als eerste inventariseren wat de relevante feiten zijn om vervolgens de rechtsregels daarop toe te passen. Dat betekent dus dat we allereerst moeten vaststellen wat ‘Open Data’ (paragraaf 3.2) nu zijn, om vervolgens de handeling van het beschikbaar stellen (van deze Open Data) te duiden (paragraaf 3.3) om tenslotte te kunnen kijken welke rechtsregels daarop zien (paragraaf 3.4), met een mooie samenvatting aan het eind (paragraaf 3.5).

3.2 Wat zijn Open Data?

Juristen kijken naar de feiten (zoals objecten, gebeurtenissen) en proberen vervolgens de rechtsregels daarop toe te passen. ‘Nieuwe’ feiten – elektriciteit, surfplanken, euthanasie – leiden stevast tot de vraag hoe deze juridisch te duiden en weten vaak de hoogste rechters te halen. Ook Open Data is een ‘nieuw’ feit, er bestaat althans geen wettelijke definitie van. Op zoek naar aanknopingspunten gaan juristen vervolgens meestal te rade bij andere inspiratiebronnen.

Een klein rondje langs de velden leert het volgende.

a. *Wikipedia*

“Open Data is een term die wordt gebruikt om vrij beschikbare informatie te duiden. De voorwaarden waaronder deze data beschikbaar is wordt beschreven in licenties en gebruiksvoorwaarden. Bij open data wordt er wel naar gestreefd om de beperkingen in hergebruik tot een minimum te beperken. In dit artikel wordt open data specifiek in relatie tot de overheid beschreven. De overheid hanteert de volgende definitie voor open data:

- Compleet: alle openbare data en informatie
- Primair: brongegevens, niet geaggregeerd
- Tijdig: zo snel als kan, om nu te behouden
- Toegankelijk: voor iedereen, voor elk legaal gebruik, zonder (financiële) drempels
- Machine leesbaar: voor automatische verwerking
- Non-discriminatoir: zonder opgaaf van reden, zonder registratie
- Open standaarden: zodat het format geen drempel is
- Open licentie: geen beperking o.b.v. auteurswet, databankenwet, of geheimhouding”³⁵

b. *Het ‘Open Data Handboek’, opgesteld door de Open Knowledge Foundation en vertaald in het Nederlands (dan wel het Vlaams):*

- “Open data is data die vrij gebruikt kan worden, hergebruikt kan worden en opnieuw verspreid kan worden door iedereen - onderworpen enkel, in het uiterste geval, aan de eis tot het toeschrijven en gelijk delen.
- (...) de data moet in zijn geheel beschikbaar zijn, en voor niet meer dan een redelijke productieprijs, bij voorkeur door middel van downloaden via het internet. De data moet ook beschikbaar zijn in een handige en modificeerbare vorm.
- (...) de data moet aangeboden worden onder voorwaarden die hergebruik en herverspreiding toestaan, daarbij ook het samenvoegen met andere datasets inbegrepen.
- (...) iedereen moet kunnen gebruiken, hergebruiken en herverspreiden - er moet geen discriminatie bestaan tegen velden van een bepaalde onderneming, of tegen personen of groepen. Bijvoorbeeld, ‘niet-commerciële’ beperkingen die ‘commerciële’ gebruik voorkomen, of beperkingen voor het gebruiken van de data voor bepaalde doeleinden (e.g. alleen in het onderwijs), zijn niet toegestaan.”

³⁵ http://nl.wikipedia.org/wiki/Open_data.

c. *Open Data documenten van de EC*

Ook de Europese Commissie gebruikt de term de laatste tijd veelvuldig. In het voorstel voor een nieuwe Richtlijn Hergebruik overheidsinformatie komt de term Open data 5 keer voor. Een heldere definitie lijkt evenwel te ontbreken. In de *explanatory memorandum* introduceert de Europese Commissie zelfs een nieuw (sub)begrip: 'public open data'.

*"The challenge for the Directive is to provide the market with an optimal legal framework to facilitate and stimulate the commercial and non-commercial re-use of public open data.(...) The economic importance of open data, in particular government data, as a basis for new information services and products is now more widely recognised than in 2002, when the Commission made its proposal for a Directive."*³⁶

Hier kan men uit afleiden dat (de Europese Commissie meent dat) 'public open data' een deelverzameling is van het meeromvattende begrip 'open data': er zijn dus kennelijk ook public data die niet des overheids zijn.

Dit wordt bevestigd door de 'Q and A' bijlage bij het persbericht van 12 december 2011, de dag waarop de Europese Commissie haar Digitale Agenda presenteerde, waaronder voornoemd voorstel voor een nieuwe Richtlijn Hergebruik.

"What is meant by 'open public data'?

*Public data is all the information that public bodies in the European Union produce, collect or pay for. This could include geographical data, statistics, meteorological data, data from publicly funded research projects, and digitised books from libraries. We speak about 'open' public data when that data can be readily and easily consulted and re-used by anyone with access to a computer."*³⁷

d. *Open Data brief Ministerie van BZK*

Dan is er uiteraard ook het Nederlands beleidskader, meer in het bijzonder de 'Open Data brief' van voormalig Minister Donner.³⁸ Daarin wordt Open Data geduid als:

"Overall waar in deze brief over hergebruik van overheidsinformatie wordt gesproken wordt openbare overheidsinformatie en –data bedoeld die op grond van de Wob openbaar is. (...) Overheidsinformatie is een breed begrip. Het gaat om bij de overheid berustende informatie die betrekking heeft op een bestuurlijke aangelegenheid, dat wil zeggen: gegenereerd of verzameld is in het kader van de uitvoering van een overheidstaak. (...) In Nederland bepaalt de Wob welke informatie openbaar is. Ook open overheidsdata (hierna: open data) vallen onder het brede begrip overheidsinformatie.

Open data zijn bronnen van onbewerkte overheidsinformatie:

- die openbaar zijn;
- waar geen auteursrecht of andere rechten van derden op berust;
- die bekostigd zijn uit publieke middelen, beschikbaar gesteld voor de uitvoering van die taak;
- die bij voorkeur voldoen aan 'open standaarden' (geen barrières voor het gebruik door ICT-gebruikers of door ICT-aanbieders),³⁹ en;

³⁶ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, amending Directive 2003/98/EC on re-use of public sector information.

<http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/docs/pdfs/directive_proposal/2012/proposal_directive.pdf>

³⁷ Digital Agenda: Commission's Open Data Strategy, Questions & answers (IP/11/1524), Reference: MEMO/11/891.<<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/891&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>

³⁸ Daar waar deze definitie aanleiding geeft tot juridische vragen, zal ik deze uiteraard benoemen.

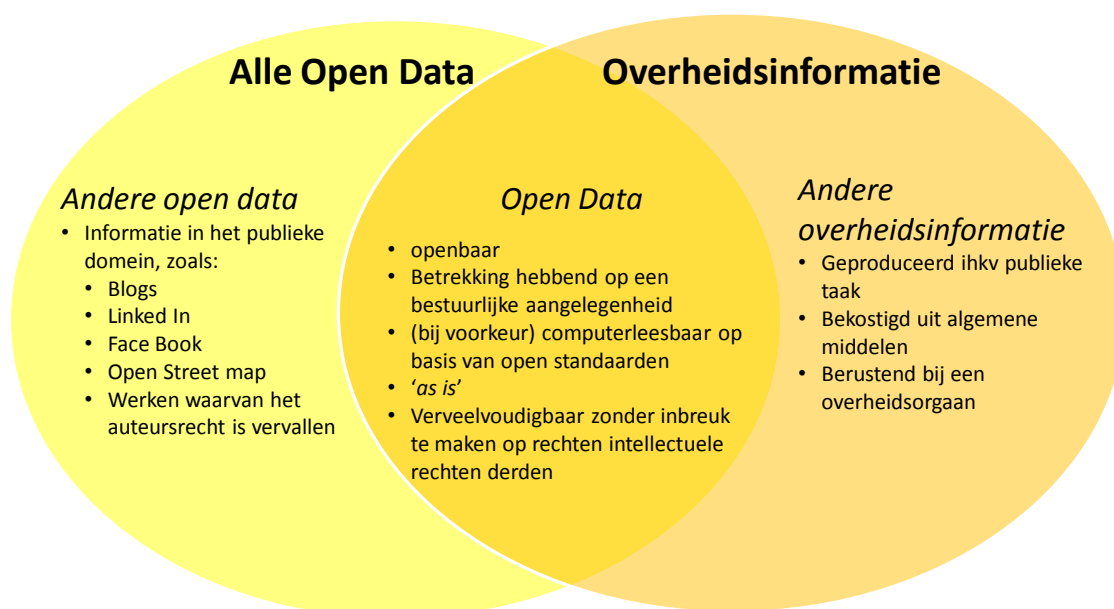
³⁹ Zie voor het werk van het Forum op dit gebied: <http://www.forumstandaardisatie.nl/open-standaarden/>

- die bij voorkeur computerleesbaar zijn, zodat zoekmachines informatie in documenten kunnen vinden.”⁴⁰

Tevens kondigt de brief aan dat de wildgroei aan verschillende hergebruikregelingen (en dan met name de tarieven) met een wettelijk kader bestreden zullen worden, waarbij gratis dan wel maximaal verstrekingskosten het uitgangspunt zullen zijn (in lijn met de Nota ‘Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie’).

Gezien de achtergrond (en opdrachtgever) van dit onderzoek hanteer ik de omschrijving van Open Data zoals verwoord in de brief van Donner. Dit impliceert dat hierna het begrip Open Data de betekenis heeft als geïllustreerd in illustratie 3.

Illustratie 3: nadere duiding Open Data



Uit illustratie 3 blijkt dus dat niet alle open data overheidsinformatie is (er zijn ook open datahouders buiten de overheid) en niet alle overheidsinformatie als Open Data te kwalificeren is (sommige overheidsinformatie is nu eenmaal niet openbaar). Als dus in dit onderzoek gesproken wordt over Open Data, zijn dat dus steeds de Open Data die bij de overheid berusten (de deelverzameling hierboven) en niet ‘Alle open data’ (inclusief die van niet-overheidspartijen).

Dit en de brief van Donner volgend betekent dus dat het begrip Open Data als volgt is afgeperkt:

1. constellatie: deelverzameling is van de bredere begrippen ‘Alle open data’⁴¹ en overheidsinformatie;

⁴⁰ 30 mei 2011 Kenmerk 2011-2000224638.

⁴¹ Strikt genomen zou dus de term ‘Open Overheidsdata’ zuiverder zijn. Daarmee zonder je immers data uit die weliswaar ‘open zijn’ (zich in het publieke domein bevinden), maar niet van de overheid afkomstig zijn.

2. bestaansrecht: gegenereerd of verzameld in het kader van de uitvoering van een overheidstaak
3. vindplaats: bij de overheidsorgaan berusten;
4. inhoud: betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid;
5. bekostiging: betaald zijn uit de publieke middelen;
6. formaat: (bij voorkeur) computerleesbaar zijn en dat (het liefst) op basis van open standaarden;
7. openbaarheid: eenieder hiervan kennis mag nemen;
8. vorm: 'as is' zijn, dat wil zeggen in de vorm die ze hebben op basis van de uitvoering van de publieke taak;
9. kopieerbaarheid: verveelvoudiging (waaronder hergebruik), door wie dan ook, maakt geen inbreuk op auteurs- of databankrechten van derden (zijnde: een ander dan het verstreckende overheidsorgaan);
10. tarief: gratis verstrekking dan wel maximaal de verstrekingskosten worden in rekening gebracht.

Enkele kanttekeningen

Er zit een inherente spanning tussen het streven de data breed ter beschikking te stellen voor hergebruik en de regel dat de data naar buiten moeten in de vorm die ze hebben op basis van de publieke taak. Wat dan ontbreekt is de toegankelijkheid zodat het hergebruikpotentieel niet optimaal geëxploiteerd kan worden. Dit is uiteraard, zeker in deze tijden van krapte, een dilemma: gaan we publieke middelen besteden aan iets dat we nu juist gedefinieerd hebben als 'niet-publieke taak'? De oplossing zou kunnen zijn om dat beetje – het toegankelijk maken van de data – wel tot de publieke taak te gaan rekenen, maar dat leidt dan wel weer tot de vraag hoe ver de overheid daarin moet gaan en op welk punt zij het marktdomein betreedt.

In de tweede plaats zit er nog een lastig denkhobbeltje in het vereiste dat de data betaald moeten zijn uit de publieke middelen. Er zijn tal van registers die slechts gedeeltelijk of soms zelfs geheel niet met publieke middelen bekostigd zijn, zoals de Kadastrale registraties respectievelijk het Handelsregister. Deze worden immers gefinancierd vanuit enerzijds de registraties en anderzijds vanuit de verstrekkingen. Is dit nu reden deze registers uit te zonderen van (het zijn van) Open Data? Dat zou toch wel vreemd zijn, nu dit openbare registers zijn en derhalve eigenlijk de 'toppers' onder de Open Data (zouden moeten) zijn. Uiteraard speelt het verdienmodel van deze registers een belangrijke rol: men kan niet zo maar die data vrijgeven voordat je afdoende alternatieve dekking hebt gevonden.

Maar er zijn ook nog andere casus' - buiten de basisregistraties - waarbij dit speelt. Zo levert het KNMI aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen specifieke meteorologische gegevens, waarvoor deze afnemers betalen. Het KNMI doet dit op grond van een wettelijke taak, vastgelegd in de wet op het KNMI. Zijn dit nu Open Data? Volgens de definitie niet, maar wat is erop tegen om de data voor hergebruik ter beschikking te stellen? De waarde van de data voor de afnemers (de luchtvaart- en luchthavenmaatschappijen) neemt door het hergebruik niet af en het (macro) economisch nut van de data neemt juist toe.

Hoe dan ook, we zullen ons ervan bewust moeten zijn dat het begrip Open Data nog zeker niet geheel vastomlijnd is en dat is iets waar juristen moeilijk mee om kunnen gaan.

De brief van Donner doet een moedige poging de contouren helderder te maken, maar het ontbreekt aan een wettelijke regeling en het begrip wordt door *stakeholders* (datahouder en hergebruikers) dan ook verschillend ingevuld, zeker als men zich realiseert dat Open Data een internationaal fenomeen is.

3.3 Beschikbaar stellen voor hergebruik van Open Data, wat doe je dan?

As we speak zijn tal van overheidsorganisaties bezig hun overheidsinformatie via het internet ter beschikking te stellen. Hieraan ligt geen concrete vraag van een burger of een bedrijf ten grondslag:

het betreft hier 'spontane' openbaarheid, gekoppeld aan een ruimhartig hergebruikregime. Maar hoe moeten we deze handelingen nu juridisch duiden? Immers, die kwalificatie is van belang voor (het startpunt voor de beantwoording van) de vervolgvragen aangaande aansprakelijkheid.

Tot voor kort werd het actief, dat wil zeggen niet op verzoek, maar uit eigen beweging openbaar maken van bestuurlijke informatie als een feitelijk handelen gezien.⁴² Dit veranderde echter door een uitspraak van Afdeling bestuursrechtspraak van 30 mei 2006. In deze zaak had een gemeente een rapportage laten maken (over het handelen van een ambtenaar) en was ze voornemens dit integraal openbaar te maken (zonder dat daartoe een verzoek lag). De ambtenaar in kwestie was daar niet gelukkig mee. In het geschil dat volgde overwoog de Afdeling, ambtshalve, ter zake van de kwalificatie van de handeling:

'Indien aan het bestuursorgaan wordt verzocht om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, dient het bestuursorgaan daarop een besluit te nemen met inachtneming van, onder meer, artikel 10 van de Wob. Deze wettelijke bepaling biedt de grondslag om een verzoek geheel of gedeeltelijk af te wijzen indien of in zoverre openbaarmaking zou leiden tot een onevenredige aantasting van de belangen van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen. Tegen het besluit dat op basis van, onder meer, deze afweging wordt genomen staat voor degene die door gehele of gedeeltelijke openbaarmaking rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen, de bestuursrechtelijke rechtsgang open.

Artikel 10 van de Wob, dat betrekking heeft op het verstrekken van informatie ingevolge die wet, biedt geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de in die bepaling gevestigde afweging niet ook dient plaats te vinden indien het bestuur *eigener beweging* (cursivering MdV) voornemens is tot het openbaar maken, op voet van artikel 8, eerste lid, van de Wob, van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, waarbij in artikel 10 van de Wob vermelde belangen zijn betrokken. Ook in dat geval dient derhalve met het oog op die belangen een afgewogen besluitvorming plaats te vinden. Het moet er derhalve voor worden gehouden dat artikel 8, eerste lid, van de Wob, in zoverre het gaat om het openbaar maken van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid waarbij belangen als vermeld in artikel 10 van de Wob zijn betrokken, de grondslag biedt voor het nemen van besluiten, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waartegen voor degenen die door dat besluit rechtstreeks in hun belang worden getroffen, dezelfde rechtsgang openstaat als die welke beschikbaar is voor degene die rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen door een besluit tot openbaarmaking van documenten dat is genomen op een verzoek als bedoeld in artikel 3 van de Wob.⁴³

Dit betekent dus dat het actief openbaar maken, in de filosofie van Open Data, een besluit in de zin van artikel 3:1 Awb kan zijn, indien:

- a. het gaat om informatie neergelegd in documenten – dat zal bij Open Data steeds het geval zijn;
- b. berustend bij een bestuursorgaan – idem;
- c. over een bestuurlijke aangelegenheid – gezien het ruime bereik van dit begrip zullen (bijna) alle Open Data een bestuurlijke aangelegenheid betreffen;
- d. waarbij in artikel 10 van de Wob vermelde belangen zijn betrokken – bij het (voorgenomen) openstellen voor hergebruik moet dus een absolute of relatieve weigeringsgrond spelen.

Als dat niet zo is – er speelt geen belang genoemd in artikel 10 Wob – dan zal het openstellen voor hergebruik een feitelijke handeling zijn. Van praktische betekenis is dit niet, immers de behoefte aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming zal alleen bestaan als iemand bezwaar heeft tegen het toestaan van hergebruik, uit hoofde van een belang dat beschermd wordt door een uitzonderingsgrond. Op dat moment zal het (voorgenomen) feitelijke handelen zich transformeren in

⁴² ABRvS 23 oktober 1984 (niet gepubliceerd); HR 20 juni 2003, AB 2004, 84; Hof Den Haag 24 februari 2005, LJN AS9694; Hof Den Haag 14 april 2005, LJN AT3883.

⁴³ ABRvS 31 mei 2006, LJN AX6362.

een besluit, waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen ingesteld kunnen worden. Is er geen belang in het geding, dan zal er geen behoefte zijn aan rechtsbescherming zodat een 'besluit' niet nodig is. Dit uiteraard nog even los van de mogelijkheid in kort geding de civiele rechter te benaderen in het geval een besluit ontbreekt en men tegen feitelijk handelen van de overheid wil opkomen. Overigens zal ook in dat geval dat handelen zorgvuldig moet gebeuren, dus qua beoordeling waar het de aansprakelijkheid aangaat zou dit weinig verschil mogen maken.

Zodra de beslissing een dataset open te stellen voor hergebruik een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb, moeten de procedurele en inhoudelijke eisen die aan een dergelijk besluit ten grondslag liggen onverkort nageleefd worden (de geschreven en de ongeschreven regels van bestuursrecht). Tevens betekent dit dat de Wob-eisen die zien op de informatieverstrekking op verzoek ook in acht genomen moeten worden bij het openstellen van data voor hergebruik. Dit geldt niet alleen voor het toetsen van de weigerings- en uitzonderingsgronden van artikel 10 en 11 Wob, maar ook bijvoorbeeld voor de 'wachttijd' van twee weken die een bestuursorgaan in acht moet nemen als ze informatie openbaar wil maken (als ze mag verwachten dat een belanghebbende bezwaar zal hebben tegen openbaarmaking).⁴⁴ Dit betekent in ieder geval dat een overheid die aan Open Data wil gaan doen, zich steeds zal moeten afvragen of er wellicht een belang speelt dat zich tegen actieve openbaarmaking verzet. Dat deed ze toch al bij verstrekkingen op verzoek, dus dat is niets nieuws onder de zon.

De concept memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel voor de nieuwe Wob wijst hier ook uitdrukkelijk op: "(...) het publieke belang vraagt dat een bestuursorgaan rekening houdt met iedereen op wie de gevraagde informatie betrekking heeft. Juist de overheid moet ervoor waken dat ieders belangen worden beschermd binnen de grenzen die de wet stelt. Om die principiële reden moet het bestuursorgaan elk verzoek om informatie en elk voornemen tot verstrekking van informatie uit eigen beweging toetsen aan de in de artikelen 10 en 11 van de Wob opgenomen uitzonderings- en weigeringsgronden."⁴⁵

'As is' versus toegankelijkheid

Een andere consequentie van de uitspraak uit 2006⁴⁶ is, nu Open Data als genus van artikel 8 Wob gezien moet worden, dat de informatie dient te worden verschaft in een begrijpelijke vorm en op een zodanige wijze dat belanghebbende en belangstellende burgers zoveel mogelijk worden bereikt en op zodanige tijdstippen, dat deze mensen hun inzichten tijdig ter kennis van het bestuursorgaan kunnen brengen. Ook zal steeds de status van de informatie aangegeven moeten worden. Omdat zoveel mogelijk belanghebbende en belangstellende burgers moeten worden bereikt, zal het noodzakelijk zijn verschillende media te gebruiken en de boodschap aan te passen aan de doelgroep. Reeds bij het opstellen, structureren en samenvatten van stukken dient hiermee rekening te worden gehouden. Nakoming van de verplichting tot actieve openbaarheid kan overigens niet in rechte worden afgedwongen.

Velen hebben overigens de afgelopen jaren geopperd artikel 8 aan te passen aan de eisen van deze (digitale) tijd. De rapporten van de Commissies Overheidscommunicatie en de Commissie ICT en Overheid (beter bekend onder de namen van hun respectievelijke voorzitters: Commissie Wallage en de Commissie Docters van Leeuwen) en de evaluaties van de Wob uit 2000 en 2004 bevatten tal van

⁴⁴ Zoals de Afdeling overwoog in een zaak waarbij aanbieders van telecommunicatiediensten opkwamen tegen een besluit van een deelgemeente een kaart te publiceren waarop mogelijke locaties van te plaatsen antennes waren weergegeven: ABRvS 15 december 2010, LJN BO7333.

⁴⁵ 'Wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen inzake onredelijke en omvangrijke verzoeken, inzake bijzondere verstrekkingen alsmede inzake hergebruik en in rekening te brengen vergoedingen' (Wet aanpassing Wob), zie <http://www.internetconsultatie.nl/wetaanpassingwob>

⁴⁶ ABRvS 31 mei 2006, LJN AX6362.

aanbevelingen gericht op het moderniseren van de actieve openbaarheid. In de kern komen die neer op een kanteling van toegangsbegrip waarbij actieve openbaarmaking de hoofdregel wordt en verstrekking op verzoek een aanvullende voorziening is. In feite is Open Data daar de materialisatie van.

Niettemin levert dit wel een spanning op met het *as is* karakter van Open Data. Immers, de Open Data filosofie gaat ervan uit dat overheden vooral niets zelf moeten toevoegen, maar juist moeten stoppen waar de publieke taak ophoudt. Niettemin zou men ook kunnen betogen dat tenminste een basislaag van metadata aan de overheidsinformatie toegevoegd zou moeten worden, wil deze effectief de weg kunnen vinden naar de hergebruikers. Ik volsta hier met de constatering dat als men het open stellen van data voor hergebruik kwalificeert als een artikel 8 Wob-achtige handeling, dit mijns inziens (natuurlijke) verbintenissen schept ter zake van de toegankelijkheid. Het spreekt voor zich dat een centraal gecoördineerde aanpak hier voor de hand ligt, waarbij ik dan denk aan een zware uitvoerende rol voor een portaal als data.overheid.nl.

De conclusies moeten zijn dat een overheid die aan Open Data wil gaan doen, de Wob-regels in acht moet nemen, nu aan actieve openbaarmaking dezelfde eisen worden gesteld als aan passieve openbaarmaking. Daar waar het spannend wordt – de belangen van de artikel 10 Wob spelen – zal het (voornemen tot) openbaarmaking een besluit zijn, in de zin van artikel 1:3 Awb, zodat de regels van geschreven en ongeschreven bestuursrecht in acht genomen moeten worden. Daar waar geen belangen in het geding zijn, zal het openbaar maken slechts een feitelijke handeling zijn, doch juridisch is dit verder van geen belang.

Nu we vastgesteld hebben hoe we het openstellen voor hergebruik moeten kwalificeren, en we daarmee ook de toepasselijke juridische kaders hebben afgebakend, kunnen we terug naar de drie geïdentificeerde risico's.

3.4 Algemeen kader rond aansprakelijkheid en Open Data

3.4.1 Inleidende opmerkingen

Nu we de handeling 'uit eigen beweging beschikbaar stellen voor hergebruik' geduid hebben, moeten we kijken naar de aansprakelijkheid die daaruit kan voortkomen. In de volgende hoofdstukken zal ik de verschillende casus' beschrijven die tot aansprakelijkheid kunnen leiden, te weten:

- hoofdstuk 4: beschikbaar gesteld voor hergebruik terwijl dat niet mocht;
- hoofdstuk 5: de voor hergebruik beschikbaar gestelde informatie is gebrekkig;
- hoofdstuk 6: de gratis verstrekking veroorzaakt oneerlijke concurrentie.

Deze drie casus hebben gemeen dat de aansprakelijkheid gebaseerd is op de verplichting de schade te vergoeden die ontstaan is uit onrechtmatig handelen. Daarom schets ik in deze paragraaf kort dit algemene kader. Aangezien dit voor de jurist gesneden koek zal zijn, kan ik me voorstellen dat zij dit stuk overslaan.

3.4.2 Aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen

focus op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad

Aansprakelijkheid kan alleen uit de wet voortvloeien. Deze paragraaf gaat slechts over de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de onrechtmatige daad, zoals geregeld in artikel 6:162 en volgende BW, ook wel de buitencontractuele aansprakelijkheid genoemd, nu volgens het Open Data principe overheidsinformatie beschikbaar wordt gesteld voor hergebruik zonder dat daar enige contractuele relatie aan ten grondslag hoeft te liggen. Dat neemt niet weg dat er diverse andere grondslagen zijn voor het ontstaan van aansprakelijkheid: iemand kan toerekenbaar tekortschieten in

de nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst (artikel 6:74 BW) en degene wiens belang bewust wordt behartigd, zonder dat daartoe een overeenkomst bestaat, wordt aansprakelijk voor de kosten die de zaakwaarnemer maakt (artikel 6:198 BW). Maar daar gaat dit onderzoek niet over.

Vijf vereisten voor vestiging aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad

Artikel 6:162 BW geeft de vereisten voor de vestiging van de aansprakelijkheid:

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Uit de omschrijving van artikel 6:162 BW volgen dus vijf cumulatieve eisen waaraan de daad moet voldoen om het tot een verbintenis tot schadevergoeding te schoppen:

- a. onrechtmatige daad;
- b. schuld;
- c. schade;
- d. causaal verband tussen de handeling en de schade;
- e. relativiteit.

a. Onrechtmatige daad

In de eerste plaats moet sprake zijn van onrechtmatig handelen of nalaten door een persoon. Waar het om Open Data gaat zal het (eventueel onrechtmatig) handelen altijd door een rechtspersoon gebeuren. Uiteraard is een rechtspersoon een juridische fictie en kan uiteindelijk alleen handelen door toedoen van natuurlijke personen. Dit kunnen zijn bevoegde vertegenwoordigers, (zoals een wethouder of een minister) maar ook ambtenaren en andere functionarissen. Mocht er sprake zijn van onrechtmatig handelen, dan kan het bestuursorgaan door de derde die daardoor schade lijdt worden aangesproken, ongeacht of dit handelen geschiedt door een bevoegd orgaan of door een werknemer dan wel een derde handelend in de uitvoering van een door die overheid opgedragen taak.⁴⁷

Artikel 6:162 kent drie soorten gedragingen die onrechtmatig kunnen zijn:

- een inbreuk op een recht:
deze onrechtmatigheid zal spelen indien een bestuursorgaan data voor hergebruik beschikbaar stelt terwijl daar auteurs- of databankrechten van derden op rusten dan wel dat er persoonsgegevens in die data zitten. Dan immers wordt het absolute recht van de maker of de fabrikant c.q. het persoonlijkheidsrecht van de betrokkene (de persoon om wiens persoonsgegevens het gaat) geschonden. Deze komen in hoofdstuk 4 uitgebreid aan de orde.
- een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht:
daaronder valt ieder handelen dat in strijd is met een wettelijke plicht, variërend van een bepaling in het wetboek van strafrecht tot een voorschrift in een algemene politieverordening. Het vrijgeven van data voor hergebruik waarin persoonsgegevens zitten zal (ook) strijdigheid met een wettelijke plicht opleveren (namelijk de Wbp), op grond waarvan het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) bevoegd wordt maatregelen te treffen.

⁴⁷ HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (*Knabbel en Babbel*).

- doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt:
dit zogenaamde betamelijkheidsbeginsel speelt een belangrijke rol bij de beoordeling of het vrijgeven voor hergebruik van gebrekkige data onrechtmatig kan zijn – waarbij met name gevaarstelling relevant is – maar ook bij de beoordeling of het gratis aanbieden van Open Data oneerlijke, en dus onrechtmatige, concurrentie oplevert. Deze casus komen in hoofdstuk 5 respectievelijk 6 aan de orde. Verder wordt deze norm sterk ingekleurd door de regels van het geschreven⁴⁸ en ongeschreven⁴⁹ bestuursrecht, en dan met name het zorgvuldigheidsbeginsel dat bestuursorganen in acht moeten nemen bij het nemen van besluiten, op de voet van artikel 1:3 Awb.

De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan de gedraging het onrechtmatige karakter ontnemen. In de Open Data sfeer zijn hier evenwel moeilijk realistische voorbeelden bij te bedenken.

b. Schuld

Aansprakelijkheid vergt voorts dat de daad toe te rekenen is aan de ‘dader’. Artikel 6:162 lid 3 BW bepaalt dat zo’n toerekening kan plaatsvinden indien de daad te wijten is aan de schuld van de dader of aan een oorzaak die op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Met name waar het overheidsoptreden aangaat zal al snel de ‘fout’ worden toegerekend aan het bestuursorgaan, ook al is geen sprake van enige verwijtbaarheid. Het BW regelt deze risicoaansprakelijkheid – degene die zelf geen fout maakte, maar een derde inschakelde, is niettemin zelf aansprakelijk omdat dit voor zijn risico komt - in de artikelen 6:170 (ondergeschikten), 6:171 (opdrachtnemers), 6:172 (vertegenwoordigers) en 6:76 (hulppersonen). Deze bepalingen uit het burgerlijk recht zijn onverkort van toepassing op de overheid. Sterker nog, waar het onbevoegde vertegenwoordiging aangaat, geldt voor de overheid zelfs een zwaarder regime: een gedraging van een onbevoegde ambtenaar kan onder omstandigheden⁵⁰ toegerekend worden aan het bestuursorgaan, ook al heeft deze helemaal niets gedaan of verklaard, omdat onder omstandigheden het gerechtvaardigd vertrouwen van de burger (dat de ambtenaar bevoegd was) voor rekening van de overheid moet komen en niet voor de burger.⁵¹ Voor de overheid geldt dus dat de toerekening al snel zal plaatsvinden, simpelweg als gevolg van de onrechtmatigheid zelve. Met andere woorden: de ‘schuld’ is gegeven omdat nu eenmaal *noblesse oblige*.

c. Schade

Dit is een makkelijke: de schade moet ook echt geleden zijn, dat wil zeggen ‘enig nadeel in wat voor vorm dan ook’. Ik kom hieronder nog op terug bij de omvang van de schade in het kader van de behandeling van artikel 6:95 BW.

d. Causaal verband tussen de handeling en de schade

Uiteraard moet er een verband bestaan tussen de daad en de schade. Dit wordt getest door de vraag te stellen: was de schade ook ontstaan als de gedraging niet had plaatsgevonden? Als het antwoord daarop nee is, dan ontbreekt dit zogenaamde *conditio sine qua non* verband en zal de schade niet voor vergoeding in aanmerking komen.

⁴⁸ HR 21 december 1925, NJ 1916 (*Guldemon/Noordwijkerhout*).

⁴⁹ HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (*Amsterdam/IKON*).

⁵⁰ De relevante omstandigheden hierbij zijn: hoe overzichtelijk was de bevoegdheidsverdeling? was dat evident of niet? wat was de positie van de ambtenaar in kwestie, was die hoog of niet? is het bestuursorgaan nalatig geweest de burger erop te attenderen dat de ambtenaar niet bevoegd was? etc.

⁵¹ HR 27 januari 1984, NJ 1984, 545 (*WGO/Koma*) en HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 (*Felix/Aruba*).

e. *Relativiteit*

Tenslotte moet de geschonden norm - bijvoorbeeld 'gij zult bij het in hergebruik geven van data geen databankrechten van derden schenden' – ook strekken ter bescherming tegen de schade die de benadeelde heeft geleden. Mochten bijvoorbeeld in die databank ook persoonsgegevens zitten, dan kan de betrokkene geen schadevergoeding vragen voor het schenden van het databankenrecht, maar slechts voor het schenden van zijn persoonlijkheidsrechten (recht op bescherming van privacy).

Inhoud en omvang van schadevergoedingsplicht

Is voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 BW, dan staat de aansprakelijkheid vast en moet vastgesteld worden wat de inhoud en de omvang van de verplichting tot schadevergoeding inhoudt, op de voet van artikel 6:95 BW en volgende alwaar het schadevergoedingsrecht is geregeld.

Tenslotte kan de rechter op de voet van artikel 6:109 BW de verplichting tot schadevergoeding matigen indien volledige schadevergoeding tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Verder kan de rechter ook andere sancties opleggen, zoals een verbod, een bevel, een verklaring voor recht, een rectificatie, of een andere modus die de rechter geoddukt.

3.5 Afsluitende opmerkingen

De term 'Open Data' is (nog) geen vastomlijnd juridisch begrip. In het kader van dit onderzoek zoek ik aansluiting bij de terminologie zoals gebruikt in de 'Open Data brief' van het ministerie van BZK (waar de opdrachtsomschrijving ook naar verwijst). Dat betekent dus dat in dit onderzoek het begrip Open (overheids) Data als volgt is afgeperkt:

- constellatie: deelverzameling is van de bredere begrippen 'alle open data' en 'overheidsinformatie';
- bestaansrecht: gegenereerd of verzameld in het kader van de uitvoering van een overheidstaak;
- vindplaats: bij de overheidsorgaan berusten;
- inhoud: betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid;
- bekostiging: betaald zijn uit de publieke middelen;
- formaat: (bij voorkeur) computerleesbaar zijn en dat (het liefst) op basis van open standaarden;
- openbaarheid: eenieder hiervan kennis mag nemen;
- vorm: 'as is' zijn, dat wil zeggen in de vorm die ze hebben op basis van de uitvoering van de publieke taak;
- kopieerbaarheid: verveelvoudiging (waaronder hergebruik), door wie dan ook, maakt geen inbreuk op auteurs- of databankrechten van derden (zijnde: een ander dan het verstreckende overheidsorgaan);
- tarief: gratis verstrekking dan wel maximaal de verstreckingskosten worden in rekening gebracht.

Het doen aan Open Data is zonder twijfel een vorm van actieve openbaarmaking in de zin van artikel 8 Wob en, zodra een van de belangen van artikel 10 Wob in het geding zijn, ook een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Dit heeft tot gevolg dat alle normen van geschreven en ongeschreven publiekrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder, in acht genomen moeten worden bij het nemen van het besluit (tot openstelling van de data voor hergebruik).

Deze normen zullen ook doorwerken in het beoordelen van het eventuele onrechtmatige karakter van het in hergebruik geven van data op de voet van artikel 6:162 BW, waarbij we drie situaties kunnen onderscheiden:

- de data zijn beschikbaar gesteld voor hergebruik terwijl dat niet mocht (te behandelen in hoofdstuk 4);
- de voor hergebruik beschikbaar gestelde data zijn gebrekkig (te behandelen in hoofdstuk 5);
- de gratis verstrekking veroorzaakt oneerlijke concurrentie (te behandelen in hoofdstuk 6).

4 AANSPRAKELIJKHEID VOOR ONRECHTMATIGE BESCHIKBAARSTELLING VOOR HERGEBRUIK

4.1 Inleidende opmerkingen

De eerste casus die tot aansprakelijkheid kan leiden is die waar data voor hergebruik beschikbaar zijn gesteld terwijl dat helemaal niet mocht. Het kan daarbij gaan om de situatie dat de data *überhaupt* niet openbaar gemaakt hadden mogen worden omdat deze op grond van de in artikel 10 Wob genoemde uitzonderingsgronden uitgezonderd zijn van openbaarheid. Ik richt me daarbij specifiek op één van de elf uitzonderingen (op de Wob-hoofdregel van algemene openbaarheid): eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁵² Deze situatie behandel ik in paragraaf 4.2. Dan is er de situatie waarbij de data wellicht openbaar zijn, maar, als ze dat al zijn, ze niet voor *hergebruik* beschikbaar hadden mogen worden gesteld omdat dit inbreuk maakt op de intellectuele rechten van derden, zoals we in paragraaf 4.3 zullen zien. Ik sluit af met de conclusies in paragraaf 4.4.

4.2 Privacy als showstopper

Focus op persoonsgegevens

Ik concentreer me in deze paragraaf op persoonsgegevens. Ik ben me ervan bewust dat er ook andere ‘openbaarheidsblokkers’ zijn, waarvan het niet in acht nemen tot aansprakelijkheid kan leiden. Daarom ga ik hieronder allereerst kort in op het complex van weigeringsgronden in de Wob. Vervolgens zal ik kijken naar de samenhang tussen de Wob en de Wbp om vervolgens het begrip persoonsgegeven nader te duiden en de relatie daarvan met Open Data. Tenslotte beschrijf ik nog kort mogelijke oplossingsrichtingen en op handen zijnde Europese ontwikkelingen.

Weigeringsgronden in de Wob

Bij de beoordeling van een openbaarmaking onder de Wob (hetzij op grond van een verzoek daartoe, hetzij uit hoofde van Open Data ambities) moet getoetst worden of de verstrekking niet indruist tegen in de Wob expliciet genoemde belangen. Bij die beoordeling zal het bestuursorgaan naar de zogenaamde absolute en relatieve weigeringsgronden van artikel 10 Wob kijken.

Bij absolute weigeringsgronden blijft informatieverstrekking te allen tijde achterwege: indien aan het criterium voor weigering is voldaan, mag het bestuursorgaan niet anders doen dan weigeren. Dit is het geval indien de verstrekking een bedreiging zou kunnen vormen voor de eenheid van de Kroon, of de veiligheid van de Staat zou kunnen schaden, of indien het bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld of indien het bijzondere persoonsgegevens betreft.

Bij relatieve weigeringsgronden heeft het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid. Het moet een afweging maken tussen het algemene abstracte belang van openbaarheid en de belangen genoemd in artikel 10 tweede lid Wob. Het betreft hier: internationale betrekkingen, economische of financiële belangen van de overheid, de opsporing en vervolging van strafbare feiten, inspectie controle en toezicht door bestuursorganen, eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (waarover dus hierna veel meer), het belang dat een geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van informatie en - het vangnet - het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van de betrokkenen.

⁵² Uiteraard kunnen ook de andere weigeringsgronden spelen – zo zou bijvoorbeeld de veiligheid van de Staat in gevaar kunnen komen door openbaarmaking – maar dit zijn geen weigeringsgronden die ‘massaal, dwars door alle soorten overheidsinformatie heen, aanwezig kunnen zijn. Bij persoonsgegevens en rechten van derden is dit wel het geval. Dat neemt niet weg dat een overheid uiteraard altijd moet toetsen of er geen weigeringsgrond speelt en dus het hele rijtje van artikel 10 Wob moet aflopen.

Uiteraard kunnen naast rechten van derden en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ook de andere weigeringsgronden spelen. Evenwel zijn dit zijn geen weigeringsgronden die ‘massaal, dwars door alle soorten overheidsinformatie heen, aanwezig kunnen zijn, zoals dat bij persoonsgegevens en rechten van derden wel het geval is. Dat neemt niet weg dat een overheid uiteraard altijd moet toetsen of er naast genoemde twee geen andere weigeringsgronden aanwezig zijn en dus het hele rijtje van artikel 10 Wob moet aflopen.

Wob en Wbp

De aanwezigheid van persoonsgegevens in bestuurlijke informatie is, zoals we hierboven zagen, een weigeringsgrond in de Wob.⁵³ Openbaarmaking vindt niet plaats indien het belang van openbaarheid niet zwaarder weegt dan het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 tweede lid onder e Wob).

‘Bijzondere’ persoonsgegevens zijn nimmer openbaar. Het gaat hierbij om persoonsgegevens over iemands ‘godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven, het lidmaatschap van een vakvereniging, strafrechtelijke aangelegenheden en onrechtmatig of hinderlijk gedrag in verband met een opgelegd verbod naar aanleiding van dat gedrag’ aldus artikel 10 eerste lid onder b Wob, in samenhang met artikel Art. 16 van de Wbp (dat ter zake een eigen openbaarheidsregime kent). Dit is slechts anders als ondubbelzinnig vast staat dat verstrekking van de gegevens geen inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer. Hierna beperk ik me tot niet-bijzondere persoonsgegevens.

Het regime van de Wbp is in zijn effecten tegenovergesteld aan dat van de Wob: openbaarmaking (of liever ‘verwerking’) van persoonsgegevens is verboden, tenzij de Wbp het toestaat. Nu kan bestuurlijke informatie persoonsgegevens bevatten zodat, bij verstrekking zowel de Wob als de Wbp van toepassing zijn.⁵⁴ Simpel gezegd, bepaalt de Wob dan dat bij het nemen van die beslissing het bestuursorgaan het (algemene) belang van verstrekking moet afwegen tegen de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de in de informatie genoemde personen.

Bereik van het begrip persoonsgegeven is breed

De cruciale term is dus het begrip persoonsgegeven: is er geen sprake van een persoonsgegeven, dan is de Wbp niet van toepassing en kan verstrekking voor hergebruik gewoon plaatsvinden. Probleem is dat bij veel informatie die breed ter beschikking wordt gesteld, het vaak niet zo evident is dat er sprake is van persoonsgegevens. De brede interpretatie van het begrip persoonsgegeven (zie hierna) maakt dat heel veel gegevens al snel als persoonsgegevens moeten worden beschouwd. De wet is daardoor snel van toepassing. De onduidelijkheid zit erin dat zelfs geanonimiseerde en geaggregeerde gegevens onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als persoonsgegevens.

Persoonsgegeven of niet?

Leest men de wetsgeschiedenis, uitspraken en studies van toezichthouders en Europese adviesorganen dan wordt al gauw duidelijk dat als we het over gegevens hebben, het al heel snel over persoonsgegevens gaat (zoals kentekens van voertuigen, IP-adressen van computers, telefoonnummers en foto’s van huizen of personen). En hoewel we bij een oppervlakkige benadering al snel de idee kunnen hebben dat het eenvoudig is om waar te nemen of een ‘gegeven iets over een persoon zegt’, leert een nadere beschouwing dat dit veel genuanceerder ligt.

⁵³ De Wob heeft het over ‘eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer’. Ik zal dat hier als synoniem gebruiken voor ‘vertrouwelijkheid van persoonsgegevens’, maar er zij op gewezen dat dit niet helemaal hetzelfde is (zie: J.A. van Schagen et al., SDU Commentaar Openbaarheid van bestuur, Den Haag 2011).

⁵⁴ De Wbp is overigens niet de enige regeling op het gebied van beschermingspersoonsgegevens. Voorbeelden zijn de Wet GBA en de Wet politiegegevens.

Deze grens wordt verder vervaagd door de hedendaagse technische ontwikkelingen, en door de mogelijkheid van analyses en combinaties van grote gegevensbestanden. Hierdoor kan het alsnog mogelijk zijn persoonsgegevens te destilleren of te re-identificeren, zelfs wanneer deze geanonimiseerd of geaggregeerd zijn. Door technologische ontwikkelingen wordt het privacyrecht dus steeds weer onder druk gezet. Aan de andere kant bieden technieken (zoals *privacy by design*)⁵⁵ en specifieke nieuwe methodieken van anonimiseren tegelijk ook in toenemende mate uitzicht op oplossingen.

Maar waar zit de grens nu precies: wat is een persoonsgegeven in het licht van de Wbp?

In de Wbp is in navolging van eerdere internationaal geformuleerde definities een ruime definitie van het begrip persoonsgegeven opgenomen (artikel 1, onder a Wbp). Bij persoonsgegevens gaat het op basis van deze definities om 'iedere informatie (of zoals de Wbp is opgenomen 'elk gegeven') betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon'. De twee elementen 'iedere informatie betreffende' en 'geïdentificeerd of identificeerbare' staan dus centraal bij de beantwoording van de vraag of een gegeven tevens een persoonsgegeven is. Laten we die twee eens nader bekijken.

a. Iedere informatie betreffende een persoon

Met 'iedere informatie betreffende' wordt bedoeld dat het om alle gegevens gaat die omtrent een bepaalde persoon informatie kunnen verschaffen. Het gaat daarbij niet alleen om bijvoorbeeld de naam of andere personalia, maar ook om gegevens die indirect iets vertellen over de persoon, zoals informatie over goederen of gebeurtenissen. Zo kan de waarde van de auto een persoonsgegeven zijn. Dit is zeker het geval als het een auto van de zaak betreft en deze waarde van belang is voor de fiscale bijtelling. Hetzelfde geldt in beginsel voor een kenteken van een voertuig en voor foto's en verkoopprijzen van huizen. In veel gevallen is de context waarin een gegeven wordt gebruikt bepalend of er sprake is van persoonsgegevens. Van belang is dan of het gegeven bepalend kan zijn voor de wijze waarop de betrokken persoon in het maatschappelijk verkeer wordt beoordeeld of behandeld. Zo kunnen gegevens over een onderneming, geo-informatie over bedrijventerreinen, of telefoongesprekken persoonsgegevens zijn als de gegevens ook iets vertellen over een natuurlijke persoon. Ook gegevens over vennootschappen onder firma, eenmanszaken en vrije beroepsbeoefenaren zijn persoonsgegevens omdat deze gegevens vaak ook informatie geven over de eigenaar of vennoten zelf.

b. De geïdentificeerde of identificeerbare persoon

Behalve dat de gegevens iets moeten vertellen over een persoon, moet het gaan om een geïdentificeerde of identificeerbare persoon. Personen zijn identificeerbaar als zij zonder al te veel moeite geïdentificeerd kunnen worden. Hierbij speelt vooral de vraag of de identiteit van de persoon zonder onevenredige inspanning vastgesteld kan worden. Twee factoren zijn hierbij van belang: de aard van de gegevens en de mogelijkheden van de verantwoordelijke, dat wil zeggen degene onder wiens verantwoordelijkheid de gegevens verwerkt worden, om de identificatie tot stand te brengen.

Wat de aard van de gegevens betreft, is een persoon identificeerbaar als sprake is van gegevens die alleen of die in combinatie met andere gegevens zo kenmerkend zijn voor een bepaalde persoon dat deze aan de hand daarvan kan worden geïdentificeerd. Niet ieder gegeven zal in dezelfde mate tot het identificeren van een persoon (kunnen) leiden. In dit kader kan een onderscheid worden gemaakt tussen direct en indirect identificerende gegevens. Van direct identificerende gegevens is sprake als de identiteit zonder veel omwegen eenduidig is vast te stellen. Voorbeelden zijn gegevens zoals naam, adres en geboortedatum. Die zijn in combinatie met elkaar zo uniek en kenmerkend voor een bepaalde persoon dat deze daarmee kan worden geïdentificeerd. Bij indirect identificerende

⁵⁵ http://www.cbpweb.nl/Pages/th_pbd_start.aspx

gegevens kunnen de gegevens via nadere stappen in verband worden gebracht met een bepaalde persoon. Bij indirect identificerende gegevens kan weer een onderscheid worden gemaakt tussen gegevens met een hoog onderscheidend karakter, zoals leeftijd, woonplaats en beroep, en gegevens met een laag onderscheidend karakter, zoals leeftijdsklasse, woonregio en beroepsklasse. Het onderscheidende vermogen van dergelijke (combinaties van) gegevens is mede afhankelijk van de context waarbinnen ze worden gebruikt. Ze zijn bijvoorbeeld afhankelijk van de omvang van de bevolkingsgroep waarop de gegevensverwerking betrekking heeft.

Naast de aard van de gegevens, spelen de mogelijkheden van de verantwoordelijke om identificatie tot stand te brengen een rol bij de vraag of er sprake is van identificerende gegevens. Dit hangt bijvoorbeeld samen met het (kunnen) verkrijgen van aanvullende informatie. Hierbij kan gedacht worden aan openbare gegevens uit een telefoonboek of het Internet, vrij te kopen informatie, of aan binnen de eigen organisatie aanwezige informatie.

Bij de afweging of er sprake is van een 'identificeerbare' persoon gaat het niet om een absolute maatstaf. Gekeken moet worden naar alle middelen waarvan mag worden aangenomen dat zij redelijkerwijs zijn in te zetten om die persoon te identificeren. Daarbij moet uitgegaan worden van een redelijk toegeruste verantwoordelijke. In concrete gevallen moet echter wel rekening worden gehouden met bijzondere expertise, technische faciliteiten en dergelijke van de verantwoordelijke. Het gaat dus enerzijds om objectivering naar een redelijk toegeruste verantwoordelijke en anderzijds om subjectivering naar bijzondere expertise. Ook als niet door de verantwoordelijke zelf, maar wel door derden (bijvoorbeeld door een ontvanger van de gegevens) identificatie kan plaatsvinden, is sprake van persoonsgegevens⁵⁶.

In Europees verband heeft de Europese Artikel 29-werkgroep in 2007 een advies gepubliceerd over de interpretatie van het begrip persoonsgegevens. In dat advies wordt toegelicht wanneer gegevens niet als persoonsgegevens hoeven te worden beschouwd. In gevallen waarbij identificatie van de betrokkene niet tot het doel van de verwerking behoort, spelen technische maatregelen die identificatie moeten voorkomen een belangrijke rol.

*(...) Het inzetten van geschikte technische en organisatorische maatregelen, volgens de laatste stand van de techniek, om mogelijke identificatie te voorkomen, kan ertoe leiden dat de betrokkenen niet meer identificeerbaar zijn wanneer rekening wordt gehouden met alle middelen waarvan mag worden aangenomen dat zij redelijkerwijs door degene die voor de verwerking verantwoordelijk is dan wel door enig ander persoon in te zetten zijn voor de identificatie van de betrokkenen. In dit geval is de tenuitvoerlegging van de bedoelde maatregelen (...) een voorwaarde om de informatie niet als persoonsgegeven te kunnen beschouwen (...)*⁵⁷

Het is helaas nog niet duidelijk of het CBP deze (iets) ruimere benadering ook volgt.

Wat als de privacywetgeving van toepassing is?

Toepassing van de bovenstaande uitgangspunten maakt dat gegevens, ook als ze geanonimiseerd, of geaggregeerd zijn, toch nog persoonsgegevens kunnen zijn. Daar komt nog bij dat in Nederland de toezichthouder een stringente uitleg van deze ruime uitleg van het begrip persoonsgegeven hanteert. Kortom, de Wbp zal snel van toepassing zijn, omdat een gegeven ook snel een

⁵⁶ http://www.cbprecht.nl/downloads_pb/pb_20111220_gvb_bob.pdf. Zie ook: Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 30 968, nr. 3, blz. 17.

⁵⁷ Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegeven (20 juni 2007, WP 136, pag. 18). De Artikel 29 werkgroep ontleent haar naam aan artikel 29 van de Europese Privacyrichtlijn 95/46/EG. Alle toezichthoudende autoriteiten binnen de EU op het gebied van bescherming van persoonsgegevens nemen deel aan deze werkgroep, die een rol speelt in de totstandkoming van Europees beleid.
http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

persoonsgegeven is. Laten we daarom eens kijken wat de toepasselijkheid van de Wbp tot gevolg heeft.

Wbp en lastige 'open normen'

De Wbp geeft regels over wanneer en onder welke voorwaarden persoonsgegevens verwerkt mogen worden. Kenmerkend voor de Wbp is het uitgangspunt dat het verwerken van persoonsgegevens *alleen* is toegestaan als de Wbp of een andere wettelijke regeling dit mogelijk maakt. Dit kenmerk maakt wetgeving ter bescherming van persoonsgegevens een specifiek en vaak ook lastig juridisch terrein, omdat de Wbp veel zogenaamde open normen kent, waardoor de wet vooral algemene uitgangspunten en regels bevat. Het gaat dan om begrippen zoals 'behoorlijk en zorgvuldig', 'noodzakelijk' en om een soms complexe afweging tussen het doel waarvoor gegevens worden verwerkt, de middelen die daarvoor mogelijk zijn en het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van het individu. De regels van de Wbp geven dan ook meer aan op welke wijze en volgens welke stappen bezien kan worden of het verwerken van gegevens toelaatbaar is, dan dat ze precies aangeven wat nu wel of niet mag. Voordat dus echt duidelijk kan worden of een bepaalde gegevensverwerking al dan niet juridisch toelaatbaar is, zal er sprake moeten zijn van een concrete situatie die aan de hand van de algemene regels en open normen van de Wbp beoordeeld wordt.

Doelbinding en Open Data

Voor wat betreft het beschikbaar stellen voor hergebruik in het kader van Open Data zijn vooral de bepalingen met betrekking tot de zogenaamde 'doelbinding' en het verdere gebruik van gegevens relevant (met name de artikelen 7 en 9 Wbp). Op grond van artikel 7 Wbp moet bij verwerking van persoonsgegevens sprake zijn van een vooraf bepaald doel en moet aan de eisen van rechtmatigheid en kwaliteit zijn voldaan. Verder gebruik van gegevens (zoals hergebruik) is mogelijk voor zover dit gebruik in overeenstemming is met het doel waarvoor ze zijn verzameld, dit op de voet van artikel 9 Wbp. Hiervoor moet in beginsel bij ieder soort hergebruik, voor ieder doel een afweging plaatsvinden. Het met zo min mogelijk voorwaarden ter beschikking stellen van gegevens voor hergebruik zonder expliciet en specifiek doel in het kader van Open Data beleid verhoudt zich uiteraard zeer slecht met deze doelbindingsuitgangspunten.

Zo zijn er situaties waarbij persoonsgegevens actief openbaar worden gemaakt. Dit gebeurt veelal in verband met bijzondere wetgeving: hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan GLB-subsidies, het uitoefening van (dier)geneeskunde en nevenwerkzaamheden van ambtenaren. Het ter beschikking stellen van deze openbare persoonsgegevens gericht op hergebruik (zonder doelbinding) is niet toegestaan en de overheidsorganisatie zal hiervan melding moeten maken en tegen overtreding moeten optreden.

Het is dus niet zo dat zodra er sprake is van een persoonsgegeven, het einde oefening *moet* zijn. Ook binnen de grenzen van de Wbp is onder voorwaarden nog steeds veel mogelijk: voor verder gebruik van persoonsgegevens zijn er in specifieke gevallen (bij specifieke verstrekkingen van specifieke gegevens aan specifieke partijen voor specifieke doeleinden) de nodige mogelijkheden. Als een vertrekking voor een specifiek doeleinde verenigbaar is met het oorspronkelijke doel kan in dat specifieke geval verder gebruik zijn toegestaan (bijvoorbeeld bij een specifiek onderzoek op basis bepaalde gegevens voor een bepaald doel). Maar het Open Data gedachtegoed gaat er echter nu juist van uit dat gegevens ter beschikking worden gesteld voor hergebruik aan eenieder, zodat onduidelijk is voor welk gebruik (en welk doel) dat precies is. Dit maakt het dus heel lastig om op voorhand vast te stellen of bij het gebruik van gegevens voor Open Data toepassingen in overeenstemming, of in strijd met de Wbp wordt gehandeld.

What if?

Wat nu als er toch persoonsgegevens voor hergebruik vrij zijn gegeven, dit in strijd met de Wbp blijkt te zijn gebeurt? Deze risico's kunnen gelegen zijn in aansprakelijkheid, schadevergoeding en sancties.

a. Aansprakelijkheid en schadevergoeding

In verband met aansprakelijkheid voor privacyschendingen zijn vooral de artikelen 49 en 50 Wbp van belang. In artikel 49 Wbp wordt een recht op schadevergoeding toegekend wanneer in strijd is gehandeld met de bepalingen van de Wbp. In artikel 50 Wbp wordt de mogelijkheid gegeven tot het vorderen van een verbod om te voorkomen dat (nog verder) in strijd met deze wet wordt gehandeld. De bepaling van artikel 49 Wbp sluit aan bij het aansprakelijkheidsrecht. In beginsel zal schending van de verplichtingen uit de Wbp een handelen in strijd met een wettelijke plicht als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW opleveren.

Het verdient in dit verband wel opmerking dat de schade bij een inbreuk op de privacy van een burger veelal uit niet-vermogensschade (immateriële schade) bestaat. Artikel 49 lid 2 Wbp bepaalt dat voor andere schade dan vermogensschade een vergoeding naar billijkheid wordt toegekend. Tot op heden zijn procedures die uiteindelijk tot een schadevergoeding leiden echter *zeer* uitzonderlijk. Wel is er een toenemende aandacht voor rechterlijke procedures waarin een verbod op het verwerken van gegevens geëist wordt. Voor zover een privacyschending heeft plaatsgevonden, speelt het vereiste van toerekenbaarheid zoals dat is neergelegd in de artikelen 6:74 en 6:162 BW nog een rol, zij het dat de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking krachtens artikel 49 lid 4 Wbp dient te bewijzen dat de schending hem niet kan worden toegerekend (en niet omgekeerd).

b. Bestuurlijke sancties

Bij sancties staat uiteraard de vraag voorop of er inderdaad wel sancties gesteld zijn op een mogelijke inbreuk of bij een mogelijk tekort bij naleving. Ten aanzien van mogelijke dwangsommen kan opgemerkt worden dat het CBP de afgelopen jaren meer en meer bereid is tot het dreigen en het daadwerkelijk opleggen van een dwangsom. In de praktijk betekent dit dat een organisatie een bepaalde termijn krijgt om de tekortkomingen te herstellen.

Op dit moment kunnen bestuurlijke boeten nog slechts voor een zeer beperkt aantal handelingen opgelegd kunnen worden bij het niet naleven van de meldingsplicht. Er is thans echter wel een duidelijke ontwikkeling waarbij de mogelijkheden voor het CBP boetes op te leggen (sterk) uitgebreid zullen worden.⁵⁸ Van strafrechtelijke vervolgingen wegens bepaalde overtredingen van de Wbp zijn geen voorbeelden bekend. Evenals bij boetes is slechts een zeer beperkt aantal handelingen strafbaar. Wel is er (in beperkte mate) sprake van strafrechtelijke vervolging wegens het schenden van een met name op een ambt of een beroep gebaseerde geheimhoudingsverplichting.

Een andere recente Europese ontwikkeling

Dat de Open Data beweging inmiddels ook de Europese privacywaakhonden bezighoudt, moge blijken uit de recente verklaring van de *European Data Protection Supervisor* (EDPS) van april 2012, waarin deze aangeeft dat hergebruik van overheidsdata niet mag leiden tot schendingen van de privacy van burgers. Open Data-initiatieven moeten daarom worden bekeken door de toezichthouders. De EDPS vraagt de Europese Commissie duidelijker aan te geven onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden informatie die persoonlijke data bevat mag worden vrijgegeven voor hergebruik. Bovendien zou, aldus de EDPS, een voorafgaande *assessment* moeten plaatsvinden van data bij iedere publieke organisatie met Open Data plannen, om te bepalen of deze wel geschikt zijn voor hergebruik. Verder zouden bedrijven en organisaties die Open Data willen

⁵⁸ De Tweede Kamer heeft op 5 juli jl. een motie aangenomen die ertoe strekt het CBP uiterlijk 1 mei 2013 de mogelijkheid te geven boetes op te leggen.

hergebruiken een licentie moeten tekenen waarin een clause is opgenomen die voorwaarden oplegt over informatiebescherming. Als er risico's worden vermoed, zouden degenen die de data willen hergebruiken daadwerkelijk moeten kunnen aantonen dat maatregelen zijn getroffen om de risico's te beperken en dat tevens aan de privacyregels wordt voldaan. Verder, aldus nog steeds de EDPS, zouden waar nodig data moeten worden geanonimiseerd. Genoemde licentie zou ook de bepaling moeten bevatten dat het verboden is geanonimiseerde data weer zodanig te bewerken of te koppelen dat het terug te voeren is naar identificeerbare personen. Het is goed denkbaar dat deze aanbevelingen aan de artikel 29 werkgroep worden voorgelegd, waardoor er grote kans bestaat dat nationale toezichthouders, zoals het CBP, deze uitgangspunten overnemen.

Afsluitende opmerkingen

De verhouding van het Open Data gedachtegoed ten opzichte van privacyregels is het beste te omschrijven als een 'blijvend spanningsveld', omdat het Europese en nationale Open Data beleid er nu eenmaal met name op is gericht om informatie te delen, terwijl privacyregels er juist op gericht zijn informatie met betrekking tot personen te beschermen, onder meer door deze af te schermen. Dit zijn in belangrijke mate tegengestelde krachten. Hoe meer waarde informatie bevat, hoe groter de drang om deze in het kader van Open Data breed ter beschikking te stellen. Mogelijk is die waarde eigenlijk niet goed meer te zien als een belang waar het doel van de openbaargheidswetgeving op was gericht⁵⁹. Als deze informatie ook betrekking heeft op personen zullen tegelijk ook meer voorwaarden gelden voor de omgang en afscherming van deze gegevens.

Dat het Open Data beleid minder goed aansluit bij privacybescherming wil echter niet zeggen dat de twee niet samengaan. Op dit moment buigen vooral in Europees verband diverse groepen vanuit de regelgeving en het toezicht zich over de vraag hoe beide terreinen beter op elkaar kunnen aansluiten. Dat zal mogelijk ook extra voorwaarden meebrengen zoals die van de EDPS, maar naar verwachting ook extra mogelijkheden.

Een praktisch kader

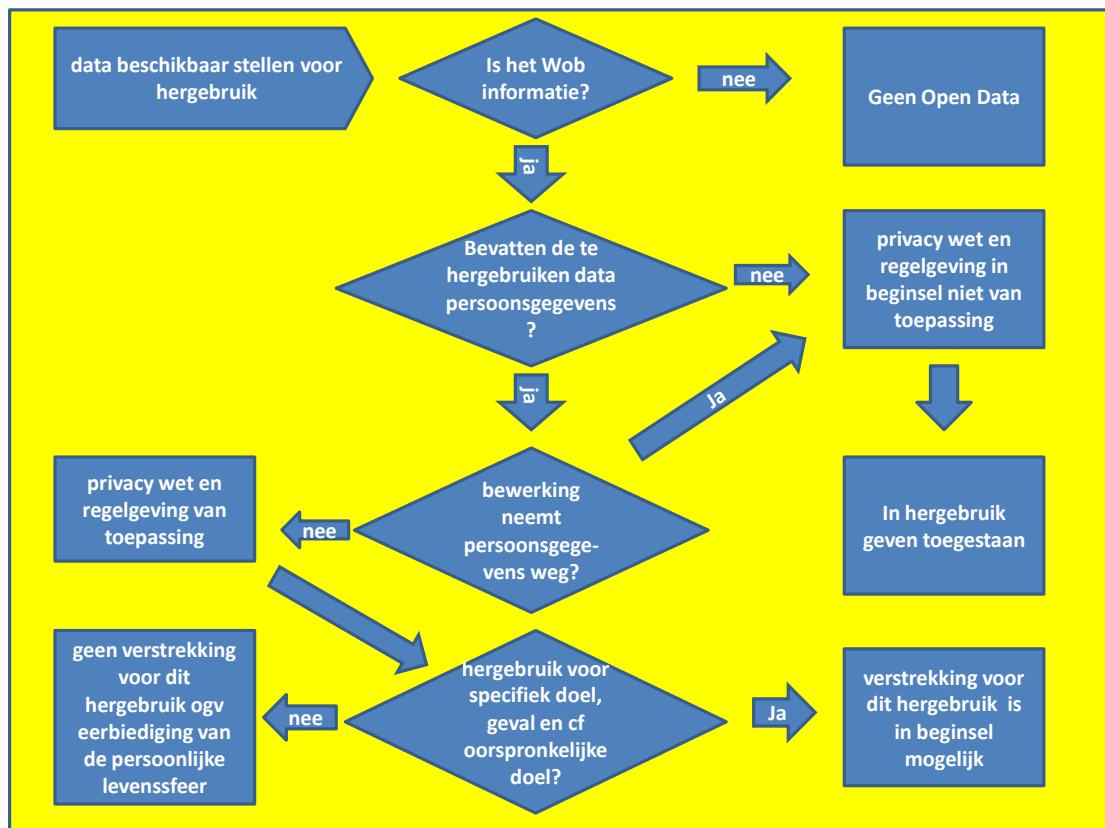
Hoe hier nu praktisch mee om te gaan? In het algemeen kan een datahouder de regel toepassen dat openbaarmaking van gegevensbestanden waarin systematisch persoonsgegevens zijn opgenomen, nimmer openbaar gemaakt mogen worden omdat de belangenafweging die onder de Wob gemaakt moet worden praktisch altijd in het voordeel van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet uitvallen. Dit is slechts anders als er een wettelijke plicht tot openbaarheid ligt, anders dan op grond van de Wob, zoals dat het geval is bij openbare registers, zoals het Nieuwe Handelsregister.

Daar waar de data weliswaar geen directe links naar personen bevatten, maar deze mogelijk wel, in combinatie met andere data – niet noodzakelijkerwijs van de datahouder zelve – tot identificeerbaarheid zullen kunnen leiden, is ook waakzaamheid geboden en doet de datahouder er goed aan een Wob-specialist te raadplegen. Als identificeerbaarheid inderdaad het geval blijkt te zijn, is de privacy wet- en regelgeving van toepassing en is het de vraag of de gegevens geschikt zijn voor hergebruik. Bij overtreding, zeker als die per ongeluk is begaan zijn weliswaar de financiële risico's beperkt, maar de publicitaire schade zal stevig kunnen zijn.

Hieronder is een beslisboom weergegeven, waarmee belangrijkste controleslagen gemaakt kunnen worden. Maar als gezegd: bij twijfel, niet inhalen!

⁵⁹ Aldus Katleen Janssen in: 'Open data: van ideaal tot realiteit', M. Peters (interviews), B. van Loenen en Y. Verdonk (redactie), p 10, www.ncg.knaw.nl/Publicaties/Groen/pdf/55NCGGroen_OpenData.pdf

Illustratie 4: afwegingskader Open Data en eerbiediging persoonlijke levenssfeer



4.3 Inbreuk op intellectuele rechten derden

Inleidende opmerkingen

Aansprakelijkheid kan ook ontstaan als op de data rechten van derden rusten waardoor de beschikbaarstelling voor hergebruik inbreuk maakt op deze rechten. Het gaat daarbij met name om auteursrechten (vastgelegd in de Auteurswet en internationale regelingen), en/of databankrechten (zoals geregeld in de Databankenwet). Hierna zal ik deze intellectuele rechten en regelingen gezamenlijk duiden als 'de rechten' respectievelijk 'de regelingen'.⁶⁰ In deze paragraaf beschrijf ik kort de regelingen om vervolgens de aansprakelijkheidsrisico's te identificeren. Daarna kijk ik hoe deze het beste geadresseerd kunnen worden. Omdat Open Data zich vaak zullen manifesteren in de vorm van databanken, en omdat samenloop tussen het hergebruikrecht en databankenrecht voor de hand ligt en bovendien de focus vormt van dit onderzoek (zie paragraaf 1.3), zal ik op dat onderwerp wat uitgebreider ingaan.

Heel kort iets over het auteurs- en databankenrecht

Voor het gebruik van overheidsinformatie zijn twee privaatrechtelijke regelingen van belang: de Auteurswet 1912 (Aw) en de Databankenwet (Dw), de implementatie van de Databankenrichtlijn.⁶¹

Het auteursrecht beschermt 'werken' van 'makers' en vereist enige mate van oorspronkelijkheid, dat wil zeggen dat het werk een eigen karakter moet hebben waaruit het persoonlijk karakter van de maker blijkt. Het ontstaat van rechtswege bij de creatie en eindigt 70 jaar na de dood van de maker

⁶⁰ Strikt genomen is het databankenrecht geen intellectueel eigendomsrecht, doch vanwege het nauwe verband met het auteursrecht, wordt deze materie in een en dezelfde paragraaf behandeld.

⁶¹ Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, PbEG 1996 L 77.

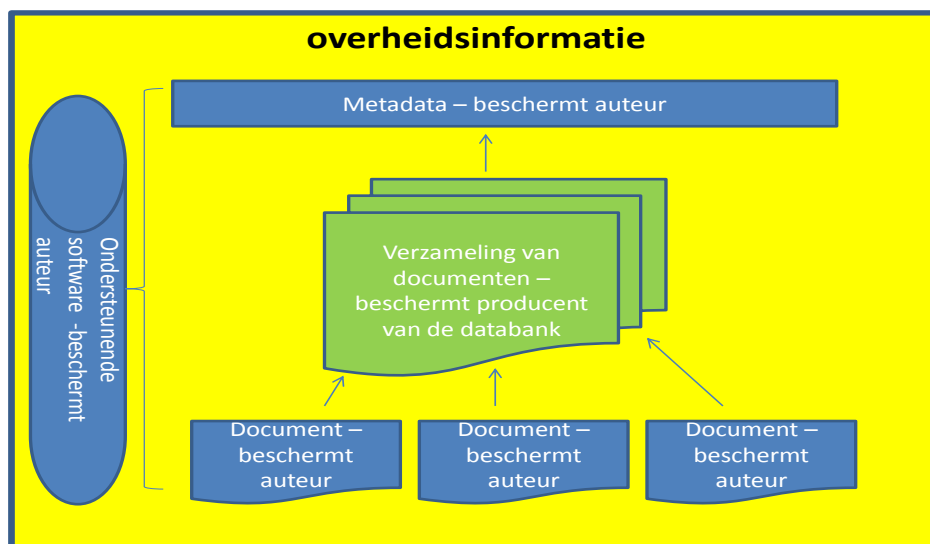
(of, bij rechtspersonen, 70 jaar na eerste publicatie). Ook het databankenrecht ontstaat van rechtswege en richt zich op de inhoud van een verzameling gegevens waarin substantieel geïnvesteerd is. Op grond van dit recht is het niet toegestaan, zonder toestemming van de producent van de databank, de databank of een (in kwalitatief of kwantitatief opzicht) substantieel gedeelte daarvan op te vragen en/of te hergebruiken. Dit recht beoogt de gedane investeringen in de databank te beschermen voor een periode van 15 jaren, te rekenen vanaf het moment van productie dan wel de ter beschikkingstelling aan het publiek. Belangrijke wijzigingen van de inhoud van de databank (in kwalitatieve of kwantitatieve zin) doen een nieuwe beschermingstermijn aanvragen, zodra er sprake is van een nieuwe substantiële investering.

Kort en goed geven deze regelingen de maker van een auteursrechtelijk werk, respectievelijk de producent van een databank dus exclusieve rechten: zij kunnen met uitsluiting van anderen over het werk, c.q. de databank beschikken en deze exploiteren. Zij kunnen tegen iedere inbreuk, door wie dan ook, opkomen op grond van hun absolute rechten.

Open Data en IE-rechten, wat wordt beschermd?

Open Data manifesteren zich naar een hergebruiker toe veelal als een elektronisch toegankelijke en doorzoekbare database. Juridisch gezien moeten we echter kijken naar de samenstellende delen. Kijkt een IE-jurist naar Open Data dan ziet hij, simpel gezegd, twee aangrijpingspunten: te weten de *informatie*, in de vorm van werken, (waarop het auteursrecht ziet) en de *verzameling* van die informatie (waarop het databankenrecht ziet). Vervolgens kunnen we op het niveau van de informatie weer een onderscheid maken tussen de puur inhoudelijke informatie (bijvoorbeeld de inhoud van een wet), de metadata (bijvoorbeeld de publicatiedatum) en de ondersteunende software (bijvoorbeeld de zoekmachine in wetten.nl). Illustratie 5 schetst deze lagen en de bescherming die zij genieten.

Illustratie 5: lagen in overheidsinformatie en intellectuele beschermingsregimes



Dit impliceert dus dat een overheid die tot vrijgeven voor hergebruik wil overgaan op alle niveaus en op alle aangrijpingspunten moet nagaan of zij vrijelijk kan beschikken over de rechten op de data.

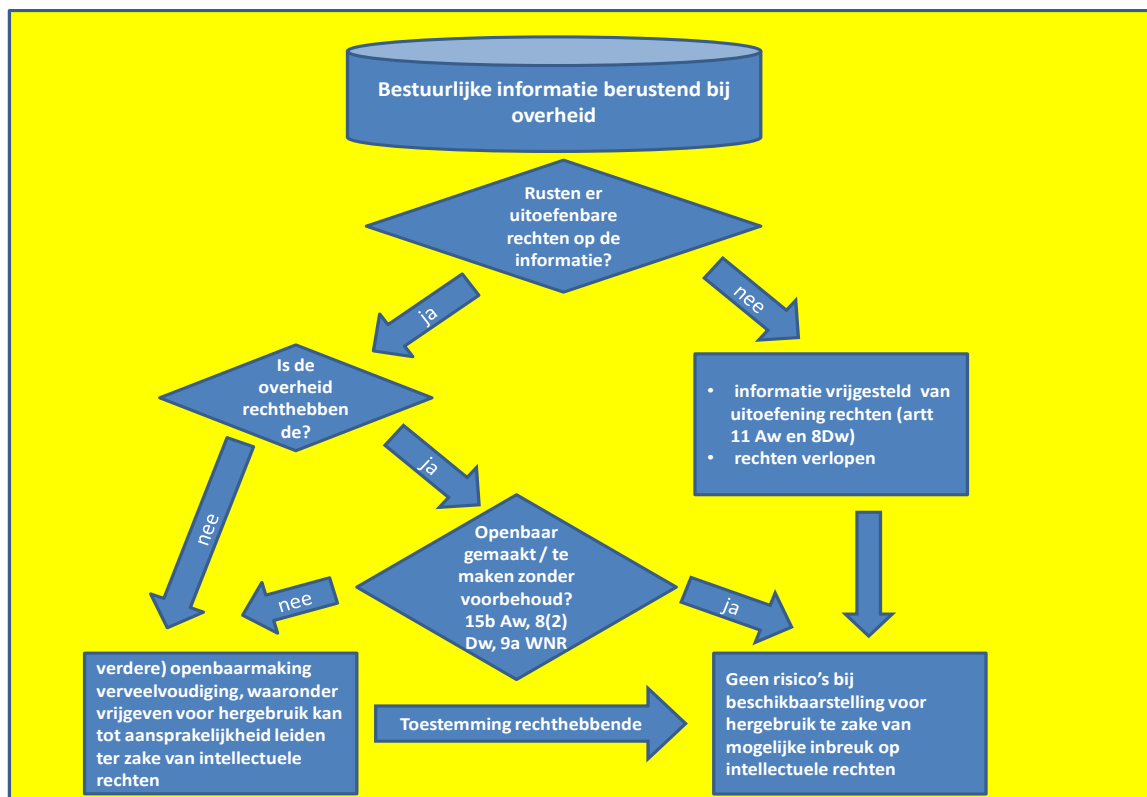
Het bijzondere IE-regime voor overheidsinformatie

Nu kennen we in Nederland echter enkele bijzondere regels waar het intellectuele eigendomsrechten op overheidsinformatie aangaat (het gaat hier uiteraard steeds om informatie van bestuurlijke aard en bij de overheid berustend).

- In de eerste plaats is daar de informatie waarop geen rechten (meer) rusten. Dit kan zijn omdat niet voldaan is aan de wettelijke vereisten: bijvoorbeeld een database waarin niet substantieel geïnvesteerd is of een werk waarvan de auteur meer dan 70 jaar geleden is overleden. Daarnaast is er informatie waarop de rechten op grond van de wet niet uitgeoefend *mogen* worden. Daarbij gaat het dan om zogenaamde basisinformatie van de democratische rechtsstaat, zoals (verzamelingen van) wetten, besluiten en verordeningen alsmede rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen uitgevaardigd door de openbare macht (artikel 11 Aw en 8 lid 1 Dw).
- Dan is er de categorie informatie waarvan de overheid (en geen derde partij) de rechten heeft. Daarvoor geldt de hoofdregel dat als de overheid deze informatie eenmaal openbaar heeft gemaakt, het verdere openbaar maken of veeleenvoudigen geen schending van de rechten (van de overheid) oplevert. Dit is slechts anders indien de overheid zich de rechten uitdrukkelijk heeft voorbehouden (op grond van artikel 15b Aw en 8 lid 2 Dw).
- Tenslotte is er de categorie informatie waar rechten van derden (niet zijnde een overheidsorgaan) op rusten (categorie 3). Daarvoor geldt dat de hergebruikregeling geen afbreuk doet aan deze rechten van derden (op grond van artikel 15b Aw en 2 lid 1 Dw).

Kortom, aansprakelijkheidsrisico's spelen goed beschouwd alleen bij bestuurlijke informatie die bij de overheid berust en waarop derden rechten kunnen laten gelden. Daarmee valt een groot gedeelte van de data buiten het 'aansprakelijkheidsrisicogebied', zoals illustratie 6 laat zien.

Illustratie 6 – stroomschema categorisatie bestuurlijke informatie en IE-aansprakelijkheidsrisico's



De risicogroep

Niettemin, er resteert dus een categorie overheidsinformatie, ook al berust de informatie bij de overheid, die deze overheid niet mag (laten) verveelvoudigen, waaronder begrepen het vrijgeven voor hergebruik, omdat dit rechten zijn die voorbehouden zijn aan de rechthebbenden.

Tot de implementatie van de Richtlijn Hergebruik (in 2006) was overigens de werking van artikel 15b Auteurswet (en de equivalent in het databankenrecht) anders, op grond van het mooie Beatrix-postzegel arrest.⁶² De kunstenaars Struycken en Unger hadden een portret van koningin Beatrix ontworpen ten behoeve van de uitgifte van een postzegel. Zij hadden hun auteursrecht niet overgedragen aan de opdrachtgever, de Staat. Echter, de PTT – in die tijd nog onderdeel van de overheid en daarmee dus onderdeel van de ‘openbare macht’ – had de postzegel gewoon in omloop gebracht en het auteursrecht (van de kunstenaars) niet voorbehouden.

Een postzegelhandelaar bracht vervolgens ansichtkaarten in de vorm van vergrote reproducties van de postzegel op de markt. De Hoge Raad, die er uiteindelijk aan te pas moest komen, oordeelde dat de postzegelhandelaar geen inbreuk maakte op de rechten van de kunstenaars onder verwijzing naar artikel 15b Aw. Dit gevolg, dat door diversen bekritiseerd werd, is bij de implementatie van de hergebruikregeling in 2006 gerepareerd, door aan artikel 15b toe te voegen dat de uitzondering alleen ziet op de situatie waarbij ‘de openbare macht’ de rechthebbende is. Derden zijn hiermee niet langer het slachtoffer van vergeetachtige overheden (en slimme postzegelhandelaren).

Hiermee is de focus helder. Aansprakelijkheid kan dus alleen ontstaan in situaties waarin derden rechten hebben op de bij de overheid besrustedende informatie. De redenering is dan als volgt: het openstellen van data voor hergebruik maakt inbreuk op de rechten van de auteur het werk of fabrikant van de database, hetgeen onrechtmatig is op grond van artikel 25 Aw respectievelijk artikel 2 lid 1 Dw jo. artikel 6:162 BW. Artikel 6:95 en volgende bepalen dan wat de inhoud en omvang van de te vergoeden schade is. Uiteraard zijn er ook andere sancties mogelijk zoals een rechterlijk verbod of bevel om de onrechtmatige handeling te voorkomen c.q. te beëindigen (artikel 3:296 BW), een verklaring voor recht (artikel 3:302 BW) en rectificatie (artikel 6:167 BW). Daarnaast kan schadevergoeding ook nog op een andere manier plaatsvinden dan betaling in geld (artikel 6:103 BW).

Dat wil overigens niet zeggen dat een bestuursorgaan, geconfronteerd met rechten van derden, de informatie te allen tijde ook *geheim* moet houden. Het is immers denkbaar dat de belangenafweging – belang van algemene openbaarheid versus het individuele belang van geheimhouding zoals geregeld in artikel 10 Wob – zo uitvalt dat de informatie wel openbaar gemaakt moet worden. Echter, dit doet geen afbreuk aan de (intellectuele) rechten onder de regelingen, zodat de rechthebbende zich, ondanks de openbaarheid, tegen iedere verdere openbaarmaking en verveelvoudiging, door wie dan ook, kan verzetten. Met andere woorden: onder omstandigheden moet het auteurs- of databankenrecht wijken voor het openbaarheidsrecht, maar nimmer voor het hergebruikrecht.

Het begrip substantiële investering en Open Data

Vele elektronische verzamelingen bestuurlijke informatie zullen gekwalificeerd kunnen worden als een databank: "een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodologisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk". Deze databanken zijn alleen beschermd, als zij de ‘substantiële investeringstest’ passeren: “de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de databank moet dan getuigen van een substantiële investering (in kwalitatief of kwantitatief opzicht)”.

De situatie kan gecompliceerd worden indien de investeringen over meerdere organisaties verdeeld zijn. Zulke kwesties kunnen optreden bij verspreiding van bestuurlijke informatie met behulp van publiek-private samenwerkingsvormen maar ook bij verspreiding door middel van samenwerking

⁶² HR 29 mei 1987, NJ 1987, 1003 (*Postzegels*).

tussen bestuursorganen onderling. De Landmark zaak is hier een mooi voorbeeld van.⁶³ Ik behandel deze vrij uitgebreid, niet alleen omdat het de eerste uitspraak is die de hergebruikregeling interpreteert maar vooral ook omdat de uitspraak illustreert dat de samenloop van hergebruik en intellectuele eigendomsrechten een lastige is, zelfs voor de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State.

Wat was er aan de hand? Landmark maakt diverse producten met behulp van overheidsinformatie, waaronder de ‘milieuscan’. De milieuscan bevat allerlei informatie die van belang is voor een koper van een stuk grond, zoals gegevens over hinder, verontreiniging, aangevraagde milieuvergunningen etc. Landmark heeft in enkele jaren een bijna landelijk dekkende kaart (van Nederland) opgebouwd, waarbij ze veel van de benodigde informatie ophaalt bij gemeentes. Bij de gemeente Amsterdam berust een database met onder meer adressen en locaties op haar territorium waar in het verleden bodemonderzoek heeft plaatsgevonden. Landmark vraagt deze informatie op met een beroep op de hergebruikregeling. De gemeente verklaart zich graag bereid deze database te verstrekken, maar daar moet Landmark wel iets meer dan 10.000 euro voor betalen (en aan nog enkele andere voorwaarden voldoen). Daarbij beroept de gemeente zich op haar databankenrecht, waar ze kennelijk het recht van heeft voorbehouden. Landmark, vrezend voor een domino-effect van ontwakende wethouders, stelt met succes beroep in bij de Rechtbank Amsterdam, waarna de gemeente in appel gaat bij de Afdeling. De Afdeling, geconfronteerd met een toch wel vreemde privaatrechtelijke eend in de bijt, moet zich dan plots uitspreken over het databankenrecht. In de cruciale rechtsoverweging 2.6.10 stelt zij vast, verwijzend naar artikel 11a lid 1 sub a van de Wob dat de gemeente zich niet op de hergebruikregeling kan baseren indien zij niet als producent van de databank aan te merken is. Zij overweegt:

“Bezien tegen deze interne markt achtergrond van de Databankenrichtlijn, die ook wordt benadrukt in de memorie van toelichting bij de Databankenwet, kan naar het oordeel van de Afdeling niet worden staande gehouden dat het college [van de gemeente Amsterdam, MdV] in dit geval kan worden aangemerkt als producent van de databank waarvan de adressenlijst deel uitmaakt. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat, zoals door het college zelf uiteengezet, deze databank mede met het oog op het vergemakkelijken van de aan het college opgedragen publieke taak is samengesteld. De databank is geproduceerd op kosten en in opdracht van de gemeente Amsterdam en een aanzienlijk deel van de in de databank geïnvesteerde gelden is, in verband met de van overheidswege aan de gemeente Amsterdam verleende opdracht de plaatselijke bodemverontreiniging in kaart te brengen, door de minister van VROM bij wijze van subsidie ter beschikking gesteld. Onder deze omstandigheden is geen sprake van de situatie dat het college het risico draagt van de voor de databank gedane substantiële investering. De rechtbank is tot hetzelfde oordeel gekomen.”

De Afdeling komt dus tot de slotsom dat er weliswaar een substantiële investering in de database heeft plaatsgevonden (een eis voor het ontstaan van de bescherming), maar dat de gemeente niet als producent gezien kan worden, nu zij niet het risico van die substantiële investering heeft gedragen. Dit omdat het Ministerie van VROM een subsidie had verstrekt waarmee de gemeente een groot deel van de kosten voor de creatie van de database had afgedekt. Op grond daarvan komt de Afdeling tot de slotsom dat de gemeente zich niet kan beroepen op de hergebruikregeling en op grond waarvan ze het besluit van de gemeente (waarin de voorwaarden werden gesteld) vernietigt en haar opdraagt opnieuw te besluiten, uiteraard in overeenstemming met haar oordeel.

Ofschoon zeer gunstig voor hergebruikers en de ‘Open Data gemeenschap’, is er juridisch wel het een en ander af te dingen op de uitspraak. In de eerste plaats begint de Afdeling al verkeerd, door artikel 11a lid 1 sub a Wob fout te interpreteren. De gedachte achter het uitzonderen van informatie waarop rechten van anderen rusten, is juist het voorkomen van ‘Beatrix-postzegel-achtige situaties’,

⁶³ ABRvS 29 april 2009, LJN BI2651 (*Gemeente Amsterdam/Landmark*).

waarbij de overheid als het ware klem zit tussen twee plichten: informatie openbaar maken (en vrijgeven voor hergebruik) op grond van de Wob en tegelijkertijd zorgdragen voor de bescherming van rechten van derden op die informatie. In dat geval moet een overheid de *verplichtingen* die het hergebruikregime oplegt, naast zich neer kunnen leggen. De Afdeling daarentegen interpreteert het artikel – en in feite de hele hergebruikregeling – als beschermingsregime voor de overheid en dat alleen al lijkt me principieel onjuist.

De spagaat die ontstaat is in feite te wijten aan het artikel over de vergoedingen zoals neergelegd in artikel 11h Wob, dat de overheid toestaat naast gemaakte kosten ook ‘een redelijk rendement op investeringen’ te maken. De gemeente baseerde de ruim 10.000 euro vergoeding (kennelijk) hierop. Weliswaar ziet artikel 12 jo. het Besluit tarieven openbaarheid van bestuur op ‘centrale overheden’, maar de bepaling dat ‘voor andere wijzen van openbaarmaking (dan papieren kopietjes, waarvoor een bedrag per pagina geldt) ten hoogste de kostprijs in rekening kan worden gebracht’ zal toch een zekere reflexwerking hebben op lagere overheden, zoals gemeentes. Door artikel 11h Wob is in feite een wolf in schaapskleren in de hergebruikregeling terecht gekomen.

Artikel 6 van het voorstel voor de nieuwe Richtlijn Hergebruik poogt dit overigens te repareren (inclusief de aanstelling van een waakhond): ‘1. Wanneer een vergoeding wordt verlangd voor het hergebruik van documenten, dient het totaalbedrag dat door openbare lichamen in rekening worden gebracht beperkt te blijven tot de marginale kosten voor hun vermenigvuldiging en verspreiding. 2. In uitzonderlijke gevallen, met name wanneer openbare lichamen een aanzienlijk deel van hun bedrijfskosten voor de uitoefening van hun openbare taken dekken met behulp van de intellectuele eigendomsrechten en mits dit het algemeen belang dient, kan openbare lichamen worden toegestaan op grond van objectieve, transparante en controleerbare criteria en onder voorbehoud van goedkeuring door de in artikel 4, lid 4 genoemde onafhankelijke instantie voor het hergebruik van documenten een vergoeding te verlangen die de marginale kosten overstijgt, (...)’⁶⁴

De producent van de databank

Terug weer naar de Landmark zaak. Wat uiteraard van belang is in het kader van dit onderzoek is wanneer gesproken kan worden van een ‘producent van de databank’. Immers, als daarvan sprake is, en de overheidsorganisatie die de data wil openstellen voor hergebruik is niet zelve de producent, dan dreigt aansprakelijkheid.

Volgens artikel 1 lid 1 onder a jo. b Dw is de producent van een databank ‘degene die het risico draagt van de voor de databank te maken investering, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering’. De Databank Richtlijn werkt dit slechts magertjes uit in overweging 41, waarin gesteld wordt dat ‘de fabrikant van een databank is degene die het initiatief neemt tot en het risico draagt van de investeringen (...)’.

Gelukkig heeft het Europese Hof aanwijzingen gegeven in de zaak *British Horse Racing Board/William Hill*.⁶⁵ Volgens het Hof moet (het substantiële karakter van) de investering afgemeten worden aan ‘de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de databank als zodanig’. Maatgevend zijn daarbij ‘de financiële en professionele investeringen die zijn gedaan om de *inhoud* (cursivering MdV) van de databank te verkrijgen en verzamelen’, waarmee dus de kosten voor de *creatie* van de inhoud van de database niet meegenomen mag worden bij de afweging of er sprake is van een substantiële investering. Voor de vaststelling of er sprake is van een databank (en mogelijke rechten van derden daarop) zal een overheid dus moeten kijken naar de kosten en inspanningen van

⁶⁴ Europese Commissie, ‘Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie’, Brussel, 12.12.2011, COM(2011) 877 definitief, 2011/0430 (COD).

http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/docs/pdfs/directive_proposal/2012/nl.pdf

⁶⁵ HvJEG 9 november 2004, *British Horse Racing Board/William Hill*, C-203/02.

het verkrijgen en verzamelen van de bestanden en niet naar de kosten en inspanningen van de records in die bestanden. Gekscherend zou men dus kunnen zeggen dat een digitale verzameling van digitale kopieën van 's werelds duurste duizend boeken, geen database bescherming geniet, als de verzameling daarvan een fluitje van een cent was.

Nog even terug naar de Landmark zaak. Als we de lijn en slotsom van de Afdeling volgen dan leidt dat tot de curieuze consequentie dat er weliswaar een databank is, maar geen rechthebbende. Men zou toch zeggen dat, als de Afdeling tot de conclusie komt dat het databankenrecht niet bij de gemeente ligt, deze dan tenminste bij het ministerie van VROM moet liggen, nu *zij* de subsidie ter beschikking heeft gesteld en *zij* aldus het risico droeg. Of poogt de Afdeling wellicht te zeggen dat een overheid nooit een werkelijk commercieel risico loopt? Logisch door redenerend, was vervolgens de vraag geweest of VROM gebruik wenste te maken van dit recht (of, als de data al openbaar gemaakt waren, of VROM dit recht had voorbehouden op de voet van artikel 8 lid 2 Dw). Zo ja, dan had Landmark opnieuw kunnen beginnen, nu VROM geen partij was in deze zaak. Zo niet, dan had mijns inziens, na een geruststellende mededeling van VROM, de gemeente de data gewoon aan Landmark kunnen verstrekken, nu de informatie gewoon bij haar berustte in de zin van artikel 1 sub a Wob.

Linksom of rechtsom, hoe enthousiast de Landmark beslissing ook is ontvangen door de Open Data gemeenschap, het biedt waarschijnlijk geen veilig kompas.

Verdere complexiteitsverhoging

Tegen de achtergrond van mogelijke aansprakelijkheid moet voorts nog even stilgestaan worden bij de laatste zinsnede van overweging 41 van Databanken Richtlijn, waarin gesteld wordt dat 'de fabrikant van een databank degene is die het initiatief neemt tot en het risico draagt van de investeringen, *hetgeen met name toeleveranciers uitsluit van de definitie van fabrikant*' (cursivering MdV). Overheden zullen immers, in het kader van de uitoefening van hun publieke taken, vaak gebruik maken van toeleveranciers van data. Hierbij kan gedacht worden aan externen die in opdracht van en tegen betaling door de overheid data verzamelen, maar vooral ook aan andere publiekrechtelijke organisaties die (gedeeltes van) databestanden ter beschikking stellen aan andere overheden; voor een aantal grote overheidsbestanden – de basisregistraties - is dit zelfs het *Leitmotiv*. Het zogenaamde 'cloudcomputing' – waarbij in feite een gemeenschappelijk gebruik wordt gemaakt van 'mandelige' voorzieningen (software, hardware, maar ook data)⁶⁶ – maakt deze discussie steeds actueler.

Al deze ontwikkelingen zullen ertoe leiden dat het begrip 'rechthebbende' - of dat nu auteursrechtelijk of databankrechtelijk is - steeds schimmiger wordt: steeds meer (overheids)organisaties zullen gebruik maken en waarde toevoegen aan gedeelde grote bestanden. Ook het begrip 'berusten bij' in de zin van artikel 1 sub a van de Wob komt hiermee onder druk te staan. Waar men 10 jaar geleden er nog mee weg kwam door te kijken of de digitale informatie tot de beschikkingsmacht van het bestuursorgaan stond - staat het op de server van de organisatie? - zal dit in de toekomst niet meer voldoen. Tevens leidt het tot de vraag, naarmate data steeds meer gedeeld worden tussen overheden, wie nu waarvoor aansprakelijk te stellen is. Kan een overheidsorganisatie die onjuiste data heeft geleverd en waardoor een derde schade heeft geleden, zich verschuilen achter een andere overheidsorganisatie die daadwerkelijk de fout heeft gemaakt?

⁶⁶ *Cloud computing* is het via het internet op aanvraag beschikbaar stellen van hardware, software en gegevens, ongeveer zoals elektriciteit uit het lichtnet. De *cloud* (Nederlands: wolk) staat voor het internet, dat met al de computers die erop aangesloten zijn een soort 'wolk van computers' vormt. Bij *cloud computing* draaien de computerprogramma's niet op de computer van de gebruiker, maar op (een of meerdere) machines in die *cloud*. De gebruiker hoeft op deze manier geen eigenaar meer te zijn van de gebruikte hard- en software en is niet verantwoordelijk voor het onderhoud. De details van de informatietechnologische infrastructuur worden aan het oog onttrokken en de gebruiker beschikt over een "eigen", in omvang en mogelijkheden schaalbare, virtuele infrastructuur (http://nl.wikipedia.org/wiki/Cloud_computing).

Moeten we wellicht naar een risico-aansprakelijkheid als een overheid gebruik maakt van collega overheden? En hoe zit het dan met de interne aansprakelijkheid? Kunnen overheden zich hiervoor verzekeren? Vragen waarvoor de antwoorden in de toekomst liggen.

Schade

In het geval het mis gaat en de overheid data heeft vrijgegeven voor hergebruik waardoor inbreuk gemaakt wordt op intellectuele eigendomsrechten van derden, zal de materiële (toegewezen) schadevergoedingsplicht over het algemeen laag zijn. Zeker als de overheid, na constatering van de inbreuk, direct maatregelen heeft genomen om de kwalijke gevolgen van de inbreuk zo veel mogelijk te beperken, zal een rechter over het algemeen geen grote sommen toewijzen. Dit is natuurlijk anders als de overheid geen gevolg geeft aan de oproep tot staken van het beschikbaar stellen voor hergebruik, bijvoorbeeld omdat ze (naar later blijkt ten onrechte) meent dat geen rechten van derden in het geding zijn.

Oplossingen

Hoe dan ook, voorkomen is beter dan genezen, laat staan blussen. Overheden die data ter beschikking willen stellen voor hergebruik volgens de Open Data filosofie doen er goed aan bij de aanmaak c.q. verwerving van de data zeker te stellen dat zij ook - liefst enig - rechthebbende zijn. Mochten er derden aan te pas komen, dan kan dit door (standaard) inkoopvoorwaarden te hanteren die bepalen dat alle mogelijke rechten die ontstaan in het kader van de inkoop eigendom worden van de inkoopende overheid. De huidige standaard voorwaarden van inkoop voor de centrale overheid bevatten een dergelijk beding net als de modelvoorwaarden van de VNG. Het zou ook handig zijn als dit feit – het zijn van rechthebbende op de informatie, in al zijn facetten, - in de vorm van een metadata veld kenbaar zou zijn in alle data sets van de overheid.

Als volgend slot op de deur zou uiteraard op het moment van vrijgeven voor hergebruik nog een controle uitgevoerd kunnen worden op dit aspect (naast tal van andere waarop ik nog terug kom). Dit zal de kans dat er toch iets tussendoor glipt waar derden rechten op kunnen laten gelden nog verder verkleinen.

Ook zou het goed zijn als er een standaard protocol zou liggen voor het geval het overheidsorgaan een melding van inbreuk krijgt, waarbij dan direct gecontroleerd wordt of de melding juist lijkt, waarnaar vervolgens gehandeld kan worden, bijvoorbeeld door de data direct *off line* te halen en een algemene mededeling te doen uitgaan. Hierin zou het publiek erop gewezen kunnen worden dat verveelvoudiging van de data onrechtmatig is/zou kunnen zijn, via de eigen website en het Open Data portaal, met het verzoek dit zo veel mogelijk, via sociale netwerken, te verspreiden. Hierbij zou inspiratie ontleend kunnen worden aan internet service providers die dergelijke protocollen hebben als zij meldingen krijgen van inbreuken die gerechtvaardigd lijken.

4.4 Afsluitende opmerkingen

1. Als data vrijgegeven worden voor hergebruik terwijl dat niet had gemogen, zal de overheid daar veelal voor aansprakelijk zijn. Dit kan in de situatie dat de data niet openbaar zijn (er is een weigeringsgrond ex artikel 10 Wob ten onrechte niet toegepast) of het in hergebruik geven inbreuk maakt op intellectuele rechten van derden.
2. In de eerste situatie zal in het kader van Open Data vooral de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en dan met name de bescherming van persoonsgegevens spelen, grotendeels neergelegd in de Wbp. De regimes van de Wob en de Wbp zijn in hun effecten tegengesteld: voor Wob informatie geldt 'openbaar tenzij' terwijl het axioma van de Wbp is 'verwerking (van persoonsgegevens mag niet, tenzij'. Daar waar bestuurlijke informatie persoonsgegevens bevat, zit dus spanning.

3. Als de privacyregels niet van toepassing zijn op de ter beschikking gestelde informatie zullen er weinig beperkingen gelden. Maar zodra gegevens persoonsgegevens zijn of daar in de buurt komen, zal de Wbp de verwerking aan strenge eisen onderwerpen. Weliswaar is binnen de grenzen van de Wbp onder voorwaarden nog steeds veel mogelijk, maar het vereiste van doelbinding zal het ongeclausuleerd vrijgeven van hergebruik – volgens de Open Data filosofie - een lastige maken. Uiteraard is anonimiseren mogelijk, maar bedacht moet worden dat de mogelijkheid data te combineren vaak toch weer tot identificeerbaarheid kan leiden, zodat die verstrekking op grond van de Wbp niet toegestaan is.
4. Als verstrekking voor hergebruik plaatsvindt in strijd met de Wbp, zal de verwerkende overheid hiervoor aansprakelijk zijn. Weliswaar zijn de sancties, materieel gezien (nog) niet zeer kostbaar, het bestuurlijk imagoverlies zal niettemin fors kunnen zijn, nu dit soort schendingen vaak niet geruisloos voorbij gaan. In ieder geval lijkt het raadzaam additionele waarborgen te scheppen, zoals het degelijk voorlichten van personen binnen de overheidsorganisaties die over de Wbp-toepassing moeten waken.
5. Verstrekking van data voor hergebruik waarop intellectuele eigendomsrechten van derden rusten, zal ook tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Derden kunnen nu eenmaal auteurs- en/of databankrechten hebben op de bij de overheid berustende informatie, waardoor verstrekking voor hergebruik een inbreuk vormt op deze rechten.
6. De Landmark uitspraak, die door Open Data minnend Nederland met groot enthousiasme is ontvangen, lijkt weliswaar de werking van het databankenrecht richting overheden te beperken, maar juridisch inhoudelijk is op de redenering van de Afdeling nogal wat af te dingen. Het is daarom de vraag of een rechter in een volgende zaak tot een zelfde restrictieve invulling van het begrip ‘producent’ komt.
7. De schadevergoedingsverplichting zal zowel bij overtreding van privacyregels als ook bij inbreuk op intellectuele rechten over het algemeen relatief laag zijn, *if any*, zeker als de fout onbewust gemaakt is. Niettemin is voorkomen beter dan blussen. Het treffen van organisatorische en procedurele waarborgen zal kunnen bijdragen aan het voorkomen van dit soort situaties.

5 AANSPRAKELIJKHEID VOOR HET IN HERGEBRUIK GEVEN VAN GEBREKKIGE INFORMATIE

5.1 Inleidende opmerkingen

Een voorbeeldje om mee af te trappen:

De Gemeente Atadnepo verzamelt in het kader van haar publieke taak gegevens over de binnengemeentelijke bruggen en viaducten. Dit doet de gemeente met het oog op het onderhoud. Het gaat daarbij om gegevens als: lengte, breedte, doorrijhoogte, onderhoudsgeschiedenis, architect, bouwer etc. Een deel van de gegevens, met name de technische, wordt, in opdracht van de gemeente, verzameld door het bedrijf Meten=Weten. De data worden één keer per jaar ingewonnen c.q. geactualiseerd.

Wethouder Trui Buijkersuijk van Vervoer en Verkeerszaken, een warm voorstander van Open Data, laat het bestand 'bruggen en viaducten' steeds een week na actualisatie on-line zetten op de gemeentelijke website voor gratis hergebruik, zonder enige vorm van gebruiksrestricties.

Locale kaartenmaker Strazijl is maar wat blij met deze Open Data van de gemeente want deze kan hij nu mooi opnemen in de kaart die hij van Atadnepo en omstreken aan het maken is. Omdat de gemeente een toeristische trekpleister is, laat hij er gelijk 10.000 drukken.

Twee weken later rijdt Pluimveehouder Schoorver zijn 1 meter 98 hoge bestelbus klem onder viaduct de Passage gelegen in de gemeente Atadnepo. Schoorver snapt er niets van nu hij speciaal de voorgaande dag nog even de doorrijhoogte had gecontroleerd op de website van Atadnepo en daar stond toch echt dat deze 2 meter bedroeg. Hij gaat naar de plaats des onheils en meet zelf de doorrijhoogte op: deze bedraagt maar 1 meter 95.

Na een heftig debat in de gemeenteraad moet wethouder Trui Buijkersuijk uiteindelijk schoorvoetend toegeven dat Meten = Weten een meetfout heeft gemaakt en dat de doorrijhoogte zoals weergegeven in het bestand dat voor hergebruik ter beschikking is gesteld onjuist is.

Zowel Schoorver als later ook Strazijl stellen de gemeente aansprakelijk op grond van onrechtmatig handelen. Schoorver claimt 1.500 euro schade (herstel van het dak van de bus en 220 weggelopen kippen) en Strazijl 5.000 euro (hij kan zijn kaarten wel weggoien (zegt hij)).

In dit hoofdstuk kijken we naar mogelijke aansprakelijkheid van de overheid voor schade voortvloeiend uit het vrijgeven van gebrekkige data voor hergebruik (zoals verkeerde doorrijhoogtes). Gebrekkige data kunnen zijn data die niet overeenstemmen met de werkelijkheid, maar ook data die incompleet zijn of ontbreken. Daarmee onderscheidt dit hoofdstuk zich dus van de vorige – de data mogen immers wel gewoon voor hergebruik beschikbaar gesteld worden – maar ook van de volgende – de gratis verstrekking is geen probleem. Er is dus, in dit hoofdstuk, steeds iets mis met de data zelve.

Nu verstrekking onder het hergebruikregime volgens het Open Data gedachtegoed geen contractuele relatie veronderstelt, vloeit de mogelijke aansprakelijkheid voort uit het schenden van de betamelijkheidnorm (de derde grond van artikel 6:162 BW): de burger heeft schade geleden omdat hij, op basis van gerechtvaardigd vertrouwen, afgegaan is of voortgebouwd heeft op gebrekkige informatie die door de overheid is vrijgegeven voor hergebruik. Hieruit is schade ontstaan.

Uiteraard zijn er ook andere grondslagen voor aansprakelijkheid. In de context van deze casus zou men zich kunnen voorstellen dat Kaartenmaker Strazijl een licentie-overeenkomst met de gemeente heeft gesloten omdat hij van nog meer gemeentelijke gegevens (die nog niet tot Open Data waren

gepromoveerd) gebruik wenst te maken. In dat geval zal hij tegen de gemeente kunnen opkomen (mede) uit hoofde van toerekenbaar tekortschieten, ook wel wanprestatie genoemd (artikel 6:74 BW). Omdat Open Data – verstrekking onder de Wob – evenwel geen contractuele relatie nodig heeft en omdat dit ook het uitgangspunt van dit onderzoek is, laat ik deze contractuele aansprakelijkheid verder voor wat die is.

In mijn analyse ga ik verder uit van een relatie tussen een overheid en een persoon die niet tot de overheid behoort. Daarmee sluit ik dus geschillen tussen bestuursorganen uit (zo deze al zouden spelen bij Open Data). Voorts ga ik, eveneens indachtig de focus van het onderzoek, ook niet in op aansprakelijkheid die kan voortvloeien uit, wat ik maar noem, bijzondere aansprakelijkheidsregels, zoals bijvoorbeeld artikel 117 van de Kadasterwet, die gedetailleerd de aansprakelijkheid regelt voor fouten gemaakt door het Kadaster bij verstrekking van haar gegevens.

Plan van behandeling is dat ik in paragraaf 5.2 alle vijf vereisten voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW ga aflopen voor deze specifieke casus en me dus afvraag (1) of er überhaupt sprake is van een onrechtmatige daad, (2) of die dan toerekenbaar is aan de datahouder, (3) of sprake is van schade, (4) of sprake is van causaal verband tussen handelen en schade en (5) of de vereiste relativiteit aanwezig is. In paragraaf 5.3 ga ik vervolgens in op het causale verband tussen de aansprakelijkheid en de schade en in paragraaf 5.4 tenslotte vat ik de belangrijkste bevindingen samen.

5.2 De 5 vereisten afgelopen

5.2.1 Onrechtmatige daad

De betamelijkheidsnorm is de focus

Omdat geen inbreuk wordt gemaakt op een recht of in strijd met een wettelijke plicht wordt gehandeld, zal in dit hoofdstuk aansprakelijkheid gebaseerd moeten zijn op de ‘derde’ grond van artikel 6:162 lid 2 BW: de betamelijkheidsnorm. Maar wat houdt die precies in? Welke plichten legt die een datahouder met Open Data ambities nu op? In tegenstelling tot de inbreuken die we in het vorige hoofdstuk hebben bekeken, is deze betamelijkheidsnorm per definitie een ongeschreven regel. We moeten dus kijken wat in het maatschappelijk verkeer als zorgvuldig ervaren wordt. Dat brengt natuurlijk mee dat, bij afwezigheid van geschreven regels, de invulling van de norm casuïstisch is. Niettemin kan uit de jurisprudentie die zich gevormd heeft rond het leerstuk van de gevaarzetting een aantal algemene uitgangspunten geformuleerd worden waarmee het zorgvuldighedsniveau van de datahouder zeer redelijk geschetst kan worden.

Beoordelingskader voor gevaarzetting maatgevend

Gevaarzetting is, op zijn Hollands gezegd het in het leven roepen van een gevaarlijke situatie voor personen of zaken of het achterwege laten van voorzorgsmaatregelen met betrekking tot dat gevaar. Als gevaarzetting aanwezig is – dus als er een gevaarlijke situatie bestaat – dan is men op grond van de betamelijkheidsnorm verplicht anderen niet bloot te stellen aan een groter risico dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is. Met andere woorden: niet iedere gevaarzetting is onrechtmatig.

Wanneer wordt de gevaarzetting dan wel onrechtmatig? Dat hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij met name gekeken moet worden naar een viertal factoren, aldus de Hoge Raad in het beroemde Kelderluik arrest.⁶⁷

⁶⁷ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*)

Sjouwerman, een medewerker van Coca Cola, laat bij het lossen van waren in het Amsterdamse café 'De Munt' op een onbewaakt ogenblik een kelderluik openstaan, die zich bevindt vlak voor de, achter in het café gelegen, toiletten. Cafébezoeker Duchateau, nietsvermoedend op weg naar het toilet, valt pardoos in het aldus ontstane gat en breekt een been. Duchateau vordert van werkgever Coca Cola schadevergoeding en moet door tot de Hoge Raad om zijn gelijk te halen.

De Hoge Raad overweegt allereerst dat onder bepaalde omstandigheden bepaalde veiligheidsmaatregelen nu eenmaal genomen moeten worden omdat men er rekening mee moet houden dat niet iedereen even voorzichtig is. Bij de bepaling hiervan moet volgens de Hoge Raad gelet worden op:

- a. de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht - dus: wat mag men verwachten van een cafébezoeker, wellicht in hoge nood, de hem bekende gang makend naar het toilet achterin een donker café? Moet deze bedacht zijn op een openstaand kelderluik?;
- b. de kans dat daaruit ongevallen ontstaan;
- c. de ernst van de mogelijke gevolgen, en op;
- d. de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.

Uit latere jurisprudentie van de Hoge Raad vallen nog andere voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van de gevaarstelling relevante factoren te destilleren, te weten:

- a. de mate waarin de benadeelde zelf door onvoorzichtigheid of door onrechtmatig gedrag invloed heeft uitgeoefend op de verwezenlijking van het gevaar;
- b. de gebruikelijkheid van bepaalde voorzorgsmaatregelen, en;
- c. het belang dat met de gevaarstelling is gediend.

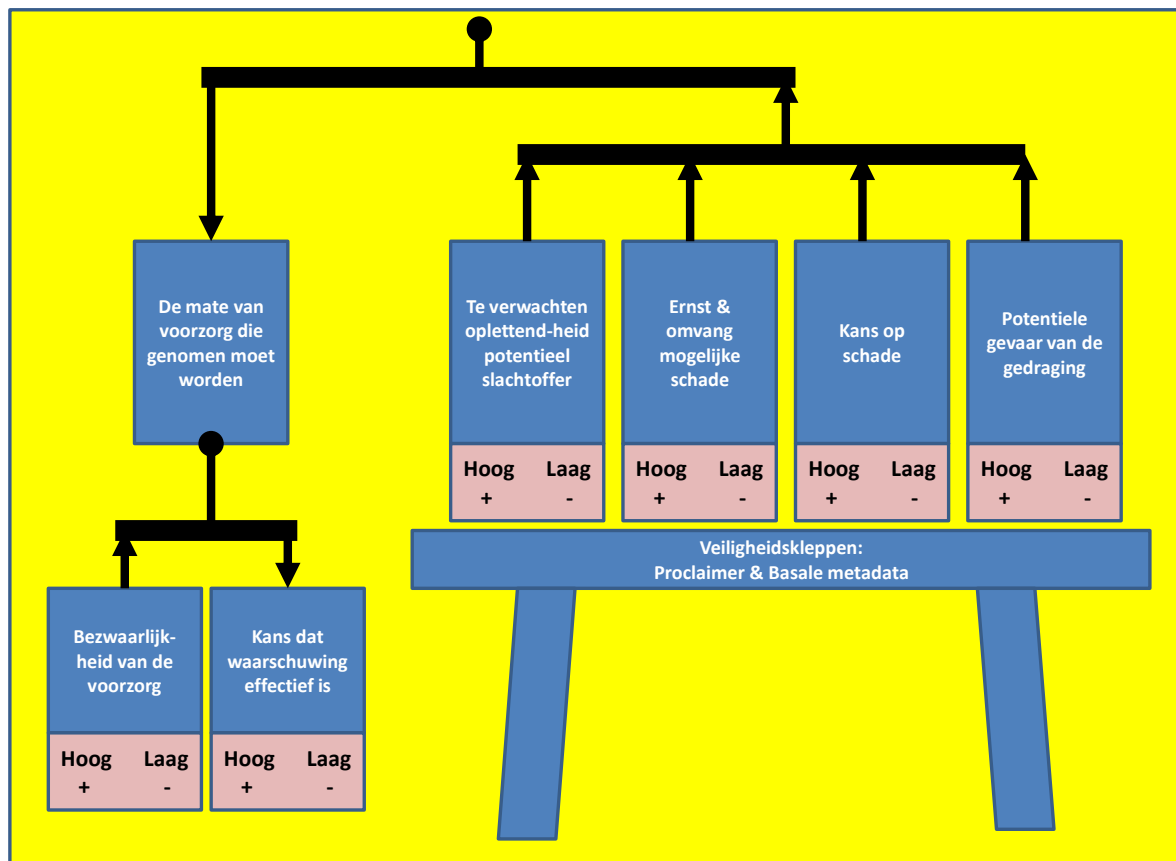
Vuistregels ter bepaling van zorgplicht

De hoofdregel is dus dat de overheid ernaar moet streven goede en afdoende maatregelen te nemen die gericht zijn op het voorkomen van gevaarstelling door gebrekkige informatie voor hergebruik ter beschikking te stellen. Deze zorgplicht varieert naar gelang de omstandigheden, maar er is een zestal vuistregels:

- a. 'naarmate het waarschijnlijker is dat de potentiële slachtoffers minder oplettend zijn, dient een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- b. naarmate de ernst (met name letselschade) en omvang van de mogelijke schade groter is, dient een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- c. naarmate de kans op schade groter is, dient een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- d. naarmate de gedraging gevaarlijker is, dient een hogere zorgplicht in acht genomen te worden;
- e. naarmate het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen, zowel op zichzelf beschouwd, als in relatie tot mogelijke schade, minder bezwaarlijk is qua kosten, tijd en moeite, bestaat een sterkere gehoudenheid tot het treffen van preventieve maatregelen;
- f. daarbij is niet van belang of men het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt, concreet heeft voorzien. Voldoende is dat met het moeten nemen van bepaalde veiligheidsmaatregelen in het algemeen – naar objectieve maatstaven – bepaalde (gezondheids)gevaaren getracht wordt te voorkomen.' Waar dat niet mogelijk of te bezwaarlijk is, moet voor dat mogelijke gevaar gewaarschuwd worden. Daarbij is van belang of verwacht mag worden dat de waarschuwing ertoe zal leiden dat het gevaar vermeden wordt.

Als er niettemin een rechter aan te pas moet komen zal deze moeten afwegen of de genomen veiligheidsmaatregelen voldoende geweest zijn, door na te gaan welke veiligheidsmaatregelen genomen zijn en dat af te zetten tegen welke genomen hadden moeten worden. Te beoordelen naar de stand van zaken ten tijde van de gedraging. In feite hebben we dus te maken met een weegschaal die in balans moet zijn, zoals de illustratie 7 hieronder laat zien.

Illustratie 7: de weegschaalrelatie tussen de zorgplicht en de omstandigheden van het geval



Op de rechter schaal liggen de (variabele) omstandigheden van het geval. Hun totale gewicht bepaalt de hoeveelheid voorzorg die genomen moet worden, het tegengewicht in de linker schaal. Pas als die voorzorg zwaar genoeg is, is sprake van evenwicht, en bij evenwicht kan men niet spreken van een onrechtmatige daad. De bezwaarlijkheid van de te treffen voorzorg corrigeert: als deze bezwaarlijkheid hoog is, dan leidt dat weer tot een vermindering van de benodigde hoeveelheid voorzorg. Deze bezwaarlijkheid moet op haar beurt dan wel weer in balans zijn met de waarschuwing die dan uit moet gaan: naarmate de bezwaarlijkheid groter is, moet de waarschuwing duidelijker en luider zijn.

Toepassing van vuistregels op datahouders

Indachtig deze vuistregels, welke zorgplicht mag nu verwacht worden van de overheid die aan Open Data wil gaan doen? Ik loop ze hieronder één voor één door.

1. Laten we allereerst nogmaals vaststellen dat niet iedere fout (gevaarstelling) in de data direct een onrechtmatige daad oplevert. Een beetje gevaar – lees: foutjes die men nu eenmaal maakt (waar gehakt wordt, vallen spaanders) – zal niet snel tot aansprakelijkheid kunnen leiden.
2. Waar het de te verwachten oplettendheid van de potentieel benadeelde aangaat, speelt een belangrijke rol dat de informatie die voor hergebruik vrijgegeven wordt, niet gericht is tot bepaalde personen. Dit is nu juist één van de essenties van Open Data: de data worden 'as is' ter beschikking gesteld aan eenieder. Het 2001 Onderzoek maakt het onderscheid tussen gerichte en ongerichte informatie. Het stelt, wat aarzelend, dat voor de verstrekking van gerichte informatie eerder aansprakelijkheid zou kunnen bestaan dan voor ongerichte informatie.

'9.2.4 In de Nederlandse rechtspraak is enig aanknopingspunt te vinden voor een onderscheid tussen aansprakelijkheid voor:

1. Informatie die in het algemeen wordt verstrekt, ten behoeve van iedere burger of een grote groep burgers (ongerichte informatie); en

2. Informatie die meer gericht is op (groepen van) individuele burgers en door hen gebruikt wordt voor aan de overheid kenbare specifieke situaties of behoeften (gerichte informatie).'(...)

'9.2.5 Voor wat betreft informatie die in het algemeen wordt verstrekt, ten behoeve van iedere burger of een grote groep burgers zou er dan geen (of minder) aansprakelijkheid voor onjuistheid en onvolledigheid bestaan. (...)'

'9.2.6 Informatie die meer gericht is op (groepen van) individuele burgers en door hen gebruikt wordt voor aan de overheid kenbare specifieke situaties of behoeften zou dan sneller aanleiding geven tot aansprakelijkheid. Deze informatie wekt eerder vertrouwen en voorzorgsmaatregelen zijn vanwege de gerichtheid gemakkelijker te nemen. De mogelijke schade is voor de overheid dan bovendien eerder voorzienbaar. (...)'

Ik zou zelfs nog een stap verder willen gaan: Open Data is a-gerichte informatie. De overheid behoeft zich geen voorstelling te maken bij de ontvanger, dat kan immers eenieder zijn (burger of bedrijf, middenstander of multinational, Nederlands of buitenlands etc.). Dit heeft als belangrijke consequentie dat 'de maatman' – de potentieel benadeelde – een abstract begrip blijft. Dit leidt ertoe dat de benodigde voorzorg lastig afgemeten kan worden.

3. Dan, ten derde, de ernst en omvang van de schade en de kans erop. Cruciaal voor de inschatting hiervan – en dus ook voor de zorgplicht die de datahouder aan de dag moet leggen – is de voorzienbaarheid hiervan. Immers, voor schade die men waarlijk niet kon voorzien, is men niet aansprakelijk. Kernelement van Open Data is dat de overheid de data beschikbaar stelt voor hergebruik zonder zich ook maar een moment te bekommeren om het gebruik dat de afnemer ervan gaat maken. Sterker nog, het doel is juist dat hergebruikers onverwachte dingen met de data gaan doen. Dat impliceert ook dat de data uit hun gebruikelijke context gehaald zullen worden (door de hergebruikers). Voor de kwalijke gevolgen daarvan kan men de overheid bezwaarlijk verantwoordelijk houden.
4. Het potentiële gevaar zal toch over het algemeen klein zijn. We moeten niet vergeten dat we het hier hebben over het beschikbaar stellen van gegevens voor hergebruik die gewoon openbaar zijn en die van nature op zichzelf geen directe risico's voor veiligheid scheppen (anders waren ze wel onder een van de uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob gevallen). Daar waar de datahouders niettemin enige vrees kunnen hebben dat een gebrek in de gegevens tot gevaarstelling zou kunnen leiden, denk ik dat dit te ondervangen is met afdoende waarschuwingen.
5. Deze waarschuwingen – in feite het contragewicht dat de in acht te nemen zorg vermindert – zullen veelal een adequaat middel zijn. Ik denk hierbij met name aan het voorschrift dat bij het vrijgeven van de data voor hergebruik, de datahouder een basislaag van metadata toevoegt, hetgeen de hergebruiker in staat stelt de context van de data beter te begrijpen en eventuele gebreken gemakkelijk zelf kan constateren. Deze basislaag zou kunnen bestaan uit:
 - datum van aanmaak
 - datum van beschikbaarstelling
 - korte duiding van inhoud
 - formaat van het bestand
 - doel van verzameling (uit hoofde van publieke taak)
 - gegevens datahouder(s)
 - naam contactpersoon waartoe men zich kan wenden in geval van vragen of waar men vermeende onjuistheden kan melden

- eventuele waarschuwingen, specifiek voor de dataset, etc.

Zeker nu deze basislaag effectief zou moeten zijn voor het wegnemen van de meest voor de hand liggende risico's, komt het me voor als een veelal afdoende maatregel, ook in relatie tot het alternatief: alle data gaan controleren op onvolkomenheden (waarvan ik de effecten hierboven al beschreef). Ik kom hierna nog terug op mogelijke andere te scheppen zekerheden die bij de verstrekking ingebouwd kunnen worden.

In rekening brengen van een vergoeding van invloed?

In het 2001 Onderzoek wordt ook nog het al dan niet in rekening brengen van een vergoeding (door de overheid) als element gezien dat invloed heeft op mogelijke aansprakelijkheid. Dat zou impliceren dat als data voor niets of tegen marginale verstrekingskosten vrijgegeven worden voor hergebruik, dit aansprakelijkheidsrisico verlagend zou werken. Ik betwijfel of, in deze tijd, dit onderscheid nog gemaakt zou moeten worden. Wel kan men in algemene zin stellen dat het niet in rekening brengen van een vergoeding wellicht de omvang van de voorzorgsmaatregelen wat kan verlichten nu de financiering daarvan niet meer uit de verstrekking zal kunnen plaatsvinden. Uiteraard is een en ander niet van toepassing op de 'bijzondere' aansprakelijkheidsregimes voor datahouders als het Kadaster, waar de rechtszekerheid een aansprakelijkheid van het Kadaster vereist voor gebrekkige informatieverstrekking.

Stoppen van levering onrechtmatig?

Is er een verplichting voor de overheid levering van data te continueren.⁶⁸ Nu Open data geen contractuele relatie veronderstelt, is de publieke taak en het achterliggende publieke belang, de maatgevende factor. Zodra er geen publiek belang meer is de taak uit te oefenen, uit hoofde waarvan de data gegenereerd worden, zal er voor de overheid geen reden meer zijn om die activiteit te verrichten. Artikel 11e Wob sluit hier naadloos op aan: 'Een overheidsorgaan is niet verplicht vervaardiging van documenten voort te zetten, enkel met het oog op hergebruik'.⁶⁹ Bestaat er nog wel een publiek belang en zijn de data in het verleden vrijgegeven voor hergebruik, dan is er geen reden om de verstrekking te stoppen, tenzij het karakter van de informatie verandert en alsnog een weigeringsgrond in overweging genomen moet worden (bijvoorbeeld als plotseling ook persoonsgegevens verzameld worden). Speelt zoiets niet, dan lijkt mij het zonder goede reden stopzetten van verstrekking onrechtmatig. Daarbij moet overigens bedacht worden dat ook al wordt de actieve verstrekking gestaakt, een hergebruiker altijd een Wob verzoek kan doen en de ontorechte wijziging zal dan altijd onrechtmatig zijn. In de praktijk lossen dit soort situatie zich vaak vanzelf op: hergebruikers die leveringsgaranties willen, maken aanvullende afspraken met de overheid. Dit gebeurt bijvoorbeeld veel in de meteorologische sector waar hergebruikers geen dag zonder data van het KNMI kunnen. De inkomsten die hiermee gepaard gaan, zet het KNMI dan in voor het scheppen van technische zekerheden zodat datalevering (grotendeels) gegarandeerd is, ook al valt er een ftp-server uit.

Al met al, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het open stellen van gebrekkige data voor hergebruik op zich niet al te snel al een onrechtmatige daad oplevert, zeker als de verstrekking gecombineerd wordt met het bijsluiten van een basisniveau van metadata.

⁶⁸ Strikt genomen gaat het hier niet om (aansprakelijkheid uit hoofde van) *gebrekkige* informatie. Niettemin vind ik de behandeling van dit punt – dat bij gesprekken met de begeleidingsgroep ter sprake kwam – op deze plek het beste (nu het (ook) niet past binnen de twee andere casus van hoofdstuk 4 en 6).

⁶⁹ De tekst van de Richtlijn is iets minder dwingend. Artikel 5 lid 2 luidt: 'Openbare lichamen kunnen op basis van deze richtlijn niet worden verplicht een bepaald soort documenten te blijven produceren met het oog op het hergebruik van deze documenten door een particuliere of publieke organisatie.' Of de (afwijkende) Nederlandse redactie een specifiek doel dient, is niet duidelijk (de Memorie van Toelichting zegt hier niets over).

5.2.2 Toerekenbaarheid

Dan het tweede vereiste voor onrechtmatig handelen: de daad moet te wijten zijn aan de schuld van de overheid of aan een oorzaak die voor rekening van de overheid moet komen, op grond van de wet of de verkeersopvattingen.

Hierover kan ik kort zijn. Tenzij het evident duidelijk is dat de data gebrekkig zijn (zodat de hergebruiker hier niet op af had mogen gaan), zal de toerekenbaarheid in principe een gegeven zijn. Zo de fout al niet aan zijn schuld is te wijten, dan komt deze toch zeker voor risico van de overheid (en ieder geval niet voor die van de hergebruiker).

In de casus hierboven zal de gemeente Atadnepo zich dus ook niet achter het argument kunnen verschuilen dat niet zij, maar Meten en Weten de fout hebben gemaakt. De gemeente is namelijk op dezelfde voet aansprakelijk als de door haar ingeschakelde hulppersonen dat zijn (artikel 6:171 BW).

5.2.3 Schade

Ook hier kan ik kort zijn: zodra maar enige vorm van nadeel is geleden, is aan het vereiste van schade voldaan. Over de hoogte van de schade kom ik nog later te spreken.

In de casus hierboven zullen het dak en de kippen van Schoorver en de weg te gooien kaarten van Strazijl voldoende zijn.

5.2.4 Causaal verband

Zoals reeds beschreven in paragraaf 3.5, is het verband benodigd voor de vestiging van de aansprakelijkheid niet zo'n lastige: er moet een *conditio sine qua non-verband* bestaan tussen de verstrekking van de onjuiste informatie en de door de benadeelde geleden schade. Alleen als vaststaat dat de schade ook was ingetreden als de gebrekkige informatie niet verstrekt was, ontbreekt dit noodzakelijke verband. Over de rol van het oorzakelijk verband voor de vaststelling van de omvang van de te vergoeden schade, kom ik nog te spreken in paragraaf 5.3.

Niettemin zit er voor Schoorver wellicht nog een bewijsadertje onder het gras. Hij moet namelijk aantonen dat hij op de door de gemeente gepubliceerde doorrijhoogte heeft vertrouwd en niet zomaar zijn bestelbus klem heeft gereden. Het aantonen – niet het stellen – dat hij anders zou hebben gehandeld met de juiste informatie is een lastige.

5.2.5 Relativiteit

De geschonden norm moet strekken ter bescherming tegen de schade die de benadeelde heeft geleden, dat is de kern van het relativiteitsvereiste. Het 2001 Onderzoek gaat ook kort in op het element relativiteit. Het signaleert:

'4.7.2 Voorts kan men zich afvragen of hierbij van belang is met welk doel de informatie wordt verzameld en aan een burger wordt verstrekt. (...) Aangenomen kan worden dat de norm, dat in beginsel aansprakelijkheid bestaat voor het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie, niet strekt ter bescherming tegen de schade die wordt geleden door een gebruik van de informatie buiten het doel waarvoor deze is verstrekt. Dat is in die zin redelijk dat bijvoorbeeld denkbaar is dat de voorzienbaarheid van schade aanmerkelijk verschilt al naar gelang de groep informatiegebruikers.'

Nadien, in 2004, heeft de Hoge Raad in het mooie arrest 'Duwbak Linda' een principiële beslissing genomen over de reikwijdte van relativiteit. Dit arrest raakt aan aansprakelijkheid voor Open Data, reden waarom ik het in detail behandel.

Duwbak Linda

In een grintput aan de Maas kapseist De Jong's duwbak - 'Linda' genaamd - waarbij schade ontstaat aan 3 andere schepen van Van Hasselt. Oorzaak blijkt Linda's erbarmelijke staat van onderhoud: door ernstige corrosie van haar bodemplaten is lekkage opgetreden waardoor zij naar de kelder is gegaan. Linda is evenwel kort daarvoor nog goedgekeurd door de Scheepvaartinspectie (onderdeel van de Staat). De Staat had voor deze keuring Van Duijvendijk ingeschakeld en na diens akkoord had de Staat (ten onrechte), het 'certificaat van onderzoek' met de wettelijke termijn van zeven jaar verlengd. Van Hasselt stelt (onder meer) de Staat aansprakelijk, die immers een certificaat heeft afgegeven in strijd met de eigen regelgeving. Van Hasselt beroept zich daarbij op het veiligheidsreglement (ROSR) dat de veiligheid van het scheepvaartverkeer in algemene zin beoogt te bevorderen (maar niets zegt over de bescherming van individuele financiële belangen). Rechtbank en Hof wijzen de vordering van Van Hasselt tegen de Staat af. In cassatie overweegt de Hoge Raad:

'[Bij de beantwoording van de relativiteitsvraag] komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van de schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.' (...) [de regelgeving heeft] 'niet de strekking een in beginsel onbepaalde groep van derden te beschermen tegen vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorzien wijze kan ontstaan'.⁷⁰

De Hoge Raad concludeert dus dat de Staat niet aansprakelijk is. Staats' algemene verantwoordelijkheid voor een veilig scheepvaartverkeer en de daaruit voortvloeiende verplichting zorgvuldig onderzoek te verrichten bij de verplichte keuring van schepen, heeft dus niet de strekking om een in beginsel onbepaalde groep van derden te beschermen tegen vermogensschade die men vooraf niet kan beoordelen. De Staat is dus niet aansprakelijk jegens eenieder die door het ten onrechte afgegeven certificaat schade heeft geleden, maar alleen jegens: (a) degene tegenover wie dat handelen onrechtmatig is, (b) voor schade waartegen de norm beoogt te beschermen, en (c) veroorzaakt op een wijze die valt onder het beschermingsbereik van die norm.

Belang voor Open Data

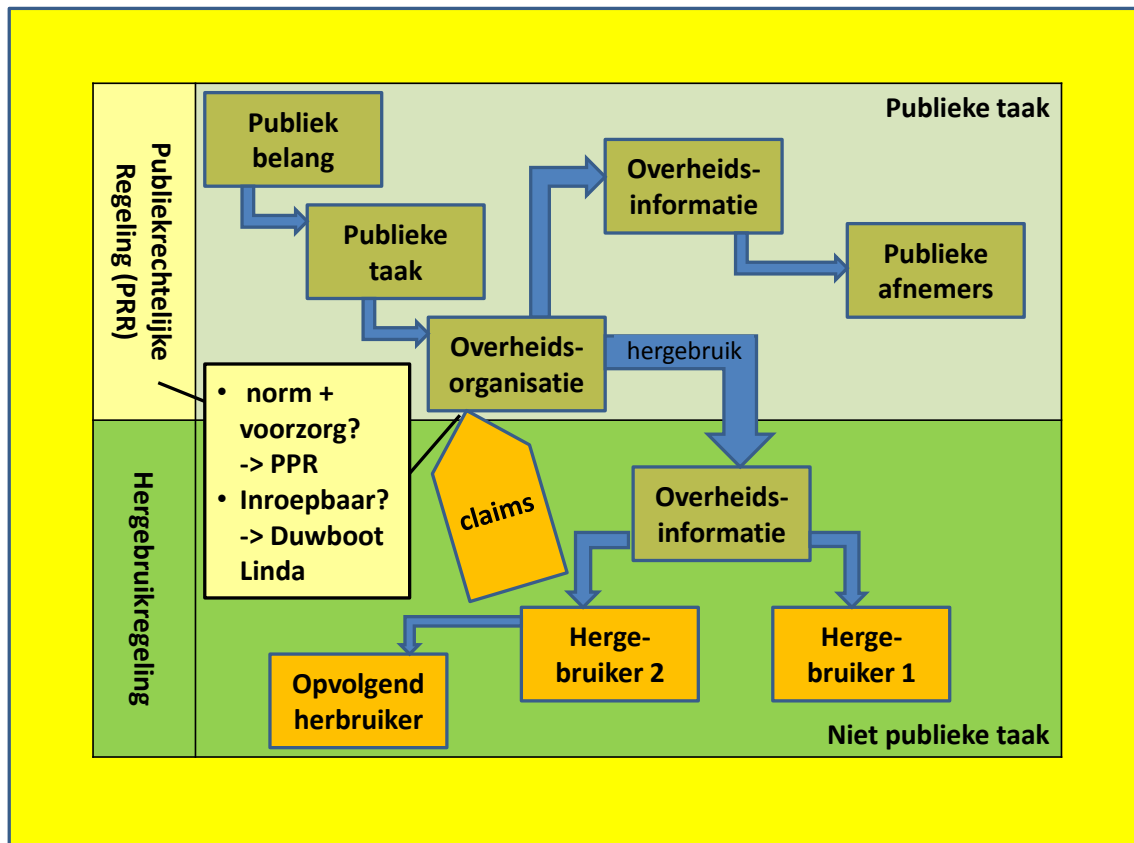
Ofschoon het in Duwbak Linda gaat om een vergunning, lijkt deze uitspraak ook van belang voor Open Data. Hergebruikers zullen zich meestal niet kunnen beroepen op de normen die voor de bescherming van de 'publieke taak afnemers' gelden. Immers, hergebruik van data impliceert een gebruik voor een ander doel dan het doel waarvoor de data in eerste instantie, uit hoofde van de publieke taak, werden aangemaakt.

Zo zal de gemeente Atadnepo zich wellicht kunnen beroepen op het ontbreken van relativiteit nu de data ingewonnen waren met het oog op het onderhoud van bruggen en viaducten, en niet om de verkeersveiligheid of het toerisme te bevorderen, zodat bij Schroover respectievelijk Strazijl de relativiteit ontbreekt.

Voor de beoordeling aan welke norm Open Data moeten voldoen, zal dus met name het originele doel van de verzameling van de data doorslaggevend zijn, waarbij dat doel dan weer gevoed wordt door het publieke belang dat daarmee gediend wordt. Dit publieke belang bepaalt dus de publieke taak, die vastgelegd zal zijn in een publiekrechtelijke regeling. Het opvolgend hergebruik verandert uiteraard niets aan die norm. De illustratie hieronder geeft een en ander schematisch weer.

⁷⁰ HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 (*Duwbak Linda*).

Illustratie 8 - normering van de aan de voor hergebruik beschikbaar gestelde data te stellen eisen



Dus, langs de redeneerlijn van Duwbak Linda zou men kunnen zeggen: de algemene publiekrechtelijke verplichting voor de overheid om een bepaalde taak uit te voeren, waarbij informatie als een bijproduct ontstaat, legt dus wel de plicht op dit zorgvuldig te doen, maar die norm heeft dus niet de strekking om de onbepaalde groep hergebruikers (en de opvolgende hergebruikers) te beschermen tegen risico's die men vooraf niet kan beoordelen. Verder zou men ook nog kunnen stellen dat als de gebrekkigheid van dien aard is dat dit geen onrechtmatig handelen oplevert ten opzichte van de gebruikers vanuit de originele publieke taak (op grond waarvan de gegevens zijn aangemaakt), dit *a fortiori* niet kan leiden tot aansprakelijkheid jegens de algemene hergebruiker. Immers, het perspectief dat bepaalt of de overheid afdoende maatregelen heeft genomen ter voorkoming van gevaarstelling (door de gebrekkige informatieverschaffing), is per definitie niet dezelfde als het perspectief dat men hanteerde en de voorzorgsmaatregelen die men nam bij de aanmaak uit hoofde van de publieke taak. Dit zou alleen anders kunnen zijn als het evident duidelijk is dat de data niet kloppen of als de overheid anderszins een groot verwijt valt te maken.

Stel dat Trui Buijkersuijk, ondanks het incident met Schoorver, de database met de foute doorrijhoogte van viaduct De Passage gewoon on-line laat staan, en pas daarna ontwikkelt Strazijl zijn toeristische kaart, dan moet toch de conclusie zijn dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens Strazijl. Maar daar is dan wel voor nodig de *additionele* fout van niets doen, terwijl men had moeten handelen.

Congruentie tussen publieke taak en 'hergebruiktaak'

Dat neemt uiteraard niet weg dat daar waar de publieke taak ook de informatieverstrekking aan het publiek omvat, de norm uit hoofde van de publieke taak in feite congrueert met het openstellen van hergebruik van de data. Sterker nog: als van een publicatieverplichting sprake is, zal dit een hoge mate van verantwoordelijkheid scheppen. De eventueel schadelijkende hergebruiker kan zich mijns

inziens dan wel beroepen op de publiekrechtelijke norm, zolang deze de overheid materieel tot hetzelfde handelen verplicht.

Correctie Langemeijer

Verder kan het uiteraard nog zo zijn dat weliswaar een plicht is geschonden die niet strekt tot bescherming van de schade geleden door de benadeelde, maar dat dat handelen tegelijkertijd wel een andere betamelijkheidsnorm overtreedt die wel ertoe strekt de benadeelde te beschermen, waarbij de eerste schending van belang kan zijn voor de beoordeling van de tweede schending.

Deze zogenaamde ‘Correctie Langemeijer’ zou Schoorver te hulp kunnen komen als hij kan aantonen dat de data weliswaar in het kader van het onderhoud van de viaducten zijn verzameld en dat daarom ter zake de relativiteit ontbreekt, maar dat een andere norm – wethouder Buijkersuijk heeft in een jolige bui publiekelijk verklaard dat alle Open Data 100% kloppen – hem wel beschermd tegen de schade die hij heeft geleden.

Concluderend kan gesteld worden dat uit het Duwbak Linda arrest afgeleid zou kunnen worden dat de voor onrechtmatig handelen vereiste relativiteit voorkomt dat de overheid bij het doen aan Open Data de deur wagenwijd opent voor aanspraken van derden die op de juistheid van deze informatie afgingen en schade hebben geleden. Niettemin, in duwbak Linda gaat het om een vergunningverlening en dat is niet hetzelfde als het ruimhartig in hergebruik geven van overheidsinformatie. Evenwel komt het mij voor dat aan een vergunningverlening meer ‘derdenwerking’ – in de zin van derden die een gerechtvaardigd beroep kunnen doen op het niet nageleefd zijn van de norm – toekomt dan aan het openstellen van data. Hoe het ook zij, het is de vraag of de lessen uit Duwbak Linda in algemene zin één op één toegepast kunnen worden op aansprakelijkheid rond Open Data. Daar is veel voor te zeggen, maar het is geen zekerheid.

5.3 Inhoud en omvang van schadevergoedingsplicht

Is voldaan aan de vereisten van 6:162 BW, dan staat de aansprakelijkheid vast en moet vastgesteld worden wat de inhoud en de omvang van de verplichting tot schadevergoeding inhoudt, op de voet van artikel 6:95 BW en volgende alwaar het schadevergoedingsrecht is geregeld.

Schade die voor vergoeding in aanmerking komt

Op grond van artikel 6:95 heeft de benadeelde dus een wettelijk recht op schadevergoeding. Deze schade kan bestaan uit vermogensschade (met name geleden verlies en gederfde winst (artikel 6:96 BW)) of, in specifieke gevallen, die veelal niet zullen spelen bij Open Data, ander nadeel (artikel 6:106 BW). Uitgangspunt bij de schadeberekening is dat de benadeelde weer wordt gebracht in een vermogenspositie waarin hij zou verkeren als de onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd (artikel 6:97 BW). Dat betekent dus dat in de regel de volledige schade moet worden vergoed.

Causaal verband tussen schade en aansprakelijkheid

Evenwel komt op grond van artikel 6:98 BW alleen die schade voor vergoeding in aanmerking die in een zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust dat die (gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade) als gevolg van de gebeurtenis kan worden toegerekend. De toerekeningsfactoren zijn niet beperkt tot de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade; ook de aard van de gedraging en de voorzienbaarheid van de schade spelen hierbij een rol.

Toerekenregels van Brunner

Brunner heeft in 1981 vuistregels opgesteld die helpen bij het toerekenen van de schade aan de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis.⁷¹ Volgens deze vuistregels moet voor de toerekening een afweging gemaakt worden op een vijftal deelgebieden, te weten:

- a. de waarschijnlijkheid: naarmate het gevolg waarschijnlijker is, is toerekening eerder gerechtvaardigd. Andersom geredeneerd: als het gevolg uitzonderlijker en minder waarschijnlijk is, is toerekening minder aanvaardbaar;
- b. de verwijderdheid: naarmate het schadelijke gevolg minder ver verwijderd is van gebeurtenis, is toerekening eerder gerechtvaardigd en vice versa;
- c. de aard van de aansprakelijkheid:
 - voor iedere beschermingsnorm moet in het concrete geval nagegaan worden of de gevorderde schade gerechtvaardigd is;
 - voor verkeers- of veiligheidsnormen ter voorkoming van ongevallen, is een ruime toerekening – dat wil zeggen, toerekening van abnormale, buiten de lijn van verwachting liggende gevolgen – gerechtvaardigd voor dood- en letselschade;
 - risicoaansprakelijkheid leidt tot beperkte toerekening, schuldaansprakelijkheid tot verruimde toerekening.
- d. De aard van de schade: schade in de vorm van overlijden of verwonding wordt eerder toegerekend dan zaakschade. Zaakschade wordt wel weer eerder toegerekend dan geleden verlies, en geleden verlies weer eerder dan derving van winst.

Kijken we nu naar gebrekkige informatie die in hergebruik is gegeven en passen we de regels van Brunner toe, dan zal vooral toch de aard van de aansprakelijkheid een rol spelen. Immers, de aansprakelijkheid van de gedraging van de overheid – het vrijgeven van gebrekkige informatie *in het kader van Open Data* – zal wellicht hooguit een tikje verwijtbaar kunnen zijn en eerder op grond van verkeersopvattingen dan op grond van harde schuldaansprakelijkheid gevestigd zijn. Daar komt bij dat de norm – een overheid zal zorgvuldig zijn bij het vrijgeven van data voor hergebruik – geen verkeers- of veiligheidsnorm is, zodat toerekening buiten de normale lijn der verwachtingen niet gerechtvaardigd is.

Ook de aard van de schade zal toch over het algemeen zo zijn dat hier, letterlijk, geen bloed uit vloeit, en als dat al zo zou zijn, dan zal toch de waarschijnlijkheid van deze schade zeer laag zijn, waardoor toerekening minder voor de hand liggend is.

Kijken we naar onze casus, dan zou betoogd kunnen worden dat de zaakschade van Schroover (dak van bestelbus en de weggelopen kippen) eerder voor vergoeding in aanmerking komt dan het geleden verlies van Strazijl (kaarten die, beweerdelijk, onverkoopbaar zijn).

Eigen schuld

Tenslotte, als de schade ook te wijten is aan eigen schuld van de benadeelde (of een omstandigheid die voor zijn rekening komt), dan wordt de schade naar evenredigheid van de bijdrage verdeeld, tenzij op grond van billijkheid (in verband met de uiteenlopende ernst van de fouten of andere omstandigheden (zoals verzekeringen van partijen)) een andere verdeling moet plaatsvinden.

In de casus is het voorstelbaar dat naast het viaduct de Passage een verkeersbord staat met de *juiste* doorrijhoogte. In dat geval had van Schoorver wellicht verwacht mogen worden, zeker nu hij beweerdelijk de avond ervoor nog de doorrijhoogte gecontroleerd had, dat hij gespitst was geweest op de discrepantie tussen de informatie op de website en het verkeersbord, zeker nu een en ander zo nauw luisterde (hij had immers maar een paar centimeter speling tussen viaduct en bestelbus). Het niettemin

⁷¹ C.J.H. Brunner, Causaliteit en toerekening van schade, VR 1981, pp. 210-217 en pp. 233-236.

doorrijden zou mogelijk als eigen schuld betiteld kunnen worden, zodat (een gedeelte van) de schade voor zijn eigen rekening en risico moet komen.

Uitsluiting van aansprakelijkheid

Ofschoon, zoals hierboven besproken, de uiteindelijke risico's voor aansprakelijkheid mijns inziens gering zijn – hetzij omdat geen sprake is van een onrechtmatige daad, hetzij omdat er nauwelijks grond is voor toerekening van de schade aan de onrechtmatige gedraging – zou de overheid nog kunnen proberen, als zesde slot op de deur, de aansprakelijkheid uit te sluiten door middel van een mededeling van dien aard bij het vrijgeven van de data.

Ik wijs erop dat we hiermee buiten het leerstuk van de algemene voorwaarden blijven en dan in het bijzonder de vraag of een dergelijk beding niet onredelijk bezwarend kan zijn. We gaan immers uit van de Open Data filosofie zodat er geen overeenkomst tot stand komt tussen de overheid en de hergebruiker, zodat we aan artikel 6:233 jo. 6:237 sub f niet toekomen, die dergelijke bedingen, binnen contractuele relaties, in de ban doen, zeker waar het overeenkomsten betreft met burgers of kleine bedrijven.

Disclaimers en proclaimers

Men kan pogen van te voren aansprakelijkheid uit te sluiten. Diverse overheden doen dit al en deze *disclaimers* zijn er in een bonte verzameling soorten en maten.⁷² De vraag is wel of deze zogenaamde exoneratie altijd houdt. Zeker als de overheid de enige bron is waar de informatie opgehaald kan worden en helemaal als het hebben van de informatie noodzakelijk is voor de deelname aan het rechtsverkeer, is de houdbaarheid minder waarschijnlijk. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan informatie uit de basisregistraties die geacht worden de juiste gegevens te bevatten en waarvoor ook een 'gebruikverplichting' bestaat binnen de overheid. In een dergelijk geval zal een hergebruiker eerder kunnen betogen dat het inroepen van de exoneratie door de overheid in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid op de voet van artikel 6:248 lid 2 BW, omdat dit in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn. Uiteraard spelen hierbij ook de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht een rol en dan met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Niettemin, indachtig het Open Data gedachtegoed is er wel het een en ander te zeggen voor het geldig kunnen hanteren van mededeling waarin wordt uitgelegd wat een hergebruiker *wel* mag verwachten van de data. Deze zogenaamde *proclaimers* zijn in toenemende mate populair, ook in overheidsland, en komen uiteraard ook weer in vele soorten en maten.⁷³ Het onderscheid tussen de *disclaimer* en de *proclaimer* zit met name in de aard: waar de *disclaimer* gelijk stevig alle aansprakelijkheid afwijst, is de *proclaimer* veel vriendelijker van toon en beoogt het de gebruiker te informeren over de inhoud van de informatie (zie ook paragraaf 5.2 aangaande de 'basislaag van metadata') en tegelijkertijd ook diens verwachtingen te managen. Dat neemt niet weg dat als het erom gaat spannen, de gebruiker van de *proclaimer* waarschijnlijk toch ook via *a contrario* redeneringen aansprakelijkheid voor eventuele gebreken zal willen afwentelen op de gebruiker.

Ondanks dat acht ik de houdbaarheid van een *proclaimer* bij het openstellen van data voor hergebruik over het algemeen groot. Dit zal met name het geval zijn als de *proclaimer* specifiek gericht is op de dataset in kwestie, en dus geen algemene verklaring. Uiteraard kan de verklaring

⁷² Zie bijvoorbeeld: <http://www.rijkswaterstaat.nl/disclaimer/>; <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/organisatie/website/disclaimer/default.htm>; <http://www.kvk.nl/disclaimer/>; http://www.knmi.nl/waarschuwingen_en_verwachtingen/disclaimer.html <http://loket.haarlem.nl/?pagina=disclaimer>.

⁷³ Zie bijvoorbeeld: <http://www.brabant.nl/proclaimer.aspx>; <http://www.zwolle.nl/proclaimer.htm>; <http://www.rivm.nl/Proclaimer> (deze drie zijn ook opgenomen als voorbeeld als Bijlage 5).

getrapt zijn: er is een algemene *proclaimer* die geldt voor alle data die beschikbaar zijn voor hergebruik en per dataset is er één die verwijst naar de basislaag van metadata in de individuele datasets. In die metadata kan dan aangeven worden in welke context de data verzameld zijn, zodat de hergebruiker zijn bedachtzaamheid op gebreken daarop kan baseren.

Standaarden

Zoals de bonte variëteit van *dis- en proclaimers* mag aantonen, is er (nog) geen standaard verklaring dan wel standaard metadataset waarvan overheden gebruik kunnen maken. In de markt zijn er uiteraard standards aanwezig, maar deze zijn, zeker wat hergebruik aangaat, niet geadopteerd. Uiteraard is *Creative Commons* hard bezig een de facto standaard te worden, doch deze ziet niet op aansprakelijkheid, maar slechts op met name het management van auteursrechten van werken die in het publieke domein terecht komen.⁷⁴ Daartoe biedt het een zestal standaard licenties aan. Het zou voor de hand liggen als *Creative Commons* zich op enig moment ook zou ontfermen over aansprakelijkheid in den brede (dus niet alleen gericht op intellectuele rechten). Verder is het waarschijnlijk dat ook Brussel zich intensiever gaat bezig houden met standaard licenties, nu standaard nationale voorwaarden, zo die al aanwezig zijn, niet mooi op elkaar aansluiten. Nederland zou er goed aan doen beide ontwikkelingen niet alleen in het oog te houden, maar vooral ook aan de dialoog bij te dragen, waarbij dan de geest van de nieuwe Wob vast mooi zou kunnen doorklinken.

5.4 Afsluitende opmerkingen

1. Bij afwezigheid van een contractuele relatie tussen overheid en hergebruiker – een basisgedachte van Open Data – zal aansprakelijkheid voor het verstrekken van gebrekkige informatie gebaseerd moeten worden op het schenden van de betamelijkheidsnorm (artikel 6:162 BW), die nader ingevuld wordt door de regels van geschreven en ongeschreven publiekrecht, waaronder met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
2. Toepassing van de in de rechtspraak geformuleerde regels over aansprakelijkheid voor gevaarzetting (het *Kelderluik* arrest), leidt tot de conclusie dat de risico's voor overheden gering zullen zijn:
 - a. In de eerste plaats zal de verstrekking van gebrekkige informatie niet al te gemakkelijk een onrechtmatige daad zijn: waar gehakt wordt, vallen nu eenmaal spaanders. Daarbij moet steeds in het oog gehouden worden dat de data uit hoofde van de publieke taak geproduceerd worden en juist niet voor het hergebruik. Open Data gaan alle kanten op – hier is het ook allemaal om te doen – en geraken aldus buiten hun context. Voor verkeerde interpretatie als gevolg hiervan kan een overheid niet verantwoordelijk gehouden worden.
 - b. Wel zal van de overheid verlangd kunnen worden dat deze de nodige voorzorgsmaatregelen neemt ter voorkoming van mogelijk kwade gebeurtenissen. Ik denk hierbij met name aan het toevoegen van een basislaag van metadata die de hergebruiker in staat stelt de context van de data beter te begrijpen en eventuele gebreken gemakkelijk zelf te constateren.
3. Voorts speelt de vraag of de vereiste relativiteit aanwezig is, waardoor onrechtmatigheid ten opzichte van de hergebruikers zal ontbreken. De 'herontdekking' van het relativiteitsvereiste (vooral in de relatie overheid-burgers) in het *Duwbak Linda* arrest lijkt de overheid ruimte te geven. Doorredenerend langs de lijnen van dat arrest zou men kunnen stellen dat de algemene publiekrechtelijke verplichting voor de overheid om een bepaalde taak uit te voeren, waarbij de informatie als een bijproduct ontstaat, haar de plicht oplegt dit zorgvuldig te doen, maar die norm heeft niet de strekking om de onbepaalde groep hergebruikers (en de opvolgende hergebruikers) te beschermen tegen risico's die men vooraf niet kan beoordelen. Pas als er een hoge mate van congruentie bestaat tussen de publieke taak en de informatieverstrekking ten behoeve van

⁷⁴ <http://creativecommons.nl/>

hergebruikers, zal de relativiteit niet ontbreken. Evenwel moet niet vergeten worden dat het in Duwbak Linda om een vergunningverlening ging. Dat is niet hetzelfde als het doen aan Open Data.

4. Ook al is voldaan aan alle vijf vereisten van artikel 6:162 BW en er dus sprake is van een verplichting tot vergoeding van de schade, dan nog lijkt mij op grond van toerekeningsregels van de schade aan de onrechtmatige gedraging zoals geregeld in artikel 6:95 BW de risico's beperkt.
 - a. In de eerste plaats zal de aansprakelijkheid van de gedraging van de overheid – het vrijgeven van gebrekkige informatie in het kader van Open Data – toch niet snel hoogst verwijtbaar zijn en eerder op grond van verkeersopvattingen dan op grond van harde schuldaansprakelijkheid gevestigd worden. Daar komt bij dat de norm – een overheid zal zorgvuldig zijn bij het vrijgeven van data voor hergebruik – geen verkeers- of veiligheidsnorm is, zodat toerekening buiten de normale lijn der verwachtingen niet gerechtvaardigd is.
 - b. Bovendien zal de aard van de schade toch over het algemeen zo zal zijn dat hier, letterlijk, geen bloed uit vloeit, en als dat al zo zou zijn, dan zal toch de waarschijnlijkheid van deze schade zeer laag zijn, waardoor toerekening minder voor de hand liggend is. Verder is het goed denkbaar dat de schade ook te wijten is aan eigen schuld van de hergebruiker (of een omstandigheid die voor zijn rekening komt), zodat de schade naar evenredigheid gedeeld moet worden.
5. Tenslotte zou de overheid nog kunnen overwegen haar eventuele aansprakelijkheid uit te sluiten door middel van een mededeling van dien aard bij het vrijgeven van de data, zoals in de praktijk al veelvuldig gebeurt. Dat wil niet zeggen dat deze zogenaamde exoneratie altijd zal houden, zeker als er een hoge mate van afhankelijkheid is van de burger ten opzichte van de overheid (zoals bijvoorbeeld bij de basisregistraties) bij de verkrijging van de data.
6. In 'Open Data land' wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van zogenaamde *proclaimers*, die uitleggen wat een hergebruiker wel mag verwachten van de data en op die manier de verwachtingen van de hergebruiker adresseert. Zeker als de *proclaimer* specifiek gericht is op de dataset in kwestie en bovendien nog eens gecombineerd wordt met de basislaag van metadata, acht ik de kans klein dat een rechter zal oordelen dat de overheid onzorgvuldig is geweest, ook al blijken de in hergebruik gegeven data achteraf gebrekkig.

6 AANSPRAKELIJKHEID VOOR HET AANDOEN VAN ONEERLIJKE CONCURRENTIE

6.1 Inleidende opmerkingen

Volgens de Open Data filosofie moet overheidsinformatie weliswaar *as is* maar wel gratis en voor niets, althans tegen maximaal de verstrekingskosten en verder ongeclausuleerd, ter beschikking worden gesteld voor hergebruik aan eenieder. Als er evenwel een markt bestaat waarop deze of gelijksoortige informatie door marktpartijen verhandeld wordt, betekent dit dat er voor afnemers op die markt een zeer goedkoop of zelfs gratis alternatief beschikbaar komt, waardoor klanten van die marktpartijen kunnen weglopen. Het is daarom denkbaar dat een overheidsorgaan aansprakelijk wordt gesteld door een marktpartij die betoogt dat het uitvoeren van het Open Data beleid onrechtmatig jegens hem is, omdat de condities waartegen de overheid de data ter beschikking stelt hem onrechtmatige concurrentie aandoen.

In deze paragraaf kijk ik dus alleen naar de casus waarin een marktpartij een overheid aanspreekt omdat de overheid de Open Data filosofie volgt: ruimhartig en ongeclausuleerd tegen maximaal de verstrekingskosten haar data ter beschikking stellen voor hergebruik. Het ziet daarmee dus *niet* op de situatie waarin overheden juist restrictief verstrekken – tegen een bedrag hoger dan de verstrekingskosten, waarbij auteurs- en/of databankrechten worden voorbehouden – hetgeen ook oorzaak kan zijn van mededingingsrechtelijke conflicten, zoals we hiervoor in de Landmark zaak hebben gezien in hoofdstuk 4.

Ik ga in paragraaf 6.2 allereerst in op het regelgevingskader, aangezien deze recent ingrijpend is veranderd door invoering van specifieke regels in de Mededingingswet (Mw). Vervolgens in paragraaf 6.3 loop ik door de relevante jurisprudentie heen, waaronder enkele zeer recente en belanghebbende zaken waarin deze problematiek centraal staat. Tenslotte sluit ik af in paragraaf 6.4 met een analyse van de consequenties van deze nieuwe regelgeving en de recente uitspraken en kom ik met een stappenplan aan de hand waarvan mogelijke risico's ingeschat kunnen worden.

6.2 Regelgevingskader

Het regelgevingskader dat ziet op het mogelijk onrechtmatige karakter van het (bijna) gratis openstellen van data voor hergebruik, wordt bepaald door het mededingingsrecht (de algemene mededingingsregels en dan met name aangaande misbruik van een machtspositie (artikel 24 Mw en artikel 102 EG-Verdrag) en de bijzondere regels aangaande marktoptreden van de overheid (met name artikel 25i en artikel 25k Mw), de hergebruikregeling neergelegd in hoofdstuk V-A van de Wob, en uiteraard artikel 6:162 BW, alsmede artikel 3:1 Awb, nu het marktoptreden immers veelal terug te voeren is op een besluit, en daarmee ook de geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ik ga hieronder uitgebreid in op met name de artikelen 25i en 25k Mw, nu deze artikelen het hergebruik door overheden op de markt ten principale pogen te regelen, in samenhang met het hergebruikregime.

Wet Markt en Overheid

Dat het onderwerp overheid en markt ons al jaren boeit, maar niettemin een weerbarstig dossier is, mag blijken uit het tijdsverloop tussen het moment waarop de Commissie Cohen haar rapport 'Markt en Overheid' uitbracht – 1998 – en de pas recente – 2012 – codificatie van het in dit rapport gepropageerde beleidskader.

Van oudsher treedt de overheid op als aanbieder van zogenaamde collectieve goederen, oftewel goederen of diensten die niet door reguliere marktpartijen (kunnen) worden geleverd omdat

daarvoor een markt ontbreekt (dijken, defensie, rechtspraak). Zodra de overheid niet-collectieve diensten gaat leveren, die ook door particuliere marktpartijen op een open markt (kunnen) worden geleverd, komt zij in een concurrentieverhouding te staan met particuliere ondernemingen.

Reeds in 1974 oordeelde de Hoge Raad dat een dergelijk optreden als ondernemer in beginsel is toegestaan, ook al ontbreekt een wettelijke basis. In dit zogenaamde 'Artiestenbemiddelingsarrest' legde de Hoge Raad uit dat het overheidsoptreden slechts *dan* onrechtmatig wordt 'als de afweging tussen de belangen van de overheid en die van de particuliere ondernemers tot de conclusie leidt dat de gevolgen voor de particuliere ondernemers zo bezwaarlijk zijn dat deze voor hen onevenredig belastend zijn.'⁷⁵

In de jaren tachtig van de vorige eeuw werden in het kader van het afslanken van de uitgedijde overheid tal van haar taken verzelfstandigd. Publieke uitvoeringsorganisaties werden op afstand gezet en werden aangemoedigd de eigen broek op te houden. In de jaren negentig werd evenwel duidelijk dat er ook een keerzijde aan de medaille zit: de marktgerichte overheid kwam dikwijls in aanvaring met (andere) marktpartijen. Volgens goed Nederlands gebruik werd een werkgroep ingesteld, en wel de werkgroep Markt en Overheid (onder leiding van Job Cohen). In 1998 kwam zij met haar aanbevelingen, waarvan, op zijn Hollands gezegd, de kern was dat de overheid terug haar hok in moest en terughoudend moest zijn bij het verrichten van marktactiviteiten tenzij er hele goede redenen waren hiervan af te wijken.

De aanbevelingen sloegen neer in een set gedragsregels: de 'Aanwijzingen voor het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de Rijksdienst'⁷⁶. Deze aanwijzingen waren alleen van toepassing op de Rijksoverheid en aan de werking konden derden in beginsel geen rechten onttelen. Uitbreiding en formalisering van de toepassing tot het gehele publieke domein, door middel van algemene wetgeving, liep evenwel lange tijd vast, met name doordat gemeentelijke overheden, vrezend voor verdere aantasting van hun financiële autonomie, geen warme voorstanders waren. Nadat een eerste wetsvoorstel markt en overheid werd ingetrokken, werd op 25 februari 2008 niettemin een voorstel tot wijziging van de Mededingingswet ingediend bij de Tweede Kamer dat uiteindelijk op 22 maart 2011 door de Eerste Kamer werd aangenomen.⁷⁷ Vervolgens is gewerkt aan een nadere uitwerking van een tweetal gedragsregels in een Algemene Maatregel van Bestuur. De Wet markt en overheid is per 1 juli 2012 van kracht.

Kort en goed bevat de wet gedragsregels voor overheden ter voorkoming van oneerlijke concurrentie. Volgens de wet mag een overheid in beginsel de markt op gaan maar, maar dan moet het zich wel houden aan de gedragsregels. Voor ons zijn vooral relevant het artikel 25i lid 1, lid 2 onder b (aangaande de in rekening te brengen kosten) en, in mindere mate, artikel 25k Mw.

Geen integrale kostprijs voor overheidsinformatie: een uitzondering

Artikel 25i Mw luidt:

- '1. Een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, brengt de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening.
2. Het eerste lid is niet van toepassing:
(...)

⁷⁵ HR 8 maart 1974, NJ 1974, 264, en, bevestigend, HR 21 maart 2003, JOL 2003, 165.

⁷⁶ Vaststelling aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst, 8 mei 1998/Nr. 98M004561.

⁷⁷ Aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, Kamerstukken I vergaderjaar 2008–2009, 31 354, A 2.

b. indien 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;'

Dus voor het verstrekken van gegevens die de overheidsorganisatie heeft verkregen in het kader van de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden geldt niet de hoofdregel van lid 1 dat de integrale kostprijs in rekening gebracht moet worden. De memorie van toelichting verwijst hier expliciet naar hergebruik (van Open Data) beleidsambities: het in rekening brengen van een integrale kostprijs zou niet passen in het overheidsbeleid inzake de beschikbaarheid van overheidsinformatie, nu dat er juist op gericht is de beschikbaarheid van overheidsinformatie, juist ook voor het bedrijfsleven, te bevorderen.⁷⁸

verbod op exclusief hergebruik

Naast de kostenbepaling, bevat de nieuwe regeling in de Mededingingswet ook een verbod op exclusief hergebruik (door de overheid) van gegevens. Artikel 25k Mw luidt:

Een bestuursorgaan gebruikt gegevens die hij heeft verkregen in het kader van de uitvoering van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden alleen voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld.

In open markten is het kunnen beschikken over informatie waarover concurrenten niet kunnen beschikken, aan de orde van de dag. Er is ook niets mis mee, zolang de verkrijging en exploitatie voldoet aan de mededingingsregels. Dat wordt echter anders als het gaat om gegevens die door de overheid zijn verkregen bij de uitoefening van haar publieke taak, omdat dit exclusieve beschikken een oneigenlijk concurrentievoordeel kan opleveren. Zo is het denkbaar dat de gegevens voor anderen niet beschikbaar mogen zijn, en waar geen substituut bronnen aanwezig zijn, zal de verkrijging tot een kostenverschil leiden (overheden verkrijgen de gegevens veelal om niet in het kader van hun publieke taken omdat daar een verstrekingsplicht voor burgers en bedrijven tegenover staat). Om dit concurrentievoordeel weg te nemen bepaalt artikel 25k Mw dat een bestuursorgaan de gegevens, verkregen in het kader van de uitvoering van publiekrechtelijke bevoegdheden, alleen voor economische activiteiten mag gebruiken, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld.

Nu verbiedt artikel 10f Wob reeds een, buiten de publieke taak, commercieel exploiterende overheid intern andere voorwaarden te hanteren dan extern: hergebruikers moeten dus dezelfde deal krijgen als de zelf hergebruikende overheid.⁷⁹ Deze bepaling ziet echter alleen op gegevens die openbaar zijn. Wat te denken van gegevens die niet openbaar zijn, maar wel door overheden als bron worden gebruikt voor exploitatie van gegevens (buiten de publieke taak)? Leidt artikel 25k er dan toe dat die overheid die activiteiten moet staken? Of moeten de gegevens alsnog worden verstrekt, ondanks het feit dat ze eigenlijk niet openbaar zijn? Dat laatste lijkt toch onwaarschijnlijk. Overigens lijkt het ook een lastige voorbeelden bij deze casus te verzinnen, ik laat het dan maar ook bij deze wellicht academische gedachte.

Nu het uitgangspunt van deze rapportage is dat een overheid juist ruimhartig haar data open wil stellen voor hergebruik en niet zelf, laat staan exclusief, de data wil exploiteren, laat ik artikel 25k Mw verder voor wat zij is. Immers, de norm van 25k Mw beoogt te voorkomen dat een overheid de

⁷⁸ MvT Aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p.12.

⁷⁹ Artikel 10 lid 2 van de Richtlijn Hergebruik is nogal verborgen geïmplementeerd in artikel 11f van de Wob.

data voor zichzelf houdt en deze ook nog eens exploiteert en dat staat lijnrecht tegenover de een overheid die aan Open Data wil doen.

Economische activiteit

De artikelen spelen uiteraard alleen een rol als sprake is van een economische activiteit. Immers, als dit niet het geval is, dan kan het bestuursorgaan *uit mededingingstechnisch oogpunt* niet onrechtmatig handelen. Voor de vaststelling daarvan biedt de Memorie van Toelichting niet veel houvast: 'Onder een economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een bepaalde markt', maar ligt wel toe dat de terminologie aansluit bij de Europeesrechtelijke begrippen.⁸⁰

Nu het in het kader van dit onderzoek te ver voert hier uitgebreid op in te gaan, volsta ik met enkele opmerkingen. In de *Höfner* zaak adopteerde het Europese Hof een functionele, en dus zeer ruime, definitie van het begrip 'onderneming', te weten: 'iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent ongeacht de financiering en rechtsvorm'.⁸¹ Dus wat is dan een economische activiteit? De uitspraken inzake dit begrip zijn wat rafeliger. In de zaak *Humbel* bepaalde het Hof dat 'cursussen gegeven aan een technisch instituut behorende tot het secundair onderwijs in het kader van het nationale onderwijsstelsel, niet aan te merken zijn als diensten in de zin van de Verdragsbepalingen'.⁸² Later werd in de *Wirth* zaak bepaald dat onderwijs gegeven aan hogescholen die een winsttoegmerk nastreven en die hoofdzakelijk uit particuliere middelen worden gefinancierd, wel diensten in de zin van het Verdrag zijn.⁸³ Ook op het gebied van de gezondheidszorg speelt hetzelfde dilemma. In de zaak *Smits/Peerbooms* oordeelde het Hof dat ook medische zorg onder de Verdragsbepalingen valt.⁸⁴

Zijn verstrekkingkosten, of gratis en voor niets, een iustum pretium?

Terug naar Open Data en aansprakelijkheid. De vraag is dus of het gratis ter beschikking stellen van overheidsinformatie voor hergebruik onrechtmatig is tegenover marktpartijen. We hebben gezien dat het nieuwe artikel 25i lid 2 Mw toestaat dat een lagere prijs wordt gerekend dan de integrale kosten. Maar welke prijs is dan de juiste? De bepaling geeft immers niet aan welke prijs dan wél gerekend moet worden.

Daarvoor moeten we allereerst terug naar de Hergebruikregeling. Artikel 11h Wob bepaalt immers dat de totale inkomsten uit het verstrekken en het verlenen van toestemming voor hergebruik niet hoger mogen zijn dan de kosten van verzameling, productie, vermenigvuldiging en verspreiding van de informatie, vermeerderd met een redelijk rendement op investeringen. Nu geeft de Richtlijn Hergebruik – artikel 11h Wob is de implementatie van artikel 6 van de Richtlijn – uitdrukkelijk aan dat Lidstaten verder mogen gaan in hun bescherming (van hergebruikers). Ter zake van de tarifiering wordt dit ingevuld in overweging 14, waarin aangemoedigd wordt informatie gratis, dan wel tegen maximaal de marginale kosten van verstrekking ter beschikking te stellen. Met andere woorden: het hergebruikregime stelt een tweede bovengrens, met ruimte naar beneden.

Daarop sluit dan weer mooi aan het Open Data streven, zoals meest recent nog verwoord in 'de Open Data brief' van Minister Donner (maar al 10 jaar eerder ingezet in de nota 'Naar een optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie') waarin staat dat data gratis, dan wel maximaal tegen de verstrekkingkosten beschikbaar moeten zijn.

⁸⁰ MvT Aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p.12.

⁸¹ HvJ EG, 23 april 1991, *Höfner*, C-41/90.

⁸² HvJ EG, 27 september 1988, *Humbel*, C-263/86.

⁸³ HvJ EG, 7 december 1993, *Wirth*, C-109/92.

⁸⁴ HvJ EG, 12 juli 2001, *Smits/Peerbooms*, C-157/99.

Goed beschouwd voegt artikel 25i ter zake van het hergebruiksrecht materieel niet veel toe. Maar procedureel doet ze dat wel: het opent de weg de waakhond wakker te fluiten! Bij vermeende overtredingen kunnen ondernemingen hun beklag doen bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), die sancties (een last onder dwangsom) kan opleggen bij geconstateerde oneerlijke concurrentie, onverminderd uiteraard het recht om bij de civiele rechter schadevergoeding te vorderen van het betrokken bestuursorgaan.

Ook de hergebruikregelingen die nog in de steigers staan, propageren gratis dan wel maximaal de verstrekingskosten. Dit geldt zowel voor het voorgestelde nieuwe artikel 12 Wob⁸⁵, als ook voor het voorgestelde nieuwe artikel 6 Richtlijn Hergebruik.⁸⁶

Het nieuwe artikel 12 lid 1 luidt: 'Het overheidsorgaan brengt voor de verstrekking van documenten op grond van deze wet ten hoogste de kosten in rekening van de verstrekte informatiedragers. Voor de terinzagelegging of verstrekking langs elektronische weg worden geen kosten in rekening gebracht' en lid 2: 'Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de vaststelling van deze kosten en over kosten die niet in rekening worden gebracht.'

De Memorie van Toelichting voegt daar nog aan toe: '2.4 (...)Het in rekening brengen van kosten anders dan marginale verstrekingskosten (zoals kopieerkosten) staat op gespannen voet met openbaarheid. Daarbij komt dat het vragen van een vergoeding voor het bestuursorgaan ook kan leiden tot - aanzienlijke - administratieve lasten. In de Wob-brief is daarom het voorstel aangekondigd om in de Wob een eenduidige regeling van kosten op te nemen, waarin voor alle bestuursorganen (centraal en decentraal) wordt vastgelegd dat alleen kosten voor reproductie en levering (marginale verstrekingskosten) in rekening kunnen worden gebracht. (...) De mogelijkheid om deze kosten niet in rekening te brengen - bijvoorbeeld als de administratieve kosten hoger zijn dan de opbrengst - blijft behouden. Zo wordt de kostenbepaling in de Wob in lijn gebracht met het (artikel 7 van het) Verdrag van Tromsø, waarin is bepaald dat de in rekening gebrachte kosten de redelijke kosten van reproductie en levering niet mogen overschrijden. De kostenbepaling sluit ook aan bij het aanpalende beleid inzake het hergebruik van overheidsinformatie. Het nieuwe artikel 12 is, in afwijking van de algemene regel dat specifieke wetten aan de Wob derogeren, bedoeld als een dwingende algemene regeling. Afwijking van deze regeling zal in bijzondere wetten uitdrukkelijk moeten geschieden.'

Het voorstel voor de nieuwe Hergebruik Richtlijn, maximeert de vergoeding op het niveau van de marginale kosten voor vermenigvuldiging en verstrekking, met een kleine ontsnappingsmogelijkheid voor overheden die bij toepassing van dit beginsel kopje onder zouden gaan: Wijzigingen van artikel 6 (Tarifieringsbeginselen): '1. Wanneer een vergoeding wordt verlangd voor het hergebruik van documenten, dient het totaalbedrag dat door openbare lichamen in rekening worden gebracht beperkt te blijven tot de marginale kosten voor hun vermenigvuldiging en verspreiding. 2. In uitzonderlijke gevallen, met name wanneer openbare lichamen een aanzienlijk deel van hun bedrijfskosten voor de uitoefening van hun openbare taken dekken met behulp van de intellectuele eigendomsrechten en mits dit het algemeen belang dient, kan openbare lichamen worden toegestaan op grond van objectieve, transparante en controleerbare criteria en onder voorbehoud van goedkeuring door de in artikel 4, lid 4 genoemde onafhankelijke instantie voor het hergebruik van documenten een vergoeding te vragen.'

Kortom, het toepasselijk wettelijk kader geeft op dit moment een, weliswaar een nog wat onbestemd, maximum prijsniveau aan. De regelingen in de steigers zijn helder: maximaal de verstrekingskosten of helemaal gratis.

⁸⁵ 'Wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen inzake onredelijke en omvangrijke verzoeken, inzake bijzondere verstrekkingen alsmede inzake hergebruik en in rekening te brengen vergoedingen' (Wet aanpassing Wob), zie <http://www.internetconsultatie.nl/wetaanpassingwob>

⁸⁶ Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie, Brussel, 12.12.2011, COM(2011) 877 definitief, 2011/0430 (COD).

Toegankelijkheid

Dit gezegd zijnde zit er een inherente spanning tussen de behoeftes van hergebruikers aan toegankelijkheid en de basisgedachte achter artikel 25i lid 2 Mw. Immers, die laatste gaat ervan uit dat de overheid geen activiteiten onderneemt om de informatie te ontsluiten, maar deze *as is* beschikbaar stelt voor hergebruik. Strikt redenerend zou men kunnen stellen dat zodra de overheid meer doet (met de informatie) dan de primaire publieke taak opdraagt, die *extra* handelingen mogelijksterwijs economische activiteiten zijn die buiten de vrijstelling van lid 2 vallen, en waar dus gewoon de hoofdregel van artikel 25i lid 1 Mw voor geldt en waar dus gewoon de integrale kosten voor gerekend moeten worden. Tegelijkertijd stimuleert de Richtlijn Hergebruik (en ook het nieuwe voorstel) overheden om data in bruikbare *formats* en via portalen (lees: gemetadateerd) ter beschikking te stellen. De vraag is dus waar houdt de publieke taak op als het om het *toegankelijk* maken van de data gaat. In de KLIC-viewer zaak die ik hieronder nog behandel, speelt dit punt in feite ook, maar dit wordt door de Rechtbank helaas niet onderkend.

6.3 Rechtspraak

Hoe dan ook, nu we het huidige en (toekomstige) wettelijke kader kennen, wil ik terug naar de centrale vraag: kan het gratis ter beschikking stellen van data voor hergebruik leiden tot aansprakelijkheid op grond van oneerlijke concurrentie? Ik zal dit bespreken aan de hand van relevante jurisprudentie, waaronder enkele zeer recente en belangwekkende uitspraken, die illustreren hoe zeer overheidsinformatie de gemoederen kan bezighouden en welke grote belangen hierbij kunnen spelen.

Artiestenbemiddelings-arrest

Volgens vaste jurisprudentie is het een kwestie van overheidsbeleid of de overheid tot verlening van bepaalde diensten mag overgaan, waar reeds andere marktpartijen actief zijn. De grens van die beleidsvrijheid moet vervolgens op basis van het eerder genoemde ‘Artiestenbemiddelings-arrest’ vastgesteld worden. Volgens dit criterium bevindt deze zich daar waar ‘mede gezien de in de Nederlandse samenleving dienaangaande levende opvattingen, er in redelijkheid geen verschil van mening over kan bestaan dat het belang van een bepaalde vorm van dienstverlening door de overheid niet opweegt tegen het belang van particuliere dienstverleners om tegen zodanige concurrentie door de overheid te worden beschermd.’⁸⁷

Volgens het Artiestenbemiddelingsarrest moet dus, op basis van de in de Nederlandse samenleving dienaangaande levende opvattingen, nagegaan worden of er enig publiek belang is bij het optreden van de overheid als marktpartij. Als dat er *niet* is en de overheid heeft een voorsprong (ontstaan uit activiteiten waarvoor wel een publieke taak basis is), dan is er voor overheidsop treden in de markt geen plaats en handelt de overheid onrechtmatig jegens een commerciële partij op die markt als ze dat wel doet, zoals de Rechtbank Zutphen bepaalde in de zaak tussen de (publieke) Veluwe Nutsbedrijven (VNB) en de Vereniging van commerciële installatiebedrijven (VNI).

VNB, distributeur van energie, zag kansen in de regionale markt voor installatiewerk. VNI kwam daartegen in verweer, stellende dat VNB niets op die markt te zoeken had. De Rechtbank overweegt dienaangaande: ‘Dat — mede gezien de thans in de Nederlandse samenleving heersende opvattingen welke mede zijn gevormd door de ontwikkelingen van het mededingingsrecht in het kader van het EG-Verdrag — er in redelijkheid geen verschil van mening meer over kan bestaan, dat het belang van het energiedistributiebedrijf VNB om een relevant marktaandeel in de regionale installatiemarkt te verwerven en daartoe met gebruikmaking van haar voorsprong als voormeld nevenactiviteiten te ontplooiën concurrerend met activiteiten welke particuliere ondernemingen op de installatiemarkt

⁸⁷ Deze norm is thans vervat in artikel 3:4 lid 2 Awb en strekt ertoe, zo volgt uit de wetsgeschiedenis, ‘het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in hoofdzaak te codificeren’.

plegen uit te voeren, minder zwaar weegt dan het belang van VNI c.s. om daartegen beschermd te worden, tenzij VNB voor die activiteiten een rechtvaardiging vindt in het dienen van een bijzondere taak van publiek belang en de wijze van concurrentie met gebruikmaking van die voorsprong ook geëigend is tot de vervulling van een bijzondere taak.⁸⁸

De activiteiten van VNB ten opzichte van VIB waren dus onrechtmatig omdat VNB haar voorsprong, die ontstond uit hoofde van haar publieke taak in die markt, op een andere markt benutte. De toetsing uit het Artiestenbemiddelingsarrest, ook al is deze marginaal, valt dan dus *altijd* in het voordeel uit van de commerciële marktpartij.

Verkeersinformatiedienst/de Staat

Dit was ook de lijn die de rechter koos in de zaak Verkeersinformatiedienst/de Staat. Daar oordeelde de Rechtbank Den Haag dat de Staat (het Ministerie van Verkeer en Waterstaat) onzorgvuldig handelde door zelf de distributie van verkeersinformatie ter hand te nemen, terwijl ze er juist voor gekozen had om dit over te laten aan marktpartijen (en ter zake ook overeenkomsten had gesloten, waaronder met eiseres, de Verkeersinformatiedienst).⁸⁹ Deze bewuste keuze brengt met zich mee, aldus de Rechtbank, dat hierop slechts kan worden terug gekomen als de marktpartijen niet meer in staat zijn tot vormgeving van de distributie te komen die de overheid voor ogen staat. De belangen van de marktpartijen – de Verkeersinformatiedienst had fors geïnvesteerd om de markt van verkeersinformatiegebruikers te betreden – moeten dan prevaleren.

Helaas volstaat het vonnis met de constatering dat het handelen van de Staat onzorgvuldig is, zonder specifiek duidelijk te maken of dit onzorgvuldige nu zit in de niet nakoming van de overeenkomst of het toetreden tot de markt waarin de Verkeersinformatiedienst ook actief is. Wat ook een rol gespeeld zal hebben is het plotselinge karakter van de koerswijziging en de afwezigheid van overleg. De aanwezigheid van een contractuele relatie en de gewekte verwachtingen, leidt ertoe dat het handelen onzorgvuldig is. Daarmee komt de Rechtbank niet toe aan de mededingingsvraag of de beslissing markactiviteiten te gaan verrichten onrechtmatig is.

Easystart

In de Easystart-zaak kregen de Kamers van Koophandel het aan de stok met een aanbieder van software voor starters. Deze beriep zich op artikel 30 van de wet op de Kamers van Koophandel en Fabrieken 1997 (Wet KvK) die bepaalt dat de Kamers ervoor moeten zorgen dat hun werkzaamheden niet leiden tot het verhinderen, beperken of vervalsen van de mededinging tussen ondernemingen of vrije beroepsbeoefenaren. Dit luistert vrij nauw, aldus de Rechtbank Den Haag in 2009.⁹⁰

Easystart exploiteert sinds 2000 software waarmee startende ondernemers een ondernemingsplan kunnen opstellen. De Kamers van koophandel bieden eveneens een *tool* aan waarmee een ondernemingsplan te schrijven is. Easystart stelt de Kamers aansprakelijk voor onrechtmatig handelen, meer in het bijzonder het in strijd met artikel 30 aanbieden van een software programma voor het maken van ondernemingsplannen.

Ter zake overweegt de Rechtbank: 'Kamers (...) mogen geen werkzaamheden verrichten die leiden tot mededinging met ondernemers die uit een oogpunt van goede marktwerking onwenselijk is. Dit betekent dat Kamers een bepaalde taak kunnen (blijven) vervullen zolang er in de markt geen gelijkwaardige dienstverlening bestaat. De goede marktwerking komt in het geding als Kamers een dienst aanbieden die in voldoende mate door het bedrijfsleven wordt verricht. (...) Blijkens de geciteerde toelichting op artikel 30 wet KvK⁹¹ dient het criterium van de mededinging die ongewenst is voor een goede marktwerking als volgt te worden uitgelegd: de activiteit dient door de Kamers van Koophandel te worden gestaakt als op de markt gelijkwaardige dienstverlening bestaat, die voldoende

⁸⁸ Rechtbank Zutphen, 19 februari 1994, Computerrecht 1995/1, p. 24 (VNI/VNB).

⁸⁹ Rechtbank Den Haag, 4 augustus 2003, LJN AI0852.

⁹⁰ Rechtbank Den Haag, 16 september 2009, LJN BK7313.

⁹¹ Kamerstukken II, 1996-1997, 25 029, nr. 3, blz. 22.

door het bedrijfsleven wordt aangeboden. (...) [Daarbij] is voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid van de producten niet van belang dat de Kamers van Koophandel met het ter beschikking stellen van het KvK ondernemingspakket belangrijke maatschappelijke doelstellingen nastreven. De wetgever heeft een keuze gemaakt tegen marktverstoring, op grond van een eigen opvatting over het maatschappelijk nut. Daaraan zijn de Kamers gebonden.'

Vervolgens komt de Rechtbank tot de feitelijke vaststelling dat het KvK ondernemingsplan de marktwerking op de markt voor software voor ondernemingsplannen verstoort, doordat het een grote aantrekkingskracht in de markt heeft en dientengevolge minder ruimte laat voor andere aanbieders waaronder, doch niet uitsluitend, Easystart. Derhalve leidt het aanbieden van dit plan tot mededinging met ondernemingen die vanuit een oogpunt van goede marktwerking ongewenst is, en handelen de Kamers in strijd met artikel 30 wet KvK.⁹²

Ook in een drietal zeer recente zaken kwam dit punt aan de orde: te weten, ik noem ze maar zo, de NWB-zaak, de Postcode-zaak en de KLIC-viewer zaak. Gezien de grote relevantie van deze zaken voor deze studie, behandel ik ze uitgebreid.

NWB-zaak

Rijkswaterstaat (onderdeel van het ministerie van Infrastructuur & Milieu) houdt en beheert (samen met andere publieke organisaties) het Nationale WegenBestand (NWB). Dit is een landelijk dekkend digitaal geografisch bestand waarin nagenoeg alle wegen in Nederland zijn opgenomen en waarbij geo-informatieminnend Nederland zijn vingers aflijkt. Falkplan-Andes (Falkplan) drijft een onderneming op het gebied van geografische data, routeplanning en *travel information services*. Falkplan heeft een *eigen* wegenbestand opgebouwd op basis waarvan het diensten voor professionele en publieke toepassingen binnen diverse sectoren ontwikkelt. Het NWB concurreert met de producten van Falkplan. Waar het ministerie van Infrastructuur & Milieu in 2008 nog terugkwam op de beslissing het nationaal Wegenbestand (NWB) ongeclausuleerd vrij te geven voor hergebruik - nadat Falkplan zich daartegen had gekeerd, werd het NWB slechts openbaar gemaakt, doch hergebruik niet toegestaan – bleek de wind drie jaar later geheel gedraaid. In juli 2011 gaf het Ministerie Falkplan te kennen dat het 'gezien een beoogde wijziging van het beleid en met name Markt & Overheid (...) allerminst valt uit te sluiten dat op een toekomstig hergebruikverzoek inzake de NWB door de minister positief zal worden beslist'. Natuurlijk lieten de verzoeken daartoe niet lang op zich wachten en op 14 december 2011 stonden partijen dan ook voor de voorzieningenrechter in Den Bosch.⁹³

In antwoord op de verbodsactie (verzoek tot schorsing van het besluit tot het toestaan van hergebruik van het NWB) stelt de rechter allereerst vast dat Falkplan geen spoedeisend belang heeft, tenzij evident duidelijk is dat het standpunt van het Ministerie onjuist is. Met deze maatstaf in het achterhoofd gaat hij vervolgens over tot beoordeling van het verzoek van Falkplan.

Na de vaststelling dat het om Wob-informatie gaat (bestuurlijk, verzameld in het kader van de publieke taak, berustend bij het Ministerie) constateert de rechter dat het Ministerie het NWB ook reeds openbaar heeft gemaakt, zodat niet valt in te zien waarom hergebruik niet toegestaan zou zijn. In wezen wordt hiermee het afwegingsproces dat gevolgd moet worden bij de beoordeling van een verzoek om openbaarheid gelijkgeschakeld met een verzoek om hergebruik. Heeft men eenmaal besloten dat informatie openbaar is – en is de informatie vrij van IE-rechten van derden – dan is het besluit waarin hergebruik wordt toegestaan in feite een gebonden beschikking.

⁹² De uitspraak van het Hof Den Haag op het door de Kamers ingestelde appel wordt op korte termijn verwacht.

⁹³ Voorzieningenrechter Rechtbank Den Bosch, 14 december 2011, LJN BU8010.

Ter zake de vraag hoe nu het besluit mededingingstechnisch te kwalificeren, voert het Ministerie aan dat het toestaan van hergebruik van het NWB helemaal geen economische activiteit is. De voorzieningenrechter maakt zich er helaas wat makkelijk vanaf: 'de beantwoording van de vraag of het toestaan van hergebruik van het NWB al dan niet een economische activiteit is waarop de Aanwijzingen, de Besluiten en de toekomstige Wet Markt en Overheid van toepassing zijn, leent zich, gelet op de complexiteit hiervan, niet voor een procedure als de onderhavige.' Niettemin wijdt de rechter toch nog een overweging ten overvloede aan de mogelijkheid dat het toestaan van hergebruik *wel* als economische activiteit gezien moet worden:

'Voor zover al met verzoekster moet worden aangenomen dat het toestaan van hergebruik van het NWB als een economische activiteit moet worden aangemerkt waarop de toekomstige Wet Markt en Overheid van toepassing is, stelt de voorzieningenrechter vast dat artikel 25i, tweede lid, onder b, van die wet voorziet in een uitzondering op de in artikel 25i, eerste lid, van die wet neergelegde hoofdregel dat een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht de integrale kosten daarvan aan afnemers in rekening dient te brengen. Volgens eerstgenoemde bepaling geldt de hoofdregel niet indien – kort gezegd – de economische activiteiten inhouden het verstrekken van gegevens die het bestuursorgaan heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden. Aangezien, zoals hiervoor reeds is overwogen, verweerder de informatie zoals neergelegd in het NWB heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publieke taak, lijkt de uitzondering hier van toepassing en bestaat voor verweerder niet de verplichting de integrale kosten voor hergebruik van het NWB bij afnemers in rekening te brengen.'

Men kan natuurlijk ook redeneren dat de rechter het argument zeker niet naar de prullenbak verwijst. Uiteraard is dit wel een zeer principiële kwestie die bij Open Data speelt. Immers, kan men inmiddels niet spreken van een publieke taak tot openstelling van overheidsinformatie voor hergebruik? Er ligt Europese regelgeving die weliswaar niet verplicht tot hergebruik, maar de Nederlandse wetgever heeft deze dusdanig geïmplementeerd dat een recht van toegang ook een recht op hergebruik impliceert (tenzij IE-rechten van derden zich hiertegen verzetten). Bovendien hebben ministers, waaronder die van I&M (datahouder) en BZK (beleidsmaker), het Open Data gedachtegoed omarmd en sluit het voorstel voor de nieuwe Wob hier naadloos op aan (net als het voorstel voor de nieuwe Richtlijn Hergebruik). Laten we hopen dat deze kwestie beantwoord wordt in de bodemprocedure die Falkplan inmiddels is gestart, dan is dat ook maar duidelijk.

Postcode-zaak

Precies een week later, op 21 december 2011, wordt de Rechtbank Den Haag gevraagd zich te buigen over het (reeds langlopende) geschil tussen PostNL BV (PostNL) en de Staat, meer in het bijzonder (wederom) het Ministerie van Infrastructuur en Milieu (het Ministerie).⁹⁴

Wat was er aan de hand? In de jaren zeventig van de vorige eeuw kreeg Nederland een postcodesysteem. Het beheer van dat systeem is thans in handen van PostNL, die voor de toekenning van postcodes afhankelijk is van informatie over woonplaatsen en straatnamen die gemeentes toekennen. Deze samenwerking is sinds jaren geregeld in een 'postcode convenant' tussen de Staat, VNG en PostNL. Een van de afspraken in dat convenant is dat de overheid geen postcodegegevens doorlevert die commercieel worden gebruikt. Nu is in 2009 de Wet Basisregistraties adressen en gebouwen (Wet BAG) in werking getreden, en doel van die wet is de overheidsdienstverlening te verbeteren door belangrijke gegevens over adressen en gebouwen te delen, niet alleen binnen de overheid, maar ook daarbuiten. Daarom bepaalt artikel 32 Wet BAG dat de overheid de gegevens in de BAG grootschalig mag verstrekken aan eenieder. De postcodes maken onderdeel uit van de gegevensset in de BAG. De onderhandelingen over herziening van het convenant lopen vast, waarop de Staat deze opzegt, waarop PostNL naar de rechter stapt.

⁹⁴ Rechtbank Den Haag, 21 december 2011, LJN BU9147, zie ook de noot van M.M.M. van Eechoud onder deze uitspraak in Mediaforum 2012-4, pp. 4-7.

PostNL verwijst daarbij naar de eerder genoemde uit 1998 daterende ‘Aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst (hierna: de Aanwijzingen), meer in het bijzonder aanwijzing 4 en 16.⁹⁵ Deze houden, geparafraseerd, in dat marktactiviteiten door de overheid slechts mogen worden verricht indien zulks is opgedragen bij of krachtens de wet of voortvloeit uit internationale verplichtingen, respectievelijk dat de aan het verrichten van marktactiviteiten redelijkerwijs toe te rekenen kosten volledig worden doorberekend in de prijzen die feitelijk in rekening worden gebracht, voor de in verband met het verrichten van die marktactiviteiten geleverde goederen of diensten. In antwoord daarop vat de Rechtbank in r.o. 4.7 allereerst de lijn in de jurisprudentie nog even samen.

‘Volgens vaste rechtspraak is bij het ontbreken van wettelijke beperkingen het een vraag van overheidsbeleid of de Staat tot verlening van bepaalde diensten mag overgaan op gebieden waar dergelijke diensten ook door ondernemingen bedrijfsmatig worden verleend en vindt de beleidsvrijheid van de Staat op dit stuk daar haar grens waar – mede gezien de in de Nederlandse samenleving dienaangaande levende opvattingen – er in redelijkheid geen verschil van mening over kan bestaan dat het belang van een bepaalde vorm van dienstverlening door de overheid niet opweegt tegen het belang van particuliere dienstverleners om tegen zodanige concurrentie door de overheid te worden beschermd. Deze norm is thans vervat in artikel 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en strekt ertoe, zo volgt uit de wetsgeschiedenis, ‘het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in hoofdzaak te codificeren’, terwijl hieruit, zo oordeelde de Hoge Raad⁹⁶, tevens blijkt dat de wetgever met bedoelde codificatie niet de rechterlijke toetsing van overheidshandelen beoogde te intensiveren ten opzichte van de rechtspraak zoals die zich had ontwikkeld. Uitgangspunt is dan ook dat nadelige gevolgen van handelen van de Staat als hier aan de orde eerst dan als niet evenredig in de zin van artikel 3:4 lid 2 Awb kunnen worden aangemerkt, indien de Staat in redelijkheid niet heeft kunnen menen dat evenredigheid tussen die nadelige gevolgen en het met dat handelen nagestreefde doel bestaat. De rechtbank stelt deze maatstaf op één lijn met de vraag of de Staat in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die hem in het maatschappelijke verkeer betaamt.’

Dan stelt de Rechtbank vast dat er wel vrijheid van handelen moet bestaan. Als de overheid simpelweg op basis van een wettelijk voorschrift een marktactiviteit verricht, dan bestaat geen discretionaire bevoegdheid en is het simpelweg uitvoeren geblazen. In een dergelijk geval zal geen sprake kunnen zijn van oneerlijke mededinging, althans waar het de beslissing betreft deze uit te voeren, aldus de Rechtbank in r.o 4.9:

‘Anders dan PostNL betoogt, biedt de Wet BAG in artikel 32, dat onder meer het Kadaster verplicht op een daartoe strekkend verzoek van ‘eenieder’ de in de BAG opgenomen gegevens, waaronder de in artikel 21 lid 2 onder a Wet BAG als niet-authentiek gegeven genoemde postcode, te verstrekken, een wettelijke basis voor het verrichten van marktactiviteiten van de Staat. Het gaat hier om een verplichting die is neergelegd in een wet in formele zin. De toetsing daarvan is, behalve wanneer sprake is van strijd met hogere regelgeving, in beginsel aan de rechter onttrokken. Het voldoen aan de in artikel 32 Wet BAG neergelegde verplichting om gegevens te verstrekken kan dan ook niet als zodanig wegens strijd met de Aanwijzingen onrechtmatig worden geacht, terwijl van overtreding van Aanwijzing 4, gelet op de wettelijke grondslag van de verstrekking van gegevens, hoe dan ook geen sprake is.’

Daar waar er vrijheid is, is dus ruimte voor toepassing van het criterium uit het Artiestenbemiddelingsarrest, waar dus plaats is om de in de Nederlandse samenleving dienaangaande levende opvattingen mee te nemen. De Rechtbank grijpt daarbij het nieuwe artikel

⁹⁵ Overigens kunnen strikt genomen derden geen rechten ontleen aan deze Aanwijzingen: zij hebben alleen een interne werking.

⁹⁶ HR 21 maart 2003, LJN AF2293, NJ 2004, 60.

25i lid 2 Mw en, het Open Data gedachtegoed, met beide handen aan om deze (deels) anticiperend toe te passen.

De Staat heeft zich hierop [artikel 25i Mw] beroepen en anticiperende toepassing van de wijzigingswet bepleit, omdat het naar haar mening de meest recente normatieve inzichten verwoordt inzake economisch optreden van overheden, en veel actueler is dan de Aanwijzingen van 1998. Anders dan bij de Aanwijzingen kon de wetgever bij de wijzigingswet bijvoorbeeld rekening houden met recente Europese ontwikkelingen, zoals de verplichtingen voortvloeiend uit de Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie (hierna: richtlijn Hergebruik), aldus de Staat. De rechtbank zal zowel de Aanwijzingen als de wijzigingswet in haar beoordeling betrekken, nu de wijzigingswet in ieder geval de actuele in de Nederlandse samenleving levende opvattingen over overheidsoptreden aanreikt, terwijl die regeling spoort met de Europese normen uit de richtlijn Hergebruik. (...) Het eerste lid van artikel 25i bepaalt – evenals Aanwijzing 16 – dat de Staat voor het verrichten van economische activiteiten aan de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening brengt. Het tweede lid onder b voorziet evenwel in een uitzondering indien de economische activiteiten inhouden het verstrekken van gegevens die de overheid heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden of het verstrekken van gegevensbestanden die uit de genoemde gegevens zijn samengesteld.

De Rechtbank oordeelt dus dat de uitzondering op de hoofdregel van integrale kostenberekening hier van toepassing is, zodat er volop ruimte is slechts de verstrekingskosten (of minder) in rekening te brengen.

Ik permitteer me nog twee persoonlijke observaties in deze zaak.

Het gaat hier om een – naar het rechtsgevoel – dataset die tot het publieke domein behoort en monopolisering door een private partij (die nu eenmaal rechthebbende geworden is door privatisering) en niet door noeste arbeid. De Rechtbank gaat dan ook op geen enkele wijze mee – hier en daar toch wel wat kort door de bocht – in het betoog van PostNL dat zij houder was van de databankrechten op de postcodes. Immers, in dat geval was het bouwwerkje ingestort: de aanwezigheid van intellectuele rechten doet de hergebruikregeling wijken, waardoor de data wellicht wel openbaar zouden zijn, maar niet ‘herbruikbaar’ in de zin van het hergebruikregime. Aan artikel 25 lid 2 Mw komen we dan niet toe. Overigens had de Rechtbank op andere gronden wellicht nog kunnen concluderen dat (überhaupt) geen databankenrecht bestaat, nu het bestand al sinds de jaren '70 van de vorige eeuw bestaat en de Databankenwet slechts een beperkte terugwerkende kracht heeft.⁹⁷

In de tweede plaats hebben we het hier niet over een activiteit die zich in de periferie van de publieke taak afspeelt. Het scheppen van basisregistraties, waar de BAG een fundamenteel onderdeel vanuit maakt, inclusief het stelsel van postcodes, bevindt zich in het hart van de publieke taak en de vormgeving en het gebruik van deze basisregistraties is inmiddels dan ook formeel wettelijk geregeld. Dat het gebruik van het dataveld ‘postcodes’ op basis van een, in deze tijd vreemd aandoend, convenant uit een ver verleden in feite voorbehouden is aan een marktpartij, is moeilijk voor te stellen.

KLIC-viewer

Maar dat het ook nog eens heel anders kan uitpakken moge blijken uit de zeer recente KLIC-viewer zaak waar het Kadaster het aan de stok kreeg met HLA, een softwareontwikkelaar.

Sinds 2008 is het Kadaster op grond van de Wet informatievoorziening ondergrondse netten (WION) verantwoordelijk geworden voor de informatie-uitwisseling tussen grondroerders (bedrijven die graafwerkzaamheden verrichten) en netbeheerders van ondergrondse netten. Daarvoor gebruikt het Kadaster het systeem KLIC-online, dat het berichtenverkeer tussen grondroerders en netbeheerders

⁹⁷ Zie noot M.M.M. van Eechoud onder het Postcode vonnis, Mediaforum 2012-4, pp. 6-7.

geheel elektronisch afhandelt, waarbij de gebundelde levering door het Kadaster via een *downloadservice* beschikbaar wordt gesteld aan de grondroerder, zodat deze precies weet welke kabels en leidingen op de graaflocatie aanwezig zijn. Mede vanwege de grote omvang zijn deze bestanden niet goed op de werklocatie te gebruiken. HLA is al jaren actief in de markt voor geografische software. Het heeft onder meer het geografisch computerprogramma CableGuard ontwikkeld, waarmee de data van het Kadaster gemakkelijk kunnen worden geraadpleegd op onder meer laptops en mobiele telefoons. In 2008 besluit het Kadaster KLIC-viewer te ontwikkelen, een product dat concurreert met CableGuard. Voor de, onderhandse, aanbestedingsprocedure wordt HLA niet uitgenodigd. De KLIC-viewer is inmiddels gratis beschikbaar.

HLA claimt dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld. De Rechtbank oordeelt evenwel dat het (laten) ontwikkelen van de KLIC-viewer ertoe leidt dat 'op een verbeterde wijze kennis kan worden verkregen van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen, waarmee het valt binnen een van de wettelijke taak van het Kadaster, te weten het bevorderen van de kenbaarheid van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen (artikel 3 lid 1 sub h van de Kadasterwet). Ook het gratis aanbieden van de KLIC-viewer valt, volgens de Rechtbank, binnen de wettelijke taakopdracht van onderdeel h van artikel 3 lid 1 van de Kadasterwet, nu door het kosteloos aanbieden van de applicatie immers geen financieel beletsel bestaat om kennis te verkrijgen van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen.

De Rechtbank overweegt vervolgens dat, nu het Kadaster binnen zijn wettelijke taakopdracht is gebleven, het niet in strijd kan handelen met de gedragsregels Markt & Overheid, aangezien deze alleen van toepassing zijn bij het verrichten van marktactiviteiten. Hier komt bij, aldus de Rechtbank, dat de wet waarin de betreffende gedragsregels zijn vastgelegd nog niet in werking is getreden, en dat in die wet is bepaald dat de door HLA genoemde verplichting tot doorberekening van kosten aan de afnemer gedurende twee jaar na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet niet geldt voor economische activiteiten die ook voor dat tijdstip werden verricht. Kortom, geen spoor van oneerlijke concurrentie.

Niettemin, het KLIC-muisje had voor het Kadaster nog wel een staartje. De Rechtbank komt namelijk uiteindelijk tot de slotsom dat het Kadaster *wel* onrechtmatig gehandeld had door HLA geen kans te gunnen in de aanbesteding. Immers, CableGuard lag op de plank en daarom had het zeer voor de hand gelegen (ook) HLA te vragen een aanbieding te doen. Reden genoeg, aldus de Rechtbank, om het Kadaster te veroordelen een bedrag van 10 miljoen euro (!), gebaseerd op gedeerde verwachte omzet en winst, aan HLA te betalen, uitvoerbaar bij voorraad. Hoger beroep, door het Kadaster, ligt overigens in de lijn der verwachtingen.⁹⁸

6.4 Afsluitende opmerkingen

De lijn in de jurisprudentie

Kijkend naar de (nieuwe) regelgeving en de jurisprudentie, welke lijn is nu waarneembaar?

1. De hoofdregel is en blijft dat marktoptreden door de overheid in beginsel is toegestaan, ook al ontbreekt een wettelijke basis. Dit optreden wordt onrechtmatig als de afweging tussen de belangen van de overheid en die van de particuliere ondernemers tot de conclusie leidt dat de

⁹⁸ De NRC van 5 januari 2012 meldt ter zake: (...) 'Een woordvoerder van het Kadaster laat weten het "onbegrijpelijk te vinden dat op basis van veronderstelde omzetsderving een dergelijk schadebedrag is toegekend". Volgens de woordvoerder werden bij de onderhandse aanbesteding naast HLA wel meer partijen niet uitgenodigd. "Uit de ingekomen offertes is een evaluatie gemaakt op basis van beste prijs-kwaliteitverhouding." Dat HLA de software voor 50.000 euro kon aanbieden, was volgens de woordvoerder niet bij het Kadaster bekend.' <<http://www.nrc.nl/nieuws/2012/01/05/kadaster-moet-bedrijf-tien-miljoen-betalen/>>

gevolgen voor de particuliere ondernemers zo bezwaarlijk zijn dat deze voor hen onevenredig belastend zijn (Artiestenbemiddelings arrest).

2. Voor vaststelling *of* sprake is van een economische activiteit door de overheid – de aan/uitknop voor de toepasselijkheid van markt en overheid regels – moet aansluiting gezocht worden bij de relevante Europees rechtelijke begrippen ‘markt’ en ‘onderneming’ en de interpretatie daarvan door de Europese rechter. Het vrijgeven voor hergebruik wordt door rechters meestal wel als economische activiteit gezien (onder meer in de Verkeersdients-zaak, de Postcode-zaak en, wat wiffelend, in de NWB-zaak).
3. Als er een formeel wettelijke publiekrechtelijke plicht bestaat tot dit economisch handelen, dan kan dit handelen niet onrechtmatig zijn en zal dit bovendien aan rechterlijke toetsing onttrokken zijn, tenzij het in strijd komt met Europees recht of internationale verdragen. Naarmate men het actief openstellen van data voor hergebruik dus als een publiekrechtelijke verplichting zal gaan zien (gebaseerd op de Hergebruik Richtlijn, dan wel de nieuwe Wob), zal een rechter eerder geneigd zijn te oordelen dat er voor de overheid geen afweging bestaat en dit handelen niet onrechtmatig kan zijn.
4. Ook al zou het openstellen voor hergebruik een economische activiteit zijn, dan nog zal door de toepasselijkheid van artikel 25i lid 2 Mw de beschikbaarstelling voor hergebruik tegen verstrekkingkosten (of minder), bijna nooit oneerlijke concurrentie opleveren. Dit kan overigens anders zijn als er contractuele relaties zijn tussen de overheid en de marktpartij (Verkeersdienst) of als er anderszins gerechtvaardigde verwachtingen door de overheid gewekt zijn bij marktpartijen.
5. Uiteraard moet het oogmerk van de overheid zuiver zijn: het algemene belang is gediend met het (bijna) voor niets open stellen van haar data voor hergebruik met het oog op efficiëntie en sociaal-maatschappelijke baten die daarmee ontstaan. Het zou anders zijn als het oogmerk van de prijsverlaging ingegeven zou zijn door het streven marktpartijen te confronteren met goedkopere concurrerende diensten (zodat zij moeten meezakken in prijs waardoor hun marges afnemen of zelfs verdwijnen).

Een (in Nederland) fictief voorbeeld: een overheid verkoopt zijn ruwe data, laten we zeggen alle rechterlijke uitspraken, aan marktpartijen (juridische uitgevers), die waarde toevoegen en deze in de benedenstroom markt verkopen (advocatenkantoren). De overheid besluit vervolgens zelf ook geselecteerde en geannoteerde uitspraken uit te geven om deze te slijten aan advocatenkantoren. De overheid introduceert dit product voor een prijs die gelijk is aan de verstrekkingkosten (een prijs die aanzienlijk lager is dan die van commerciële private uitgevers). Dit noopt de (andere) marktpartijen zich uit de benedenstroom markt terug te trekken en daarmee ook uit de bovenstroom markt. De overheid, ontdaan van lastige concurrenten, verhoogt vervolgens zijn prijzen in de benedenstroom markt. In dit voorbeeld wordt dus de prijsverlaging niet ingegeven door nobele motieven (zoals Open Data) maar heeft het tot doel concurrenten te elimineren, om *vervolgens* de prijs weer te verhogen. Deze beweging kan uiteraard nog versterkt worden als de overheid in de bovenstroom markt (voor de ruwe data) haar prijzen sterk verhoogt waardoor het mes letterlijk aan twee kanten snijdt: de concurrentie ziet zich geconfronteerd met hogere inkoopkosten (in de bovenstroom markt) en lagere inkomsten (in de benedenstroom markt). Op dat soort gedrag (verdringingsconcurrentie) blijft artikel 24 Mw (en 102 EG) aangaande het verbod van misbruik van een economische machtspositie dan ook onverkort van toepassing.⁹⁹

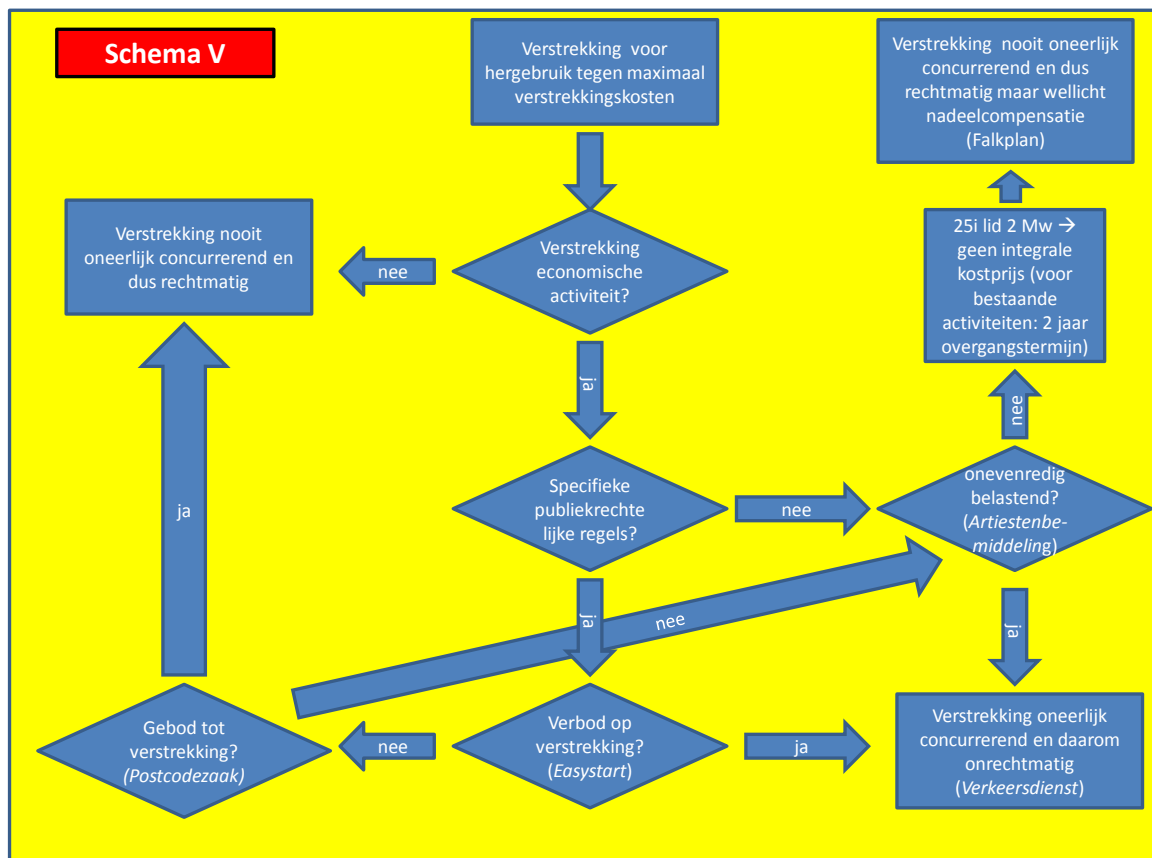
⁹⁹ HvJEG 3 juli 1991, *AKZO Chemie t. Commissie*, C-62/86, Jur. 1991, p. I-3359, r.o.71–72; HvJEG 14 november 1996, *Tetra Pak II*, C-333/94P, Jur. 1996, p. 1–5951, r.o. 41.

6. Ook al is het oogmerk van de (bijna) gratis verstrekking voor hergebruik geheel zuiver en in lijn met het Open Data gedachtegoed, dan nog zou men in enkele gevallen kunnen betogen dat het handelen van de overheid weliswaar niet onrechtmatig is, maar dat het niet vergoeden van het geleden nadeel dat wel is. Deze aansprakelijkheid voor rechtmatig overheidshandelen kan gebaseerd worden op artikel 3:1 lid 2 Awb jo. 3:4 lid 2 Awb jo. artikel 3:14 BW. Aansprakelijkheid voor dergelijk *rechtmatig* overheidshandelen is overigens beperkt tot een billijke vergoeding, die redelijkerwijs niet ten laste van de benadeelde hoort te komen (in de Falkplan-zaak is dit aanbod tot nadeelcompensatie ook door het Ministerie gedaan, doch tevergeefs).

De consequenties voor Open Data (houders)

Wat moet een bestuursorgaan met Open Data ambities dus doen om de kans te minimaliseren besprongen te worden door marktpartijen die claimen dat hen hierdoor onrechtmatige concurrentie wordt aangedaan? Onderstaand schema biedt een stappenplan waarmee deze risico's gesignaleerd en opgelost kunnen worden.

Illustratie 9: markt & overheid risico's schema



7 NAAR EEN BRUIKBARE OPLOSSING VOOR IN DE PRAKTIJK

7.1 Inleidende opmerkingen

Zoals we in het voorgaande hebben gezien, is het vrijgeven van data voor hergebruik niet zonder risico's, inclusief aansprakelijkheidsrisico's. Niettemin, goed beschouwd verschilt, juridisch gezien, het karakter en aansprakelijkheidskader van het doen aan Open Data niet van het passief of actief openbaar maken van bestuurlijke informatie zoals we dat al sinds jaar en dag doen. Het verschil zit hem in de volumes, de massa en de timing (maar deze elementen brengen, in deze context, *juridisch* niet echt veel nieuws). In feite haalt Open Data de beslissing van openbaar maken naar voren in de tijd: data worden vrijgegeven, tenzij er een hele goede reden is dat niet doen en die beslissing wordt dus principieel bij de aanmaak van de informatie genomen.

De aansprakelijkheidsrisico's moeten mijns inziens dan ook in deze kaders geplaatst worden. Dat betekent dat waar het risicocategorie 1 aangaat (data hadden nooit vrijgegeven mogen worden), de overheid vooral zal moeten opletten dat er geen datasets doorheen glippen die inbreuk maken op intellectuele rechten van derden of persoonsgegevens bevatten. Op zich dus niets nieuws onder de zon, maar het stelt de organisatie en de processen meer op de proef en vereist extra scherpheid en oplettendheid van de overheid bij de uitvoering.

Ook de casus voor aansprakelijkheid voor het vrijgeven van gebrekkige informatie (risicocategorie 2) verschilt niet van de huidige situatie, anders dan dat de volumes omhoog gaan en daardoor de kans op fouten toeneemt. Niettemin acht ik, als gezegd, de kans dat de overheid met succes grootscheeps aansprakelijk zal worden gesteld voor fouten relatief klein, waar dit over het algemeen toch zal stranden op een gebrek aan onrechtmatigheid en/of relativiteit. Daar waar toch aansprakelijkheid ontstaat zal deze volgens toerekeningsregels beperkt zijn, ook qua omvang. Het creëren van een basislaag van metadata en het hanteren van een *proclaimer* lijken mij maatregelen die de resterende aansprakelijkheidsrisico's toch grotendeels zullen adresseren.

Waar het de derde risicocategorie aangaat (gratis hergebruik levert onrechtmatige concurrentie op) lijken de risico's ook gering, zeker als we naar de recente lijn in de jurisprudentie kijken en het nieuwe wettelijke regime in ogenschouw nemen. Ook al is het openstellen voor hergebruik een economische activiteit, dan nog zal door de toepasselijkheid van artikel 25i lid 2 Mw de beschikbaarstelling voor hergebruik tegen verstrekingskosten (of minder), bijna nooit oneerlijke concurrentie opleveren. Dit kan overigens anders zijn als er contractuele relaties zijn tussen de overheid en de marktpartij of als er anderszins gerechtvaardigde verwachtingen door de overheid gewekt zijn bij marktpartijen. Verder is het denkbaar dat in specifieke gevallen aansprakelijkheid gebaseerd kan worden op *rechtmatig* overheidshandelen. Deze is overigens wel beperkt tot een billijke vergoeding, die redelijkerwijs niet ten laste van de benadeelde hoort te komen.

7.2 Aanzet tot een Open Data juridische test tool

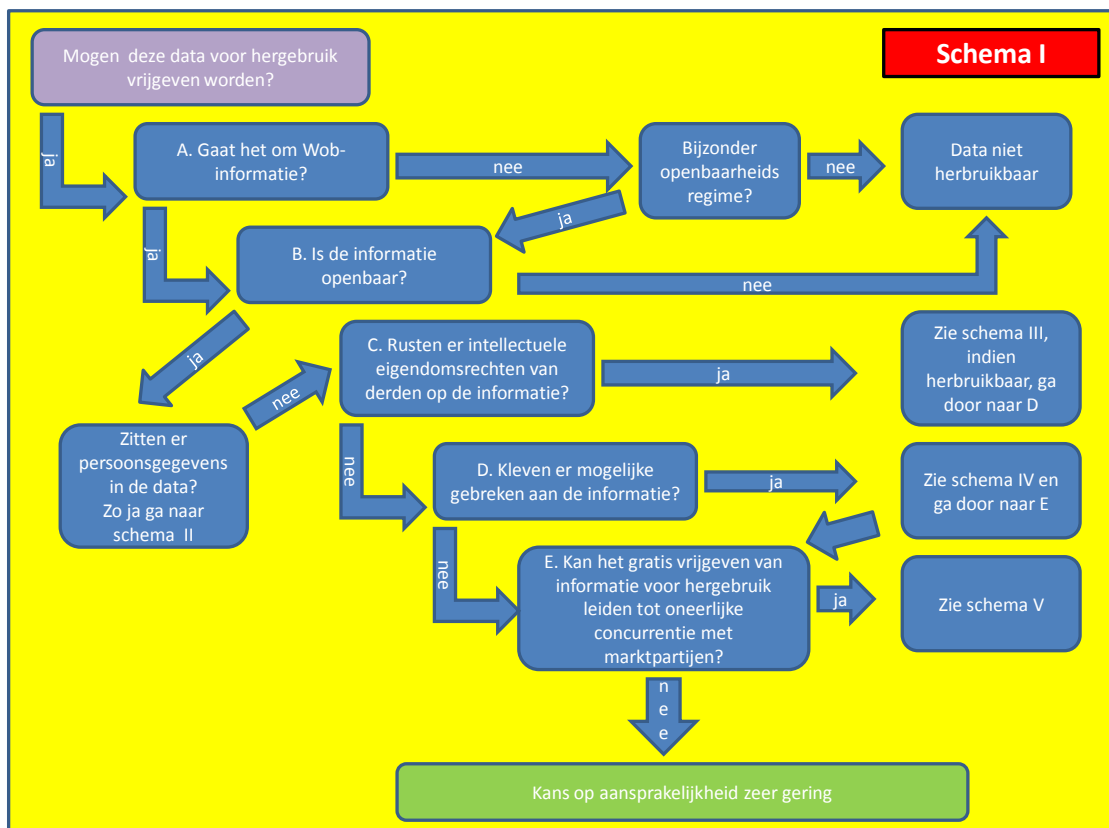
Dat neemt niet weg dat er natuurlijk altijd risico's, waaronder aansprakelijkheidsrisico's, zullen blijven bestaan. Een groot deel van de aansprakelijkheidsrisico's kunnen evenwel weggenomen worden door het scheppen van een helder uitvoeringskader en vervolgens deze uitvoering goed te organiseren.

In dat kader heeft het Forum verzocht een aanzet te geven tot een hulpmiddel dat waarmee overheden hun risico's kunnen inschatten en deze zo veel mogelijk kunnen beperken.

Hieronder geef ik een aanzet tot deze *on-line tool*. De *tool* integreert als het ware de beslissingsschema's die hiervoor zijn opgenomen en maakt er een geheel van. Mijn vermoeden is dat veruit de meeste aansprakelijkheidsvragen die bij overheden kunnen leven hiermee beantwoord kunnen worden. De tool bestaat, in zijn huidige (niet –interactieve) vorm uit 5 schema's, waarbij schema I het gehele afwegingskader weergeeft en verwijst naar de verschillende deelgebieden, die in de opvolgende schema's II-V zijn opgenomen. Als deze tool evenwel on-line beschikbaar wordt gesteld, dan ligt het voor de hand, niet deze vorm te kiezen, maar eerder een vorm die aan de hand van vragen de gebruiker menugestuurd door het proces neemt en daarmee omwegen vermijdt. Bovendien zullen dan 'informatielagen' ingebouwd kunnen worden, corresponderend met het kennisniveau en –behoefte van de gebruiker. Hierbij valt te denken aan knoppen die doorlinken naar toelichtingen en (voor de liefhebbers) naar wetsteksten en jurisprudentie.

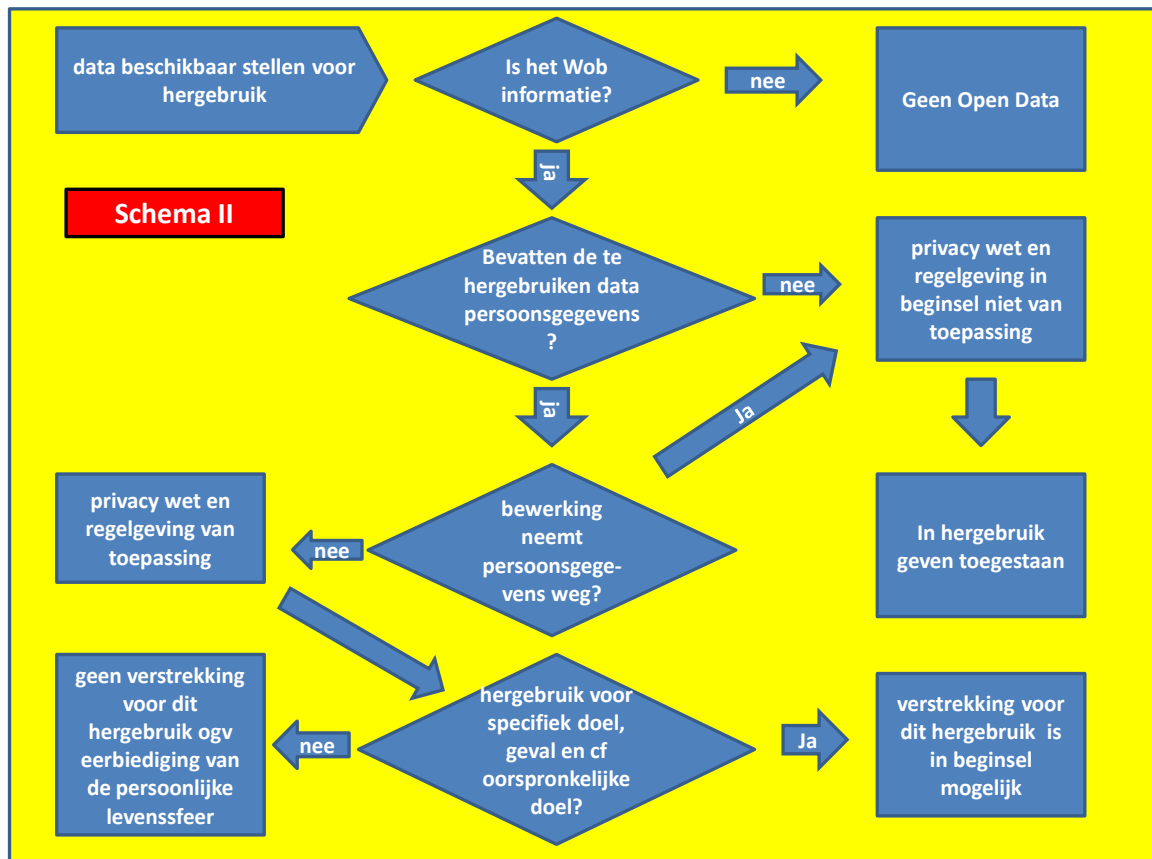
Bij het ontwerpen van deze tool heb ik overigens gedeeltelijk voortgeborduurd op het denkwerk dat de Universiteit van Delft reeds heeft gedaan. Deze heeft recent in opdracht van Rijkswaterstaat een prachtig beslisschema opgesteld, waarin gedetailleerd afwegingsproces en de praktische consequenties van openbaarmaking van overheidsinformatie geduid worden.¹⁰⁰

Schema I: het hoofdschema waarin alle aansprakelijkheidsrisico's geduid worden

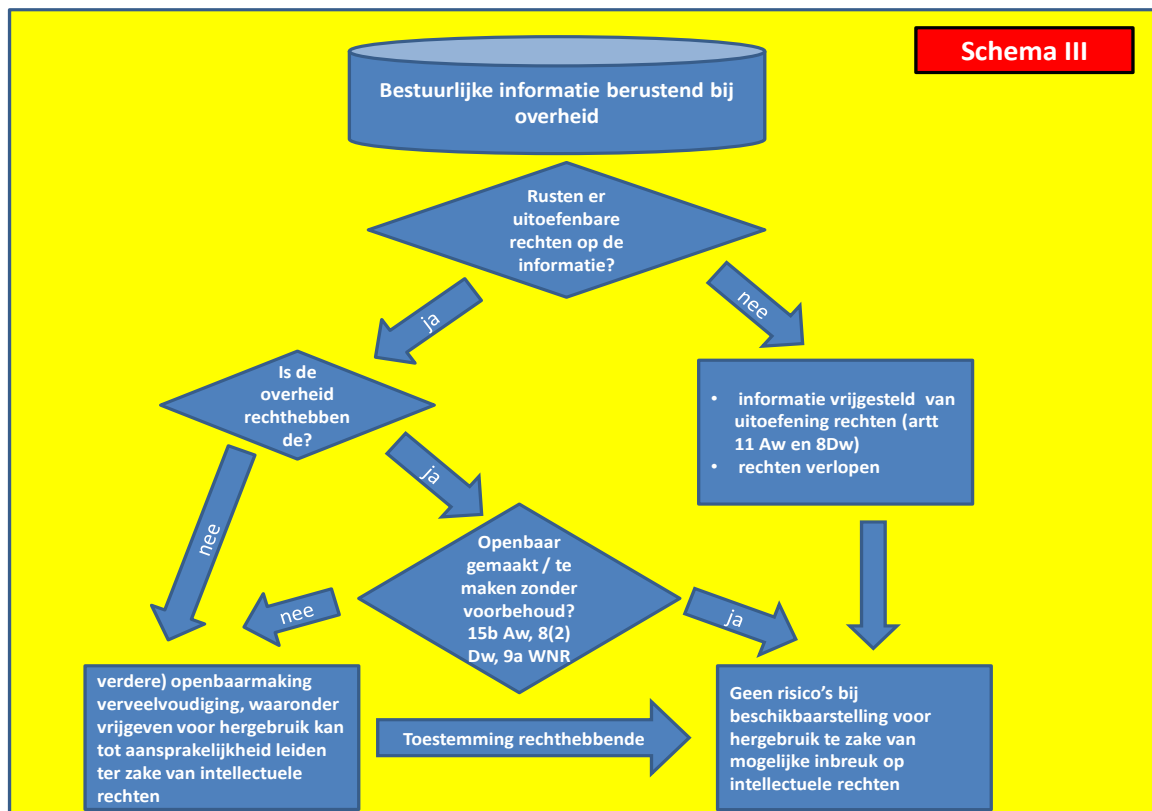


¹⁰⁰ TU Delft, *Beslisbomen RWS Data, handreiking bij het databeleid voor het omgaan met gegevens*, december 2011.

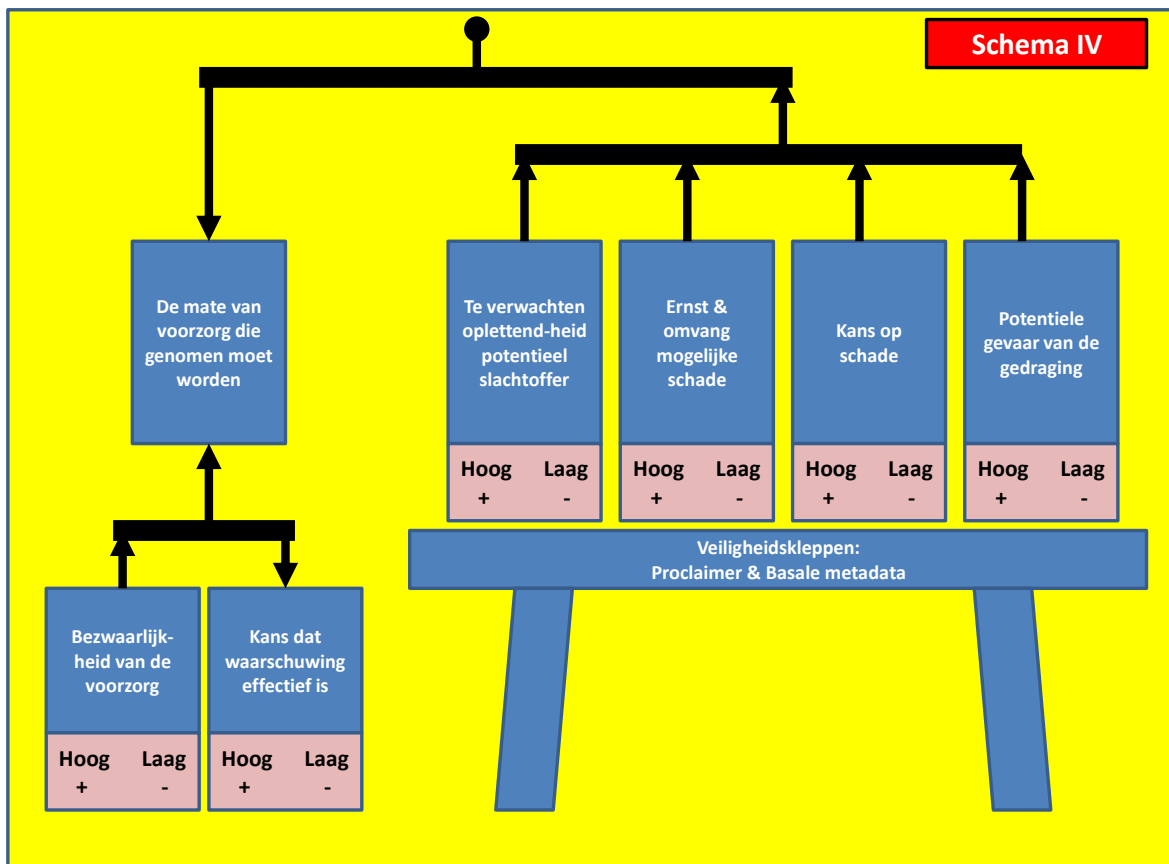
Schema II: beslisschema ter opsporing van persoonsgegevens



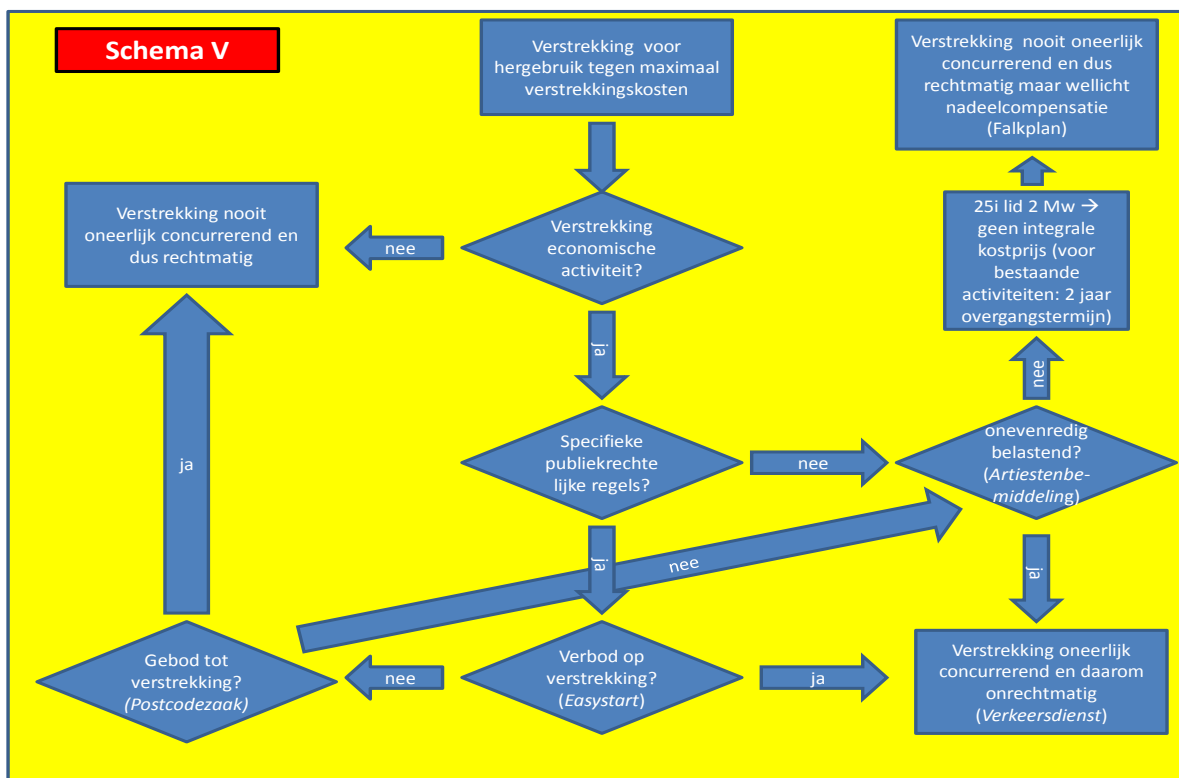
Schema III: beslisschema ter zake van mogelijke intellectuele rechten van derden



Schema IV: beslisschema ter zake van inschatting mogelijke risico's voor gebrekkige informatie



Schema V: beslisschema ter zake van mogelijke oneerlijke concurrentie



7.3 Afsluitende opmerkingen

Ik denk dat alle Open Data *stakeholders* zeer gebaat zouden zijn bij het opzetten van een *on-line tool* – bijvoorbeeld beschikbaar gesteld via data.overheid.nl – waarin ook te zijner tijd de andere juridische vraagstukken die rond Open data spelen en ‘zelfoplosbaar’ worden, eventueel aangevuld met een helpdesk-achtige faciliteit.

Men kan ook nog groter denken: het hulpmiddel zou ook andere vragen en praktische hulp kunnen bieden (modellen, templates, gratis software, standaard procedures etc.). Hieraan lijkt veel behoefte te bestaan, ook buiten Nederland. Mij lijkt hier een schone taak weggelegd voor het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, in nauwe samenwerking met andere betrokkenen, waaronder de Ministeries van Economische Zaken Landbouw & Innovatie en van Infrastructuur en Milieu, en uitvoerende organisaties, zoals het Forum.

CHRONOLOGISCH OVERZICHT VAN GECITEERDE RECHTSPRAAK

Europese Hof van Justitie

HvJ EG, 27 september 1988, *Humbel*, C-263/86
HvJ EG, 23 april 1991, *Höfner*, C-41/90
HvJ EG 3 juli 1991, *AKZO Chemie/Commissie*, C-62/86
HvJ EG, 7 december 1993, *Wirth*, C-109/9
HvJ EG 14 november 1996, *Tetra Pak II*, C-333/94P
HvJ EG, 12 juli 2001, *Smits/Peerbooms*, C-157/99
HvJ EG 9 november 2004, *British Horse Racing Board/William Hill*, C-203/02
HvJ EG, prejudiciële vragen nog niet beantwoord, Conclusie van AG al wel gepubliceerd op 26 april 2012, *Compass-Datenbank/Republiek Oostenrijk*, C-138/11

Hoge Raad

HR 21 december 1925, NJ 1916
HR 5 november 1965, NJ 1966, 136
HR 8 maart 1974, NJ 1974, 264
HR 6 april 1979, NJ 1980, 34
HR 27 januari 1984, NJ 1984, 545
HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727
HR 29 mei 1987, NJ 1987, 1003
HR 27 november 1992, NJ 1993, 287
HR 21 maart 2003, JOL 2003, 165.
HR 21 maart 2003, LJN AF2293, NJ 2004, 60
HR 20 juni 2003, AB 2004, 84
HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 31 mei 2006, LJN AX6362.
ABRvS 29 april 2009, LJN BI2651.
ABRvS 15 december 2010, LJN BO7333.
ABRvS 2 februari 2011, LJN BP4377.

Hoven

Hof Den Haag 24 februari 2005, LJN AS9694.
Hof Den Haag 14 april 2005, LJN AT3883.

Rechtbanken

Rechtbank Zutphen, 19 februari 1994, *Computerrecht 1995/1*.
Rechtbank Den Haag, 4 augustus 2003, LJN AI0852 .
Rechtbank Den Haag, 16 september 2009, LJN BK7313.
Rechtbank Den Bosch, 14 december 2011, LJN BU8010.
Rechtbank Den Haag, 21 december 2011, LJN BU9147.
Rechtbank Zutphen, 28 december 2011, LJN BU9991

OVERIGE GERAADPLEEGDE BRONNEN

Kamerstukken

1. Kamerstukken I vergaderjaar 2008–2009, 31 354, nr. A 2.
2. Kamerstukken I vergaderjaar 2008–2009, 31 354, nr. 3.
3. Kamerstukken II, vergaderjaar 2004-2005, 30 188, nr. 3.
4. Kamerstukken II, vergaderjaar 1999–2000, 26 387, nr. 7.
5. Kamerstukken II, 1996-1997, 25 029, nr. 3.
6. Kamerstukken II, Vergaderjaar 1996–1997, 20 644, nr. 30.

Literatuur

1. Artikel 29-werkgroep, *‘Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegevens’*, WP 136, 2007.
2. J. Arts, *‘Toegang tot publiek gefinancierde data’*, ITER reeks nummer 59, SDU 2003.
3. Asser, Hartkamp & Sieburgh, *‘Serie 6 IV* Verbintenissenrecht De verbintenis uit de wet’*, Deventer: Kluwer 2011.
4. BDO Consultants, *‘Elektronische bestanden van het bestuur’*, in opdracht van BZK, 1998.
5. J.M.A. Berkvens & J.E.J. Prins, *‘Privacyregulering in theorie en praktijk’*, recht en praktijk 74, Kluwer 2007.
6. Bureau Forum Standaardisatie, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *‘Open Data, Beren op de Weg’*, in opdracht van Bureau Forum Standaardisatie (BZK), 2012.
7. C.J.H. Brunner, *‘Causaliteit en toerekening van schade’*, VR 1981.
8. College Bescherming Persoonsgegevens, *‘CBP Richtsnoeren: Actieve openbaarmaking van persoonsgegevens’*, consultatiedocument, 2008.
9. Commissie Franken, *‘Grondrechten in het digitale tijdperk’*, Kamerstukken II, 27 460 nr. 1, Grondrechten in het digitale tijdperk, 24 mei 2000.
10. C. Cuijpers, *‘Aansprakelijkheid voor elektronische communicatie tussen overheid en burgers/bedrijven’*, SDU 2001.
11. E.J. Daalder, *‘Handboek openbaarheid van bestuur’*, Boom 2011.
12. M. Dekkers, F. Polman, R. te Velde, M. de Vries, *‘Final Report of Study on Exploitation of public sector information – benchmarking of EU framework conditions’*, MEPSIR 2006.
13. Europese Commissie, Art. 11(2) sub a Amended Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases, COM (93)464 final, Brussel 4 oktober 1993.
14. Europese Commissie, *‘Concept herziene Richtlijn Hergebruik’*, COM(2011) 877.
15. Europese Commissie, *‘DG Informatie Maatschappij in 2009’*, COM (2009) 212.
16. Europese Commissie, *‘Digitale Agenda: ‘Q and A’ bijlage’*, 12 december 2011,
17. Europese Commissie, *‘EU-voorstel Verordening algemeen kader bescherming persoonsgegevens’*,
18. Europese Commissie, *‘Overheidsinformatie: een essentiële hulpbron voor Europa - Groenboek over overheidsinformatie in de informatiemaatschappij’*, COM(1998) 585.
19. Europese commissie, *‘Mededeling november 2001’*, Brussel, COM (2001) 607 definitief.
20. Europese Commissie, *‘Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council’*, amending Directive 2003/98/EC on re-use of public sector information.
21. Europese Commissie, speech mevrouw N. Kroes, *‘The new Gold’*, 12 december 2011 <<http://epsiplatform.eu/content/open-data-strategy-europe-here>>.
22. Europese Commissie, *‘Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie’*, Brussel, 12.12.2011, COM(2011) 877 definitief, 2011/0430 (COD).
23. Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2003/98/EC, 17 November 2003, OJ 31 December 2003.
24. Europees Parlement en de Raad, *‘Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van databanken’*, 96/9/EG van 11 maart 1996, PbEG 1996 L 77.

25. Europese Parlement en de Raad, '*Richtlijn inzake het hergebruik en de commerciële exploitatie van overheidsinformatie*', 2003/98/EC, 17 November 2003, OJ 31 December 2003.
26. Europees Parlement en de Raad, '*Richtlijn betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens*', 95/46/EG, 1995.
27. Europese Commissie, *Voorstel Richtlijn bescherming persoonsgegevens bij gebruik door politieke en justitiële autoriteiten*, (COM(2012) 10).
28. L. de Gier en J. Gerritsen, '*Hergebruikrichtlijn legt overheid aan banden*', Automatiseringsgids 15 maart 2012.
29. Interdepartementale Commissie Wob-auteursrecht, '*Rapport Wob-Auteursrecht*', 1999
30. Van Kooten, '*Aansprakelijkheidsrecht*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
31. S. Kulk, B. van Loenen, 'Brave new Open Data World?', *International Journal of Spatial Data Infrastructures Research*, 2012, Vol.7, 196-206.
32. Lindenberg, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Kluwer 2011.
33. Mediaforum 2012-4, M.M.M. van Eechoud, noot onder het Postcode vonnis LJN: BU9147
34. E. Mettes, '*Een digitaal paradox? Verslag van een onderzoek naar de samenloop van de Wet openbaarheid van bestuur en de Databankenwet*', mei 2006.
35. B. van der Meulen, Voorontwerp Algemene wet overheidsinformatie, '*Algemene regels betreffende het gebruik, de toegang en toegankelijkheid van overheidsinformatie (Algemene wet overheidsinformatie)*', Landbouwwuniversiteit van Wageningen, 2006.
36. Open Knowledge Foundation, '*Open Data Handboek*', 2010-2012
37. Ministerie van Binnenlandse Zaken & Koninkrijksrelaties, *Open Data Brief aangaande Hergebruik en Open Data*, Kenmerk 2011-2000224638, 30 mei 2011.
38. Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 'Wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen inzake onredelijke en omvangrijke verzoeken, inzake bijzondere verstrekkingen alsmede inzake hergebruik en in rekening te brengen vergoedingen' (Wet aanpassing Wob), zie <http://www.internetconsultatie.nl/wetaanpassingwob>
39. Ministerie van Economische Zaken, *Vaststelling aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst*, 8 mei 1998/Nr. 98M004561.
40. Ministerie van Economische zaken, Landbouw & Innovatie, *Digitale Agenda*, april 2011
41. Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Rijkswaterstaat, '*Beslisbomen RWS Data, handreiking bij het databeleid voor het omgaan met gegevens*', 23 december 2011.
42. Onsrud, H.J., 1999, '*Liability in the Use of Geographic Information Systems and Geographic Data Sets. In Maguire, Goodchild, Rhind, and Longley, eds., Geographic Information Systems: Principles, Techniques, Management, and Applications*', (New York: Wiley) 1999.
43. J.E.J. Prins, S. van der Hof, G. Leen knegt, T. Brandsen, E. Cornelissen en M. de Vries, '*Over wetten en praktische bezwaren, een evaluatie en toekomstvisie op de Wob*', Evaluatieverslag Wob 2004, Universiteit van Tilburg.
44. M. Reinsma, '*Gebbruiksrechten op overheidsinformatie*', AMI 2003, nr 5.
45. M. Reinsma en H. van der Sluis, '*Naar ruimere openbaarheid en een vrij gebruik van bestuurlijke informatie*', in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2002.
46. Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn en K.U. Brabant, '*Aansprakelijkheid voor overheidsinformatie*', in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2001.
47. B.J.P.G. Roozendaal, '*Enkele opmerkingen over actieve en passieve informatieverstrekking*', Overheid en Aansprakelijkheid, december 2008.
48. J.A. van Schagen et al., '*SDU Commentaar Openbaarheid van bestuur*', Den Haag 2011.
49. K. de Snoo, X. van der Linde en M. de Vries, '*Wie van de drie: naar een doelmatige, duidelijke en duurzame financiering van het stelsel van basisregistraties*', in opdracht van Programmaraad Basisregistraties (BZK) , 2011.
50. TU Delft, '*Databeleid Rijkswatersysteem – deel Hoofdwatersysteem: Een overzicht van de juridische kaders omtrent het omgaan met data*', Onderzoeksinstituut OTB 2011.

51. TU Delft, Beslisbomen RWS Data, handreiking bij het databeleid voor het omgaan met gegevens, december 2011.
52. W.R. Veldhuyzen, *Wet op de Kamers van koophandel en Fabrieken 1997*, Lexplicatie deel 3.26a, Kluwer 2010.
53. M. de Vries et al., *'Ja, maar mogen we wel even vangen...: Onderzoek naar de mogelijke financiële gevolgen van het van rechtswege eindigen van exclusieve contracten van de Rijksoverheid bij het faciliteren van hergebruik van overheidsinformatie'*, 2003 (ongepubliceerd).
54. M. de Vries et al., *'Studie conformiteit Nederlandse hergebruikregimes, naar mogelijke inbeddingsproblemen van de regeling hergebruik in relatie tot bijzondere verstrekingsregimes'*, 2006 (ongepubliceerd).
55. M. de Vries et al., Pricing Of Public Sector Information Study Models of Supply and Charging for Public Sector Information (POPSIS study), 2011.

Internetsites

1. <http://www.brabant.nl/proclaimer.aspx>; <http://www.zwolle.nl/proclaimer.htm>;
2. http://www.cbpweb.nl/Pages/th_pbd_start.aspx
3. <http://creativecommons.nl/>
4. <http://www.data.gouv.fr>
5. <http://www.data.gov.uk>
6. <http://www.data.overheid.nl>
7. http://www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/openbaarheid/handreiking/5_op_verzoek.
8. <http://www.kvk.nl/disclaimer/>; http://www.knmi.nl/waarschuwingen_en_verwachtingen/disclaimer.html
9. <http://loket.haarlem.nl/?pagina=disclaimer>
10. <http://www.hec.nl/home/nieuws/blogs/open-data/1689>
11. http://www.humanistischverbond.nl/dossiers/privacy_redirect
12. <http://nationaalprivacydebat.nl/article/ww/110263/-privacybescherming-moet-beter-bij-open-data->
13. http://www.ncg.knaw.nl/Publicaties/Groen/pdf/55NCGGroen_OpenData.pdf,
14. <http://www.nrc.nl/nieuws/2012/01/05/kadaster-moet-bedrijf-tien-miljoen-betalen/>
15. <http://opendatarecht.nl/open-data-beleid-en-privacy-onverenigbaar/>
16. <http://opendatarecht.nl/edps-privacyrisicos-bij-hergebruik-van-overheidsinformatie/>
17. <http://www.open.overheid.nl>
18. <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/persoonsgegevens/vraag-en-antwoord/wat-zijn-persoonsgegevens.html>
19. <http://www.rivm.nl/Proclaimer>
20. <http://www.solv.nl/weblog/wordt-de-opvolger-van-de-privacyrichtlijn-een-verordening/17587>
21. <http://www.trendbureauoverijssel.nl/userfiles/opendataV1.pdf>
22. <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/3184/opinie/article/detail/3222249/2012/03/08/Data-met-persoonsgegevens-gelekt-of-verloren-Dokken-maar.dhtml>.
23. <http://webwereld.nl/nieuws/110263/-privacybescherming-moet-beter-bij-open-data-.html>
24. http://nl.wikipedia.org/wiki/Open_data

BIJLAGE 1 – RESUMÉ MARC DE VRIES



Marc heeft een juridische en economische achtergrond (Utrecht, 1991). Als zelfstandige houdt hij zich de laatste 15 jaar intensief bezig met toegang tot en het (her)gebruik van overheidsinformatie, in de meest brede zin denkbaar. Dit deed hij met tal van hoeden op (adviseur, beleidsmaker, wetenschapper) en voor een breed palet van afnemers (de Europese Commissie, ministeries, uitvoeringsorganisaties, lokale overheden in binnen- en buitenland).

Tijdens deze periode heeft hij, met voortschrijdend inzicht, geleerd om, startend vanuit de beleidsambities van de overheid en denkend vanuit de bestuurlijke en vooral ook economische realiteit naar het recht te kijken en aldus de regels te zien als instrument voor oplossingen, overigens zonder daarbij de noodzakelijke juridische nauwkeurigheid uit het oog te verliezen. Marc publiceert geregeld over Open Data en spreekt frequent op conferenties in Nederland en daarbuiten.

Marc maakt onderdeel uit van the Greenland, een samenwerkingsverband van Open Data specialisten (<http://thegreenland.eu/>) en het Europese ePSI Platform (<http://epsiplatform.eu/>).

Contact

Marc de Vries, h.o.d.n. Citadel Consulting
MC Verloopweg 31
3956 BM Leersum
Telefoon: 0653897002
Email: info@devriesmarc.nl

BIJLAGE 2 – BEEDEN VAN AANSPRAKELIJKHEIDSRISICO'S DATAHOUDERS

update aansprakelijkheidsonderzoek in verband met juridische aspecten rondom Open Data

Deliverable 1

Beelden van aansprakelijkheidsrisico's datahouders

In opdracht van:

Het Bureau Forum Standaardisatie

Marc de Vries
Citadel Consulting,
Leersum
22 april 2012

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	97
2	DE UITKOMSTEN	98
2.1	Algemeen beeld	98
2.2	Gebieden van zorg	98
2.2.1	Ten onrechte openbaar gemaakt voor hergebruik.....	99
2.2.2	Er is iets mis met de informatie	99
2.2.3	Het toestaan van hergebruik benadeelt marktpartijen	99
2.2.4	Overige vragen rond aansprakelijkheid	100
2.3	Gesuggereerde oplossingen en vervolgstappen	101
ANNEX 1 – INLEIDENDE NOTITIE GESTUURD AAN BEVRAAGDE ORGANISATIES		FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.
ANNEX 2 - VERSLAG WORKSHOP “OPEN DATA, BEREN OP DE WEG” 15 MAART 2012		101

1. Inleiding

Uit gesprekken die ik in de loop der jaren met overheden heb gevoerd (en niet alleen in Nederland), is mij gebleken dat, waar het al dan niet toestaan van hergebruik aangaat, dikwijls de juridische risico's niet alleen verkeerd maar vooral ook te hoog worden ingeschat. Men vergeet vaak dat (a) aansprakelijkheid alleen kan ontstaan uit in de wet geformuleerde bepalingen (b) en dan nog lang niet iedere fout leidt tot aansprakelijkheid (c) en dan nog lang niet iedere fout tot schade leidt en (d) en dan nog lang niet iedere schade voor rekening van de overheid dient te komen.

Tegen deze achtergrond en omdat deze studie *de in de praktijk gevoelde belemmeringen rondom aansprakelijkheid* wil wegnemen, is het van groot belang daarvan eerst, tot op zekere hoogte, een beeld te krijgen. Daarom is in deze eerste fase van het onderzoek een rondje langs een aantal datahouders gemaakt, die, voor zover mogelijk, een afspiegeling vormen van de belangrijkste datahouders in Nederland. Het gaat daarbij om:

- a. Data.Overheid.nl - bespreking op 3 april 2012 met de heer Paul Suijkerbuijk, Projectleider open data, Data.Overheid.nl.;
- b. Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) - bespreking op 5 april 2012 met de heer Wim van Nunspeet, directeur Sociale en Ruimtelijke statistieken en de heer Peter Barendswaard, bedrijfsjurist;
- c. Ministerie van Infrastructuur & Milieu (I&M), bespreking – of eigenlijk liever een workshop – op 5 april 2012 met:
 - Dirk van Barneveld, senior beleidsmedewerker, Directoraat-Generaal Ruimte en Water, Directie Ruimtelijke Ontwikkeling, Programma Beleid Geo-Informatie
 - Barbra Janssen, senior adviseur bij het Kadaster, Directie Strategie en Beleid
 - Wim de Haas, Senior adviseur Informatievoorziening Staf DG, Rijkswaterstaat Staf DG
 - Hans van Douwe, Senior adviseur Expertisegebieden, Rijkswaterstaat (RWS) Corporate Dienst Bestuurlijk-Juridische Zaken en Vastgoed
 - Frank Lantsheer, beleidsadviseur en datamanager, sector Weer van het Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (KNMI)
 - Marjon van Houtert, Senior juriste Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken Algemeen Bestuurlijk-Juridische Zaken
 - Marjam Oost, Senior Juriste Ministerie van Infrastructuur en Milieu Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken
 - Marleen Peters, Medewerker Strategie & Externe Ontwikkelingen (SEO) bij de Rijksdienst voor het Wegverkeer (RDW)
- d. Agentschap NL (AG NL) - bespreking op 20 april 2012 met Judith Zwennis, juriste Stafafdeling Juridische Zaken en onder meer lid van de expertgroep Wob.

Voorts is bij het opstellen van deze eerste rapportage dankbaar gebruik gemaakt van het verslag van de 'Beren op de weg' sessie georganiseerd door het Forum en het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), die gehouden werd op 15 maart 2012. Deze sessie beoogde vast te stellen wat datahouders op dit moment nog weerhoudt hun data open te stellen voor hergebruik. Uiteraard kwamen hier ook juridische aspecten aan bod. De rapportage daarvan is opgenomen in [Bijlage 1](#).

Resultaat van dit alles is dat er bij mij een helderder beeld is ontstaan van wat er nu *werkelijk* speelt: welke juridische risico's, terecht of niet, vreest men? Met dit in de hand, kan ook met een gerust hart de structuur van de op te leveren *update* vastgesteld worden, die immers moet aansluiten bij de vragen die bij de doelgroep van dit onderzoek spelen.

2. De uitkomsten

2.1 Algemeen beeld

Het Open Data¹⁰¹ gedachtegoed heeft zich definitief gezet in alle onderzochte organisaties. Wel verschilt de mate van incubatie en de mate waarin dit zich reeds heeft vertaald in het concreet openstellen van data voor hergebruik en het standaardiseren van samenhangende processen.

Bij organisaties als het CBS en het KNMI, waar gratis openbaarheid tot de kernwaarden behoort, is een duidelijk kader geschapen en maakt verstrekking deel uit van de dagelijkse praktijk. Bij andere organisaties (RWS, AGNL) zijn veel mooie initiatieven zichtbaar, in verschillende fasen van volwassenheid.

Ook het Kadaster en de RDW hebben initiatieven genomen gedeeltes van hun data open te stellen, maar hun financieringsmodel bemoeilijkt het gratis ter beschikking stellen van data voor hergebruik, in ieder geval bij een aantal van hun registraties.

Opvallend is voorts dat waar voorheen Open Data initiatieven toch overwegend door individuele datahouders gedreven werden, nu een geheel ministerie (I&M) planmatig aan zijn Open Data beleid aan het werken is. De *commitment* die minister Schultz van Haegen is aangegaan (naast de continue inspanningen van BZK op dit dossier), is het bewijs dat Open Data geen hype is, maar in feite een onomkeerbaar proces.

2.2 Gebieden van zorg

Uit alle vraaggerekken is gebleken dat men meestal zeer goed op de hoogte is van de concrete regels die van toepassing zijn op het 'traditionele' (her)gebruik van de eigen registraties. Evenwel neemt de onzekerheid omtrent het toepasselijk kader, en de implicaties daarvan, toe als het gebruik weg beweegt van dit traditionele gebruik.

Dit is nu juist een van de kenmerken en belangrijkste consequenties van Open Data: data worden aan een ieder ter beschikking gesteld en daarmee uit hun gebruikelijke context gehaald. Beelden bij aansprakelijkheidsrisico's – over het algemeen een onderwerp waar juristen wel op aanslaan – die daarmee samenhangen en mogelijke maatregelen die deze risico's kunnen inperken, zijn veelal niet geheel duidelijk tot geheel niet duidelijk. Daarmee, aldus ook alle respondenten, voorziet dit onderzoek in een zeer concreet gevoelde behoefte!

Grof gezegd zijn de 'zorgen' aangaande mogelijke aansprakelijkheid voor het gratis ter beschikking stellen van Open Data voor hergebruik de volgende (mooi convergerend met de uitkomsten van de eerder genoemde 'Beren op de weg sessie'):

¹⁰¹ In dit onderzoek wordt aangesloten bij de definitie van Open Data zoals gebezigd in de brief van voormalig Minister Donner aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 30 mei 2011 'Betreffende het Hergebruik en Open Data: naar betere vindbaarheid en herbruikbaarheid van overheidsinformatie', luidend: "Ook open overheidsdata (hierna: open data) vallen onder het brede begrip overheidsinformatie. Open data zijn bronnen van onbewerkte overheidsinformatie:

- die openbaar zijn;
- waar geen auteursrecht of andere rechten van derden op berust;
- die bekostigd zijn uit publieke middelen, beschikbaar gesteld voor de uitvoering van die taak;
- die bij voorkeur voldoen aan 'open standaarden' (geen barrières voor het gebruik door ICT-gebruikers of door ICT-aanbieders), en
- die bij voorkeur computerleesbaar zijn, zodat zoekmachines informatie in documenten kunnen vinden."

a. Ten onrechte openbaar gemaakt voor hergebruik

De eerste casus betreft de situatie waarbij overheidsinformatie openbaar is gemaakt voor hergebruik, maar dat had niet gemogen. Het gaat hier dus om een onjuiste beoordeling van hetzij de openbaarheidsregels – de data hadden bijvoorbeeld niet openbaar gemaakt mogen worden omdat deze persoonsgegevens bevat – hetzij van hergebruikregels – de data hadden bijvoorbeeld niet voor hergebruik beschikbaar gesteld mogen worden omdat databaserechten van derden zich daartegen verzetten.

Daarbij moet wel opgemerkt worden dat eigenlijk alle bevroegde organisaties zich zeer wel bewust zijn van de traditionele regels omtrent openbaarheid en de uitzonderingen daarop. Zo onderkent eenieder de noodzaak bestanden te controleren op aanwezigheid van persoonsgegevens en bedrijfsgevoelige informatie. Vaak zijn deze beoordelingsprocessen echter ingericht op informatieverzoeken en (nog) niet op actieve informatieverstrekking, laat staan het ‘standaard’ open stellen van data voor hergebruik.

Ten aanzien van intellectuele rechten van derden (auteursrechten en databankrechten) die in principe verveelvoudiging verbieden, tenzij er toestemming bestaat, heerst met name twijfel waar het datasets aangaat die hetzij (gedeeltelijk) door derden ingewonnen zijn hetzij voortbouwen op datasets van andere overheidsorganisaties, waardoor de eigendomsrelaties niet geheel helder zijn. Ter zake bestaan dan ook vragen hoe ervoor te zorgen dat rechten zo veel mogelijk, bij het ontstaan daarvan, bij de datahouder in kwestie terecht komen.

Voorts is de mate van risicoperceptie beperkt. De, wat ik maar noem, echte verstrekingsprofessionals (KNMI, CBS, Kadaster), lijken precies te weten wat zij wel en niet mogen vrijgeven voor hergebruik. Dit ligt evenwel een nuance anders bij de organisaties waarbinnen openbaarmaking c.q. beschikbaarstelling voor hergebruik nog niet tot de kernprocessen behoort (onder meer RWS, AG NL) en waar meer twijfel lijkt te bestaan over wat wel en niet mag en kan.

b. Er is iets mis met de informatie

De tweede casus betreft een situatie waarbij de overheidsinformatie weliswaar openbaar is en hergebruikt mag worden, maar er iets mis is met de data zelf (onjuist, incompleet), hetgeen tot gevolgschade kan leiden bij een derde die daarop is afgegaan (en had mogen gaan).

Op dit punt zitten tal van onzekerheden, wederom met name bij de niet-verstrekingsprofessionals. Deze onzekerheden worden vooral gevoed door twijfel wat ‘de norm’ moet zijn. Dat kan gaan om de actualiteit van de data, maar ook om de kwaliteit van de data. Voorts vraagt men zich ook af in hoeverre er een verplichting bestaat tot het (additioneel) metadateren van informatie en wat de ‘post-transactie verplichtingen’ zijn zoals het beschikbaar maken van helpdeskdiensten (24/7) en de (vermeende) verplichting tot het garanderen en continueren van levering.

Daarnaast zijn geïnterviewden zich terdege bewust van de gevolgen van het openstellen van hergebruik – ‘de data gaan alle kanten op, je hebt ze niet meer aan een touwtje’ – en vrezen dat de data door derden uit hun context gehaald worden en dat afnemers van deze derden betekenissen aan de data zullen toekennen die er niet in zitten.

c. Het toestaan van hergebruik benadeelt marktpartijen

De derde casus betreft de situatie waarbij de overheidsinformatie weliswaar openbaar gemaakt had mogen worden en ook beschikbaar gesteld had mogen worden voor hergebruik en er is voorts niets mis is met de data, maar het ter beschikking stellen oneerlijke concurrentie oplevert met marktpartijen.

Deze laatste vorm van mogelijke aansprakelijkheid wordt alom gevreesd, ook door de verstrekingsprofessionals waaronder zij die hun verdienmodel (gedeeltelijk nog) op verstrekingsinkomsten baseren (RDW, Kadaster).

De twee bemoedigende uitspraken van de Rechtbank Den Bosch van december 2011 (Falkplan- en Postcodezaak), zijn weliswaar een mooie steun in de rug, maar de toepasselijke regels op het grensvlak van markt en overheid (zowel de algemene mededingingsregels, als het nieuw in te voeren artikel 25k Mw¹⁰² inzake eigen hergebruik, en de hergebruikregeling in de Wob, en dan met name hun onderlinge verbondenheid) blijft hier en daar een wat schimmig gebied en daarbij een bron voor onzekerheid, zelfs voor organisaties als het CBS en het Kadaster.

d. Overige vragen rond aansprakelijkheid

Ongeacht de grondslag voor aansprakelijkheid, bestaat er voorts bij tal van organisaties onduidelijkheid over zowel de gevolgen – hoever reikt deze en waarom – als ook over de mogelijkheden de aansprakelijkheid in te perken of zelfs te exonereren.

Hierbij speelt ook de vrees dat de vrees dat de ophanden zijnde wijzigingen in de Wob mogelijkserwijs zullen verbieden voorwaarden te stellen aan het hergebruik, waaronder dan ook de beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid zou vallen. Diverse geïnterviewden gaven aan van mening te zijn dat een dergelijke bepaling zijn doel voorbij zou schieten: men is – veelal – graag bereid de data open te stellen ‘as is’, maar in ruil wil men dan wel de hergebruikers een aantal verplichtingen kunnen opleggen. Daarbij worden onder meer genoemd: bronvermelding, vermelding van datum van publicatie, ‘doorleveringsverplichting’ van contextuele informatie rond data en acceptatie van exoneratie.

Tegelijkertijd wordt aangegeven dat men niet weet hoe nu het beste dergelijke gebruiksvoorwaarden op te leggen dan wel af te spreken en wie daarin het voortouw zou moeten nemen. In dat kader heeft data.overheid.nl nog de vraag opgeworpen hoe dit kan lopen als hergebruikers via data.overheid.nl ‘binnenkomen’ maar vervolgens (de keer daarop) direct bij de datahouders de data ophalen.

Verder is er van de zijde van het Kadaster nog een andere zorg genoemd, die weliswaar niet direct te maken heeft met aansprakelijkheid – het lijkt er niet op dat het Kadaster iets onrechtmatig doet – maar niettemin het vermelden waard is. Het Kadaster levert aan bepaalde partijen (wederverkopers) kadastrale data (producten) die deze één-op-één doorzetten naar hun klanten. Door sommige partijen wordt hierbij de schijn gewekt dat zij onderdeel zijn van het Kadaster, dan wel gelieerd zijn aan het Kadaster (bijv. kadastradata.nl). Dit doen zij door naamgeving, maar ook door overname van huisstijl, gebruik beeldmerk. Daarnaast zijn er partijen die zich niet zozeer bedienen van de huisstijl van het Kadaster maar op bepaalde vlakken toch onvoldoende kennis hebben van de producten die ze doorzetten (bijvoorbeeld wat is wel/niet af te leiden uit/van een uittreksel van de kadastrale kaart). Deze partijen hanteren veelal hogere prijzen voor de kadastrale producten dan de tarieven die het Kadaster hiervoor in rekening brengt. Het Kadaster meldt hier last van te hebben als uitleg of service door deze wederverkopers onvoldoende is of achterwege blijft én daarnaast een hogere prijs is betaald voor een product, waarna de klanten van wederverkopers kennelijk dikwijls verhaal gaan halen bij het Kadaster. Het simpelweg terugverwijzen naar de betreffende wederverkoper wordt veelal niet geaccepteerd, hetgeen soms tot nieuwe klachten leidt.

¹⁰² In maart 2011 heeft de Eerste Kamer het Wetsvoorstel Markt en Overheid aangenomen, die zal neerslaan in de vorm gedragsregels voor overheden in de Mededingingswet. Inwerkingtreding zal naar verwachting in de loop van 2012 plaatsvinden.

Een niet-juridische, maar wel relevante kwestie betreft verder nog de organisatie van Open Data. Vele bevroegde organisaties geven aan dat beleidsmakers zich onvoldoende realiseren dat het inzetten op Open Data niet slechts een kwestie is van de server op een bredere kier zetten. Taken en verantwoordelijkheden veranderen en deze moeten belegd worden bij mensen en in processen. Dat kost middelen (tijd en geld) en veelal is daarin niet voorzien.

2.3 Gesuggereerde oplossingen en vervolgstappen

Tijdens alle interviews, heb ik gevraagd hoe mijn gesprekspartners het beste geholpen zouden zijn bij het ontwarren van de vragen rond Open Data en aansprakelijkheid. Daarbij moet bedacht worden dat zij als ‘de juristen’ in de organisatie bevroegd worden door collega’s die iets met de data willen, maar veelal geen juridische achtergrond hebben.

Qua presentatie gaven de respondenten aan dat ze niet zitten te wachten op dikke rapporten – niemand van hen bleek de rapportage uit 2001 gelezen te hebben – maar veel meer behoefte te hebben aan *tools* die, vraag gestuurd, in niet al te juridische taal, datahouders de mogelijkheid geeft 90% van hun vragen zelf te beantwoorden. Idealiter zou de structuur van de rapportage en de *tool* aansluiten bij het volgtijdelijke afwegingsproces waar de datahouder doorheen gaat.

Sommigen gaven aan dat een dergelijke *tool* nog verder zou mogen gaan, door concrete oplossingen te leveren, bijvoorbeeld een tekst van een *disclaimer*, een standaard licentie. Daarbij verwees men dikwijls naar *Creative Commons* oplossingen en vroeg men zich af of deze gebruikt mogen worden en wat de toekomst ter zake zal brengen.

Verder gaf men dikwijls aan dat het spectrum juridische vragen breder is dan alleen aansprakelijkheid en dat de juridische vragen slechts een onderdeel vormen van het grotere geheel van obstakels die genomen moeten worden bij het beschikbaar stellen van data voor hergebruik.

Sommigen pleitten dan ook voor een ‘modulair’ opgebouwde *on-line tool*, die niet alleen het geheel van vragen afdekt, maar ook een soortement procesbeschrijving, inclusief een organisatorisch model. Deze tool zou dan beschikbaar gesteld kunnen worden via data.overheid.nl en geregeld onderhouden moeten worden (nieuwe ontwikkelingen aan boord nemend en gebruikersfeedback incorporerend) door een team van experts.

Tenslotte gaven de respondenten aan zeer uit te zien naar de resultaten van het onderzoek!

Bijlage 1 - Verslag workshop “Open Data, beren op de weg” 15 maart 2012

Inleiding en relevantie voor dit onderzoek

Op 15 maart 2012 organiseerde Bureau Forum Standaardisatie in samenwerking met het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de workshop “Open data, beren op de weg”. Het doel van de workshop was om ruim 140 bezwaren tegen open data:

- van prioriteiten te voorzien;
- te clusteren;
- en waar mogelijk oplossingen in kaart te brengen.

Aanwezig waren vertegenwoordigers van: het Kadaster, EL&I, Geonovum, BZK, CBS, Gemeente Rotterdam, Gemeente Groningen, IPO, Nationaal archief, Antwoord voor Bedrijven, RDW, I&M, Planbureau voor de Leefomgeving, KNMI, Nationaal Archief.

Relevante conclusies

Uit de gesprekken en de 'Beren op de weg sessie' is het volgende naar voren gekomen.

1. Het ontbreekt aan een duidelijk kader op basis waarvan datahouders in staat zijn aansprakelijkheidsrisico's in te schatten
2. De zorgen over eventuele schending van privacy van de bij de data betrokkenen (die personen waarvan persoonsgegevens zijn opgeslagen) is dominant
3. Er heerst zorg over risico's die samenhangen met de kwaliteit (correctheid, actualiteit en compleetheid) van de data
4. Er is onduidelijkheid over eventuele verantwoordelijkheden voortvloeiend uit het openstellen van data, waaronder het karakter, de inhoud (metadatering?) en de duur van de verplichting

Deze conclusies zijn meegenomen in deze eerste rapportage D1.

Hieronder een integrale kopie van het verslag van de Berensessie, zoals verspreid door het Forum.

Verslag van de workshop "Open Data, beren op de weg" (Kopie integraal verslag (MdV))

Na een korte inleiding door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Zenc zijn we gestart met de eerste ronde. In de twee rondes zijn we in groepen uiteen gegaan. In de groepjes zijn steeds 10 bezwaren geprioriteerde van de in totaal 144 bezwaren. Na deze twee rondes zijn we geëindigd met 13 bezwaren die de groepjes de hoogste prioriteit hebben gegeven. Vervolgens hebben we plenair deze 13 ook van een prioritering voorzien. Dit heeft geleid tot een ranglijst met 8 prioriteiten, omdat sommige van de bezwaren voor de deelnemers een gelijke prioriteit toegekend hebben gekregen.

1. Gebrek aan businessmodellen (Bestaande financieringsmodellen) (10)
2. Privacy (9)
3. Geen sturing op hergebruik vanuit het rijk (9)
4. Duurzaamheid / leveringsonbetrouwbaarheid (5)
5. Gebrek aan metadata (5)
6. Kosten vallen binnen organisatie, opbrengsten elders (4)
7. Afwezigheid van een juridisch kader (3)
8. Het is niet zo goedkoop als men claimt (2)
9. Het is niet duidelijk welke data er is (2)
10. Het is nog niet klaar / de data is niet compleet (1)
11. Huidige prijsmodellen blokkeren ontwikkelingen van de markt (1)
12. Sommigen hebben belang bij het gesloten houden van data (1)
13. Wethouder zal reputatieschade oplopen (0)

Prio	Beren op de weg (stemming)	Categorie	Bestaande oplossing/ Door deelnemers voorgestelde oplossing	Lopende actie vanuit Forum of BZK
1.	Gebrek aan businessmodellen (Verlies van bestaande financieringsmodellen) (10)	Financieel	- Differentiëren in serviceniveaus (kwaliteit en actualiteit en beschikbaarheid en performance) - Vraagt in sommige	De businesscase open data, gereed eind maart (BZK)

			<p>gevallen om een politieke afweging. Als iedereen het gebruikt, ligt budgetfinanciering meer voor de hand. Als gebruikers afgebakend zijn, kan het anders liggen.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Is er een goed alternatief businessmodel? - Is de shift van 'gebruiker betaald' naar 'belastingbetaler betaald' wenselijk? 	
2.	De zorg over privacy (9)	Juridisch	<ul style="list-style-type: none"> - In een vroeg stadium adresseren - Kritisch kijken naar dataset en geval per geval bekijken (door gegevensspecialist) - Handboek / checklist WOB t.b.v. open data - WOB pro-actief laten oppakken - Ervaringen delen / laten zien - In de WOB privacytoets laten uitvoeren - Wie info via hergebruik combineert, is verantwoordelijk voor privacy-toets - Informatie op orde 	Onderzoek aanpassing WOB (BZK)
2.	Geen sturing op hergebruik vanuit het rijk, bijvoorbeeld via data-overzichten en handreikingen (9)	Overig	<ul style="list-style-type: none"> - Dit is een rol voor KING (naar gemeenten) 	
3.	De zorg van de gebruiker over het langdurig en duurzaam aanbieden van data / leveringsonbetrouwbaarheid (5)	Overig	<ul style="list-style-type: none"> - Differentiëren in serviceniveaus - Aanspreekpunt binnen de overheid die continuïteit levert (gegevens autoriteit) - Professionele leveringsinfrastructuur 	

			<ul style="list-style-type: none"> - ur inrichten - Geen tijdelijke / eenmalige data leveren - Duidelijkheid over de betrouwbaarheid 	
3.	Gebrek aan metadata (5)	Technisch		Onderzoek standaarden voor open data, vindbaarheid, gereed juni 2012 (Forum)
4.	De kosten van de transitie vallen bij de data-eigenaar, de winst valt elders (4)	Financieel	<ul style="list-style-type: none"> - De richtlijn van BZK zegt: publiceer de data "as is" over transities is niet gesproken - Besluitvorming op strategisch niveau - Data op orde = kosten omlaag - Zo niet, zie het als kwaliteitsimpuls 	De Businesscase open data, gereed eind maart
5.	Afwezigheid van een juridisch kader (3)	Juridisch	<ul style="list-style-type: none"> - Kader beschikbaar stellen - Hoe is de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid bij het gebruik van de data geregeld? 	Onderzoek update aansprakelijkheidsonderzoek, gereed september 2012 (Forum)
6.	Het is niet zo goedkoop als men claimt, de beheerkosten stijgen (2)	Financieel	<ul style="list-style-type: none"> - Gratis, tenzij... - Afname 'as is' voor iedereen. Extra dienstverlening, verrijking kan geld kosten. 	De Businesscase Open data, gereed eind maart 2012 (BZK)
6.	Het is niet duidelijk welke data er is (2)	Cultureel	<ul style="list-style-type: none"> - Welke sets kunnen wel? - Centraal register maken. Overheden helpen bij het inventariseren en zoeken naar datasets. - Maak het onderdeel van het informatiebeleid van de organisaties. - Het moet in de hoofden / mindsets van de beleidsmensen 	

			komen - Maak beleid (strategisch informatiebeleid) dat ook gaat over open data	
7.	Het is nog niet klaar / de data is niet compleet (1)	Cultureel	- Aangeven bij metadata (ontsluiting) Kan ook kansen opleveren om data compleet te maken	Onderzoek standaarden voor open data, vindbaarheid, gereed juni 2012 (Forum)
7.	Huidige prijsmodellen blokkeren ontwikkelingen van de markt (1)	Financieel	- Het komt voor dat overheden financiële drempels opwerpen. Dat wordt door de wet opgelost. - Definieer marginale verstrekingskosten scherp, anders krijg je interpretatieverschillen.	Businesscase open data, gereed eind maart 2012 (BZK)
7.	Sommige hebben belang bij het gesloten houden van data (1)	Cultureel	- Zichtbaar maken van gesloten belangen	
8.	Wethouder zal reputatieschade oplopen (0)	- Cultureel - Juridisch	- Ligt vaak aan gebrek aan context (angstfactor) - Juridisch via licentie - Voorbeeldfunctie nodig. Open data challenge, zoveel mogelijk doen bijvoorbeeld een prijs voor 'early adopter'	Onderzoek update aansprakelijkheidsonderzoek, gereed september 2012 (Forum)

8 prioriteiten beren op de weg, als resultaat van de workshop. Hieraan zijn twee kolommen toegevoegd. De eerste is een categorie, financieel, juridisch, technisch, cultureel of overig. De tweede is de lopende actie vanuit EL&I en/of BZK en/of Forum voor een oplossing voor dit issue.

Bespreking top 8

Na het vaststellen van de definitieve lijst zijn we op zoek gegaan naar de verdere samenhang en oplossingsrichtingen.

Uit de bespreking van het eerste bezwaar (Gebrek aan businessmodellen) komt het volgende:

- Het bezwaar hangt sterk samen met een aantal andere bezwaren:
 - o Alle organisaties moeten investeren om de data open te maken en bruikbaarheid en duurzaamheid te bevorderen: metadata, standaarden, etc.

- Die kosten vallen binnen de eigen organisatie, terwijl de opbrengsten er buiten vallen.
- Oplossingsrichtingen:
 - Biedt huidige richtlijn niet al voldoende handvatten? Daarin wordt een uitzondering gemaakt voor organisaties die nu van de data 'leven'.
 - Daarin staat ook dat het moet gebeuren met de kwaliteit van de data zoals die is (data as is). Mogelijk risico is wel dat de data dan niet of minder gebruikt wordt, omdat het bedrijfsleven er minder mee kan. Dat valt ook weer te betwijfelen, want er vindt al uitwisseling plaats. Maar, er moet altijd wel een slag overheen gemaakt worden. De kosten hiervan zullen per dataset verschillen. In dialoog met de buitenwereld kun je dit samen uitzoeken.
 - Per organisatie zal ook verschillen of het beschikbaar stellen past bij de publieke taak of niet. Zo ja, dan moet het uit publieke middelen gefinancierd worden. Zo nee, dan kan er misschien geld voor worden gevraagd (Kadaster, RDW)
 - Wees bewust dat er kosten gemaakt worden en weeg dat af tegen de baten. Wat is zinvol om open te stellen? Als men er geen zicht op heeft, dan kan er een politieke beslissing gemaakt worden. Eventueel kun je het openstellen via subsidies of royalties stimuleren.
 - Het politieke besluit mag dan al wel genomen zijn, maar daarbij is niet afgesproken dat er ook een pot geld bij komt. Maak daarvoor het probleem inzichtelijk. Welke kosten zijn verbonden aan het open beschikbaar en duurzaam stellen van data? Bekijk dat eens voor 10 datasets.

Actiepunten Bureau Forum Standaardisatie:

- Verslag toetsen bij de deelnemers en daarna verspreiden via de LinkedIn-groep open data;
- Toesturen van de deelnemerslijst bij het verslag.

BIJLAGE 3 – LIJST VAN BEVRAAGDE PERSONEN

In de eerste fase van het onderzoek is een rondje langs een aantal datahouders gemaakt. Het gaat daarbij om:

1. Data.Overheid.nl - bespreking op 3 april 2012 met Paul Suijkerbuijk, Projectleider open data, Data.Overheid.nl.;
2. Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) - bespreking op 5 april 2012 met Wim van Nunspeet, directeur Sociale en Ruimtelijke statistieken en Peter Barendswaard, bedrijfsjurist;
3. Ministerie van Infrastructuur & Milieu (I&M), bespreking – of eigenlijk liever een workshop – op 5 april 2012 met:
 - a. Dirk van Barneveld, senior beleidsmedewerker, Directoraat-Generaal Ruimte en Water, Directie Ruimtelijke Ontwikkeling, Programma Beleid Geo-Informatie
 - b. Barbra Janssen, senior adviseur bij het Kadaster, Directie Strategie en Beleid
 - c. Wim de Haas, Senior adviseur Informatievoorziening Staf DG, Rijkswaterstaat Staf DG
 - d. Hans van Douwe, Senior adviseur Expertisegebieden, Rijkswaterstaat (RWS) Corporate Dienst Bestuurlijk-Juridische Zaken en Vastgoed
 - e. Frank Lantsheer, beleidsadviseur en datamanager, sector Weer van het Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (KNMI)
 - f. Marjon van Houtert, Senior juriste Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken Algemeen Bestuurlijk-Juridische Zaken
 - g. Marjam Oost, Senior Juriste Ministerie van Infrastructuur en Milieu Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken
 - h. Marleen Peters, Medewerker Strategie & Externe Ontwikkelingen (SEO) bij de Rijksdienst voor het Wegverkeer (RDW)
4. Agentschap NL (AG NL) - bespreking op 20 april 2012 met Judith Zwennis, juriste Stafafdeling Juridische Zaken en onder meer lid van de expertgroep Wob.

BIJLAGE 4 – LEDEN BEGELEIDINGS- EN STUUR- EN KLANKBORDGROEP

Begeleidingsgroep:

- Marijke Salters, Het Bureau Forum Standaardisatie (opdrachtgever)
- Imke Vrijling Arts, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
- Bart Knubben, VKA consultants en gedatcheerd bij het Forum
- Paul Suijkerbuijk, data.overheid.nl
- Bert Bekenkamp, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

Stuurgroep:

- Imke Vrijling Arts, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
- Richard Blad, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
- Arianne de Man, Interprovinciaal Overleg
- Marcel Reuvers, ICTU
- Wim van Nunspeet, Centraal Bureau voor de Statistiek
- Hans Overbeek, Koop
- Bert Bekenkamp, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

Klankbordgroep:

- Huib Gardeniers, partner Net2Legal, expert op het gebied van privacyrecht
- Tobias Cohen Jehoram, partner de Brauw Blackstone Westbroek, expert op het gebied van intellectueel eigendomsrecht
- Eric Daalder, Landsadvocaat en partner bij Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn, expert op het gebied van openbaarheidsrecht.

Anderen:

Daarnaast hebben een aantal andere experts commentaar op stukken gegeven, te weten:

- Marieke Liedorp, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
- Jurian Muller, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie
- Jan de Zeeuw, Functionaris voor de gegevensbescherming, Bureau Bestuursraad Ministerie van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie
- Victor de Pous, zelfstandig adviseur.

BIJLAGE 5 – VOORBEEDEN PROCLAIMERS

Diverse overheidsorganisaties gebruiken reeds *proclaimers*. Hieronder drie voorbeelden, die leuk de variëteit illustreren (versies op 3 augustus 2012 gekopieerd van de websites van deze organisaties).

Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (<http://www.rivm.nl/Proclaimer>)

Het RIVM maakt de websites met de grootst mogelijke zorgvuldigheid en tracht informatie op een zo vriendelijk mogelijke manier aan u te presenteren. Ook stimuleert het RIVM het juiste gebruik van bijvoorbeeld rekenmodellen of het correct aflezen van kaarten en grafieken.

Fouten of gebreken op de RIVM websites

Het kan voorkomen dat bij het opzetten van webpagina's, het schrijven van teksten of het maken van kaarten of grafieken fouten of gebreken optreden. Wij vragen daarvoor uw begrip. Uw reactie stellen we op prijs, het geeft ons gelegenheid de fouten en gebreken te herstellen. Via de knop Contact bovenaan de pagina kunt u aangeven waar op de website volgens u een fout of gebrek te vinden is. Uw reactie zal door de betreffende maker van de webpagina bekeken en zonodig aangepast worden. Ook voor algemene vragen of klachten kunt u terecht op de contactpagina.

Links naar andere websites

Via de websites van het RIVM willen we zo volledig mogelijk juiste informatie aanbieden aan burgers en professionals. Daarom vindt u vele verwijzingen en hyperlinks naar websites van andere organisaties. De verantwoordelijkheid voor de inhoud, de betrouwbaarheid van deze websites en de werking van de links ligt bij de makers daarvan. Deze websites vertegenwoordigen niet noodzakelijkerwijs de visie van het RIVM.

(Her)gebruik van tekst of beeld, model of ander materiaal

De informatie en het materiaal op de RIVM websites mag u gebruiken, downloaden, kopiëren en vrij verspreiden, maar niet voor commerciële doeleinden. Zorg daarbij wel altijd voor bronvermelding.

Vragen over RIVM websites?

Hebt u vragen over de RIVM websites? Laat dat dan aan ons weten via de knop Contact in de bovenbalk.

Gemeente Zwolle (<http://www.zwolle.nl/proclaimer.htm>)

De informatie op deze website komt tot stand onder verantwoordelijkheid van de gemeente Zwolle. De gemeente Zwolle besteedt de uiterste zorg aan het zo actueel, toegankelijk, correct en compleet mogelijk maken en houden van de inhoud van haar website.

Komt u desondanks toch iets tegen dat niet correct is of verouderd is, dan stellen wij het op prijs als u ons dat laat weten door contact op te nemen met ons Klant Contact Centrum, telefoon 14038, e-mail kcc@zwolle.nl.

Provincie Brabant (<http://www.brabant.nl/proclaimer.aspx>)

Proclaimer

De provincie Noord-Brabant is verantwoordelijk voor de inhoud van deze website en doet er alles aan deze actueel en juist te houden.

Uw privacy

Alle informatie die u ons verstrekt, wordt vertrouwelijk behandeld. Persoons- of adresgegevens worden uitsluitend daarvoor gebruikt, waarvoor u ze doorgeeft (bijvoorbeeld voor een aanvraag). Informatie over bezoeken aan onze website wordt gebruikt voor statistische doeleinden en om onze dienstverlening aan u te kunnen verbeteren.

Auteursrechten

Alle informatie die via www.brabant.nl toegankelijk is, is auteursrechtelijk beschermd. Dit geldt ook voor provinciale beeldmerken, -logo's en -fotomateriaal. Het (vanuit commercieel oogpunt) verspreiden of kopiëren van deze informatie is niet toegestaan zonder schriftelijke toestemming, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld.

Informatie incorrect? Graag uw reactie!

Komt u informatie tegen die niet correct of verouderd is, dan stellen wij uw reactie bijzonder op prijs. U kunt deze achterlaten via webredactie@brabant.nl.

Kwaliteitshandvest

E-mails en webformulieren die bij ons binnenkomen, worden behandeld conform ons dienstverleningshandvest.