



**VERKENNING  
RECHTEN INZAKE  
DIGITAAL  
ERFGOED EN  
CULTUREEL  
ONDERNEMEN**



T.A. Schiphof  
In opdracht van Stichting Archief Programmatuur  
2 mei 2011

Auteur **T.A. SCHIPHOF** | [T.A.SCHIPHOF@UVA.NL](mailto:T.A.SCHIPHOF@UVA.NL)

In opdracht van **STICHTING ARCHIEFPROGRAMMATUUR** | [INFO@PROJECTBUREAUSTAP.NL](mailto:INFO@PROJECTBUREAUSTAP.NL)

Vormgeving **MIMIMOU.COM**

# inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>INLEIDING</b>	<b>5</b>
1.1	De onderzoeksvraag	6
1.2	Variabelen en onzekerheden	7
1.3	Verantwoording aanpak	8
1.4	Begrippen en afkortingen	9
<b>2</b>	<b>AANBIEDERS VAN CONTENT UIT DE PUBLIEKE SECTOR</b>	<b>11</b>
2.1	Wet openbaarheid van bestuur	13
2.1.1.	Inleiding	13
2.1.2	De 'klassieke' Wob	13
2.1.3	De hergebruikregeling in de Wob, hoofdstuk V-A	17
2.2	Archiefwet 1995	20
2.3	Belemmeringen buiten de Wet openbaarheid van bestuur en de Archiefwet 1995	24
2.3.1.	Inleiding	24
2.3.2	Beperkingen op grond van subsidievoorwaarden	24
2.3.3	Beperkingen op grond van een overeenkomst: het scannen van erfgoedmateriaal	24
2.3.4	Auteursrecht en naburige rechten	24
2.3.5	Bescherming persoonsgegevens	27
2.4	Marktactiviteiten van de overheid, mededingingsrechtelijke overwegingen	30
2.5	Privaatrechtelijke informatieleveranciers	33
<b>3</b>	<b>DE JURIDISCHE POSITIE VAN EEN ERFGOEDPLATFORM</b>	<b>35</b>
3.1	Rechtsvorm: privaatrechtelijk of publiekrechtelijk	36
3.2	Bescherming van een databank	37
3.2.1	Inleiding	37
3.2.2	De bescherming van databanken op basis van de Auteurswet	37
3.2.3	De bescherming van databanken op basis van de Databankenwet	37
3.3	Misbruik van machtspositie door licentieweigering	41
3.4	User generated content en forumfuncties	42
3.4.1	Inleiding	42
3.4.2	Algemene voorwaarden en privacyverklaring	43
3.4.3	Aansprakelijkheid voor bijdragen van gebruikers	43
<b>4</b>	<b>CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN</b>	<b>45</b>
4.1	Ten aanzien van content leveranciers (erfgoedinstellingen)	46
4.1.1	Aandachtspunten	46
4.1.2	Marktactiviteiten door instellingen in de publieke sector	46
4.1.3	De Wet openbaarheid van bestuur	46
4.1.4	De Archiefwet 1995	47
4.2	Ten aanzien van het erfgoedplatform	48
4.2.1	Rechtsvorm	48
4.2.2	De vrijheid van het privaatrechtelijk georganiseerde platform	48
4.2.3	Databankenrecht	48
4.2.4	Databank in de publieke sector	48
4.2.5	Vrijwaring	48
4.2.6	Marktactiviteiten van het platform	48
4.2.7	Toegang tot content anders dan via het platform	49
4.2.8	User generated content en forumfuncties	49
	<b>LITERATUUR</b>	<b>51</b>
	<b>BIJLAGE</b>	<b>53</b>



[1]

inleiding



## 1.1 De onderzoeksvraag

### Aanleiding

Instellingen die cultureel erfgoed beheren hebben de beschikking over uniek materiaal waar het algemene publiek in geïnteresseerd is, maar waar ook commerciële partijen grote belangstelling voor hebben. Hoewel er interessante initiatieven zijn, is over het algemeen thematisch verwante informatie die Nederlandse erfgoedinstellingen onder zich hebben niet optimaal vanuit één site benaderbaar: wie op zoek gaat moet al snel bij verschillende organisaties langs (fysiek, of via websites) om de hand op het gewenste materiaal te kunnen leggen. De gedachte is dat dit wellicht beter kan: het moet mogelijk zijn om samenhangende informatie uit verschillende bronnen samen te brengen, om op verzoek downloads, afdrukken en datasets vanuit één platform, met de daarbij horende organisatie, te kunnen leveren. Idealiter dient dit te gebeuren op een zodanige manier, dat het economisch rendabel is. Het gaat dus om een vorm van cultureel ondernemerschap in de erfgoedsector.

### Doelgroep

Bij de aanlevering van digitale data aan een online platform door erfgoedinstellingen, het verwerken / bewerken van deze data door de exploitant van het platform en eventueel de eindgebruikers, en het doorleveren van data aan derden spelen ook juridische aspecten een rol. Het is dus van belang dat de juridische positie van allebetrokken erfgoedinstellingen, in de rol van content leveranciers, en de exploitant van het beoogde platform (in de rol van online databankbeheerder, publicist en datamakelaar) goed in beeld komt, omdat dit nodig is om een verantwoorde inschatting te kunnen maken van de perspectieven om een dergelijk platform met succes te kunnen exploiteren. Voor de genoemde betrokken partijen is deze verkenning geschreven.

### Focus

Er is dus een informatiebehoefte bij instellingen in de erfgoedsector om de meest relevante juridische aspecten van de verwerking van 'content' binnen de genoemde specifieke context verhelderd te krijgen. Het gaat daarbij om digitale gegevensobjecten die de erfgoedinstellingen onder zich

hebben, en de metadata die daar betrekking op hebben. Het doel van dit rapport is dat potentiële ontwikkelaars van online platforms, waarbij de uitwisseling en beschikbaarstelling van digitaal erfgoedmateriaal centraal staat, betrekkelijk eenvoudig hun informatie-rechtelijke positie kunnen bepalen, in relatie tot een verantwoorde exploitatie.

### CASUS: WIEWASWIE.NL

De opdrachtgever van dit onderzoek is de Stichting Archiefprogrammatuur (STAP). Via deze stichting werkt een aantal erfgoedinstellingen samen, die op basis van een nieuw te bouwen platform en de website 'WieWasWie.nl', die daar onderdeel van uitmaakt, persoonsgebonden historische informatie aan de consument en aan (eventueel commerciële) zakelijke afnemers willen aanbieden.<sup>1</sup> Het platform kent een businessmodel gericht op het borgen van continuïteit, zonder winstoogmerk. Een verdienmodel met betaalde dienstverlening aan publiek en zakelijke afnemers, op basis van de content, maakt onderdeel uit van het businessmodel. 'WieWasWie.nl' wordt de opvolger van Genlias<sup>2</sup> en de Digitale Stamboom. WieWasWie.nl vormt de voorbeeldcasus van dit onderzoek; het onderliggende businessmodel is een referentiepunt voor het onderzoek.

1 [www.wiewaswie.nl](http://www.wiewaswie.nl).

2 [www.genlias.nl](http://www.genlias.nl).

### Soort aanbieder en soort content

In dit onderzoek hebben we te maken met een aantal variabelen. In de eerste plaats is dat de status van de aanbieder van data: zit deze in het 'private' of 'publieke' domein? Ten tweede is er de aard van de aan te leveren content (digitale data): de ouderdom van de data in relatie tot wettelijke termijnen, zijn ze al dan niet beschermd door intellectuele eigendomsrechten, gaat het om persoonsgegevens, of om politiek / bestuurlijk gevoelig materiaal? Ook kan een onderscheid naar de bron relevant zijn: gaat het om data-objecten die een erfgoedinstelling door overbrenging (zoals bedoeld in de Archiefwet) of acquisitie onder zich heeft gekregen, of gaat het om (meta)data, die de instelling zelf heeft geproduceerd?

### Juridische praktijk

Als er sprake is van materiaal waarvan openbaarmaking mogelijk onrechtmatig of strafbaar is, is er sprake van onzekerheid, omdat onbekend is of er juridische stappen zullen worden genomen door rechthebbenden, belanghebbenden, toezichtinstanties als het College bescherming persoonsgegevens of door justitie. Vervolgens is dan weer onzeker hoe rechters daar, mogelijk in meer instanties, over denken. Een voorbeeld betreft de terbeschikkingstelling van NSB-kranten door de Koninklijke Bibliotheek (KB). De mogelijkheid bestond dat dit een strafbaar feit zou opleveren. De minister van justitie heeft aan deze onzekerheid gelukkig een eind gemaakt door uit te spreken dat er geen vervolging ingesteld zal worden, omdat men er van uit zal gaan dat de publicaties ten behoeve van zakelijke berichtgeving zullen zijn (waardoor geen sprake meer is van een strafbaar feit).<sup>1</sup>

### Beperkte jurisprudentie

Verder doet zich de omstandigheid voor dat er weinig gepubliceerde rechterlijke uitspraken voorhanden zijn die erfgoedinstellingen betreffen, en praktisch geen enkele die raakt aan het exploiteren van een platform zoals in dit onderzoek aan de orde is. Nieuwe wetgeving of jurisprudentie

kunnen hun invloed in de toekomst doen gelden, bijvoorbeeld op het terrein van het databankenrecht en het hergebruik van overheidsgegevens. Een en ander betekent dat voorbeelden elders moeten worden gezocht, en dat de uitspraken over juridische consequenties van wat beschreven wordt onvermijdelijk enigszins speculatief zullen zijn. De praktische handreikingen in dit advies moeten in het licht van deze onzekerheden worden gezien.

### Bestuurlijke verhoudingen

Een aantal vragen zal deze verkenning niet kunnen beantwoorden, omdat die alleen op instellingsniveau zijn te beantwoorden of onvoldoende betrekking hebben op informatierechtelijke aspecten. Zo gaat het rapport niet in op de vraag of de leiding van een archief- of andere erfgoedinstelling wel bevoegd is om een contract te sluiten met betrekking tot de beschikbaarstelling en exploitatie van informatie. Men zal zelf de bestuurlijke verhoudingen in acht moeten nemen, en vaststellen wat een eventueel mandaat toestaat. Om deze redenen is dit advies niet zonder meer voldoende om in een voorkomend geval tot een 'go/no go' beslissing ter zake van deelneming aan een platform in de zin van dit onderzoek te komen.

### 'Open data'

Wat behoren erfgoedinstellingen te doen? Mogen ze wel geld vragen voor het verstrekken van informatie die zich in het publieke domein bevindt? Zou dit niet strijdig kunnen zijn met hun missie? Ook dat zijn vragen die niet ten volle in het bestek van dit onderzoek aan de orde kunnen komen. Daarbij speelt een rol dat de mogelijkheid bestaat dat de beschikbaarheid van informatie voor de burger kwantitatief dan wel kwalitatief verbetert als er voor bepaalde dienstverlening een vergoeding kan worden gevraagd. Het onderzoek daarnaar moet niet worden verhinderd door a priori aan te nemen dat elke vorm van dienstverlening door erfgoedinstellingen gratis aangeboden zou moeten worden.

<sup>1</sup> <http://www.volkskrant.nl/binnenland/article1414612.ece/>  
Publicatie\_NSB-kranten\_door\_KB\_niet\_strafbaar.

## 1.3 Verantwoording aanpak

Er zijn verschillende benaderingen in een onderzoek als dit mogelijk: uitgaande van de verschillende betrokken partijen (aanbieders, exploitanten, gebruikers); naar verschillen in de type materialen (tekst, beeld, audiovisueel etc.), en een juridisch-systematische, die ruwweg uitgaat van de verschillende regelingen en leerstukken.

Er is voor de laatstgenoemde aanpak gekozen, vooral om herhalingen te voorkomen en om de juridische problematiek beter te laten uitkomen. In de conclusie zullen de uitkomsten wel separaat voor de (aspirant) aanbieders en voor de exploitant van een platform uiteengezet worden.

In de loop van het onderzoek is met een aantal mensen gesproken, en een eerdere versie van het rapport is aan deskundigen voorgelegd. Wie dit waren is opgenomen in een bijlage.



### Archiefwet en Auteurswet

Zowel de Archiefwet 1995 als de Auteurswet worden in de praktijk met 'Aw' aangeduid. Dat leidt meestal niet tot problemen, maar in dit rapport spelen beide wetten een rol. Daarom is voor de ongebruikelijke oplossing gekozen de Archiefwet 1995 tot 'Arw', en de Auteurswet tot 'Auw' af te korten.

### Businessmodel

Het 'Businessmodel WieWasWie' beschrijft het businessmodel, het verdienmodel en de business case op basis waarvan WieWasWie.nl economisch kan functioneren.<sup>2</sup>

### Content

Onder 'content' verstaat dit rapport digitale objecten, inclusief metadata.

### Metadata

Gestructureerde gegevens over digitale objecten.

### Databank

Een databank is een verzameling samenhangende digitale gegevens die op een gestructureerde manier bijeengebracht zijn. Nieuwe informatie kan worden toegevoegd, de gegevens kunnen op allerlei manieren worden gerangschikt en gecontroleerd, en op basis van zoekacties kunnen delen van de inhoud van een databank getoond worden.<sup>3</sup>

Voor bescherming op grond van de Databankenwet (zie 3.2.3) is nog vereist dat er een substantiële investering is gedaan. Een dataset is een hoeveelheid digitale gegevens die niet als databank kwalificeert.

### Platform

Met 'platform' bedoelt dit rapport de elektronische voorziening, die het mogelijk maakt dat content wordt verzameld en ingebracht en in bewerkte en / of verrijkte vorm weer ter beschikking wordt gesteld, mogelijk met aanvullende functionaliteiten. 'WieWasWie.nl' is het platform zoals dat door stichting STAP wordt ontwikkeld, maar ook de naam van de daaraan verbonden website.

2 Leila Liberge en Luc van Poelje, 2009.

3 DEN & Yola de Lussenet, 2008.



[2]

# Aanbieders van content uit de publieke sector



Aanbieders in het publieke domein moeten aan meer en aan andere regels voldoen dan aanbieders in de private sector. Hier volgt een bespreking van de belangrijkste wetgeving met betrekking tot de openbare informatievoorziening: de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en de Archiefwet 1995 (Arw). Ze moeten hier besproken worden, omdat het denkbaar is dat erfgoedinstellingen enig materiaal leveren aan het platform, en dat vervolgens blijkt dat dit zelfde materiaal met een beroep op een van deze wetten door elke burger direct opvraagbaar is bij de betreffende instelling. Dat is van invloed op de vraag hoe hoog een eventuele vergoeding voor dit materiaal vastgesteld kan worden, en er is dus ook een effect op de werking van een verdienmodel dat gebaseerd is op betaalde dienstverlening op basis van dit materiaal, zoals het businessmodel van WieWasWie.nl. Naar aanleiding van beide wetten kan iets gezegd worden over de prijsstelling bij het beschikbaar stellen van overheidsinformatie.

## 2.1 Wet openbaarheid van bestuur

### 2.1.1. Inleiding

De Wet openbaarheid van bestuur is de algemene wet die openbaarheid van overheidsdocumenten regelt. Er zijn veel regelingen met een op de betreffende materie toegesneden openbaarheidsvoorziening, die voorrang hebben boven de Wob. Juristen zeggen dan dat de Wob de 'lex generalis' is, en een bijzondere regeling 'lex specialis', waarbij de lex specialis de lex generalis opzij zet. Van een behandeling van bijzondere regelingen is hier afgezien, omdat dat het bestek van dit onderzoek te buiten gaat. Dat is onbevredigend, want deze niet onderzochte regelgeving bestrijkt veel interessante informatie. Het gaat dan bijvoorbeeld om gegevens als het handelsregister (Handelsregisterwet), de kadastrale registratie (Kadasterwet), de bevolkingsregisters (Wet GBA c.a.), de gegevens waar de politie over beschikt (Wet politieregisters), of gegevens rond bouwvergunningen (Woningwet). Content leveranciers moeten zich er van bewust zijn dat er mogelijk een ander openbaarheidsregime dan de Wob op bepaald materiaal van toepassing kan zijn.

De Wob valt in grote lijnen uiteen in twee delen: een deel dat gaat over actieve en passieve openbaarmaking, het 'klassieke' gedeelte, en een in 2006 ingevoegd gedeelte over hergebruik.

### 2.1.2 De 'klassieke' Wob

Uitgangspunt van de Wob is dat de burger toegang dient te hebben tot documenten die onder de overheid berusten. Het begrip 'document' moet ruim worden opgevat: een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat (art. 1a Wob). De 'klassieke' Wob is om een aantal redenen van relatief beperkt belang voor het onderhavige onderzoek: in de eerste plaats gaat het in de regel om betrekkelijk jonge gegevens. Materiaal wordt na twintig jaar vernietigd of overgebracht naar een archiefbewaarplaats, en in het laatste geval is de Archiefwet 1995 meestal van toepassing als het gaat om vragen omtrent openbaarheid. In de tweede plaats ziet de 'klassieke' Wob slechts op informatie die betrekking heeft op 'bestuurlijke aangelegenheden'. De jurisprudentie legt het criterium 'bestuurlijke aangelegenheid' echter wel ruim uit. Hoewel het een centraal begrip is in de systematiek van de wet heeft het inmiddels aan onderscheidend vermogen verloren: om aan te

nemen dat er sprake is van een bestuurlijke aangelegenheid is vaak al voldoende dat er enige verbinding met het beleid of de interne organisatie van een bestuursorgaan is vast te stellen.<sup>4</sup> Overigens kent de wet een flink aantal uitzonderingen en beperkingen, die openbaarmaking in de weg kunnen staan.

De 'klassieke' Wob is van toepassing op bestuursorganen: de ministers; bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties; bestuursorganen die onder verantwoordelijkheid van de eerder genoemde organen werkzaam zijn, en andere bestuursorganen voor zover die niet bij een algemene maatregel van bestuur uitgezonderd zijn.<sup>5</sup> Voor dit onderzoek is relevant dat de NOS voor een groot deel is uitgezonderd, namelijk het deel dat geen betrekking heeft op de coördinatie van programma's en het indelen van de zendtijd.

De NOS als eigenaar / beheerder van omroeparchieven valt dus buiten het bereik van hoofdstuk III en IV van de Wob (passieve en actieve openbaarmaking). Ook private organisaties kunnen overigens onder de Wob vallen, indien en voor zover zij een publieke taak uitoefenen.

De 'klassieke' Wob maakt een onderscheid tussen openbaarmaking uit eigen beweging (actieve openbaarmaking) en openbaarmaking op verzoek (passieve openbaarmaking):

#### ♦ Actieve openbaarmaking (hoofdstuk IV Wob)

De Wob schrijft voor dat bestuursorganen informatie over hun beleid uit eigen beweging verschaffen, 'zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering'.<sup>6</sup> Het gaat hier om niet in rechte afdwingbare rechten en verplichtingen. De verhouding tussen deze wettelijke opdracht en de beschikbaarstelling van cultureel erfgoed is daarmee grotendeels een beleidskwestie en wordt in deze juridische verkenning verder niet uitgewerkt.

#### ♦ Passieve openbaarmaking (hoofdstuk III Wob)

Bestuursorganen in de zin van Wob zijn verplicht om verzoeken om informatie te honoreren, als het gaat om vastgelegde informatie die bij het betreffende orgaan berust (een 'document'). Een verzoek moet een 'bestuurlijke

<sup>4</sup> T. Brandsen e.a., 2004 (p. 9).

<sup>5</sup> Artikel 1a Wob; Besluit van 11 september 1998 (Besluit bestuursorganen Wno en Wob).

<sup>6</sup> Artikel 8 Wob.

## (2.1 Wet openbaarheid van bestuur)

aangelegenheid' betreffen en voldoende specifiek zijn.<sup>7</sup> Informatieverstrekking gebeurt in beginsel in de vorm die de aanvrager als zijn voorkeur heeft opgegeven, bijvoorbeeld door er een kopie van te geven. Andere vormen, zoals de levering van een dataset of databank, zijn ook mogelijk. De beweegredenen van de aanvrager mogen geen rol spelen.

Het bestuursorgaan is niet verplicht de informatie in de door de verzoeker aangegeven vorm te verstrekken als dat redelijkerwijze niet gevegd kan worden, maar ook als de informatie al in een voor de verzoeker gemakkelijk toegankelijke vorm beschikbaar is.<sup>8</sup> Informatieverstrekking uit eigen beweging, al dan niet verband houdende met actieve informatieverstrekking in de zin van de Wob, kan dus de afhandeling van Wob-verzoeken vereenvoudigen. Met een verwijzing naar een website, waar de benodigde gegevens al staan, kan in voorkomende gevallen worden volstaan; ook als de website gefaciliteerd wordt door een platform waarvan het bestuursorgaan niet de exploitant is.

*Een platform dat bij een privaatrechtelijke rechtspersoon is ondergebracht is geen bestuursorgaan en kan dus niet worden aangesproken op passieve openbaarmaking in termen van de klassieke Wob. Wel kan een platform door bestuursorganen worden gebruikt als instrument bij het voldoen aan informatieverzoeken op basis van de Wob. Hierbij maak het verschil of het bestuursorgaan dit structureel of incidenteel wil doen. In het eerste geval is het zaak dat bestuursorgaan en platform een overeenkomst aangaan. Speciale aandacht verdient daarbij het onderwerp van de verstrekingskosten. Ook bij incidentele gevallen is dit een aandachtspunt.*

### Uitzonderingen en beperkingen

Zowel de informatieverstrekking op verzoek als uit eigen beweging is onderworpen aan uitzonderingen en beperkingen. Dit zijn weigeringsgronden die zijn toegespitst op de informatieverstrekking op verzoek, maar ze zouden vanzelfsprekend ook een belangrijke rol moeten spelen bij de beslissing bepaalde informatie al dan niet uit eigen beweging ter beschikking te stellen. Als het gaat om documenten die zijn opgesteld ten behoeve van 'intern beraad' geldt een beperking als het document 'persoonlijke beleidsopvattingen' bevat. In dat geval wordt over die beleidsopvattingen geen informatie verstrekt. Wel is het mogelijk om de informatie te verstrekken in een niet tot personen herleidbare vorm.<sup>9</sup>

Artikel 10 van de Wob somt de uitzonderingsgronden op. Voor dit onderzoek is vooral relevant dat gegevensverstrekking geweigerd kan worden als het materiaal persoonsgegevens bevat, en de betrokkene deze niet zelf openbaar heeft gemaakt of toestemming voor openbaarmaking heeft gegeven.

Gegevensverstrekking zoals hierboven beschreven kan juridisch worden afgedwongen. De Algemene wet bestuursrecht stelt eisen aan besluiten van bestuursorganen en geeft regels voor bezwaar en beroep. Op grond van deze regels moet een besluit zorgvuldig genomen worden met afweging van de betrokken belangen, en deugdelijk gemotiveerd zijn. In geval van weigering kan een burger een bezwaarschrift indienen. Daarna staat de weg open voor beroep bij de rechtbank (bestuurskamer) en daarna voor hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Een bestuursorgaan kan dus door de rechter worden gedwongen om bepaalde informatie te verstrekken, mogelijk ook in een bepaalde vorm.

*De uitzonderingen en beperkingen in de Wob zijn niet relevant voor platforms zolang zij niet als loket fungeren dat een bestuursorgaan inzet om aan zijn informatieplicht te voldoen. Als dat laatste het geval is moet dit onderwerp een rol spelen in de overeenkomst tussen bestuursorgaan en platform.*

7 Artikel. 3 Wob.

8 Artikel 7 Wob.

9 Artikel 11 Wob.

## Kosten en prijsbepaling

Voor informatieverstrekking op grond van de ‘klassieke’ Wob kan een vergoeding gevraagd worden. Voor de centrale overheid zijn de tarieven vastgesteld in een besluit, een algemene maatregel van bestuur.<sup>10</sup> Minder dan zes kopieën van schriftelijke stukken zijn gratis, voor 6 tot 13 kopieën kan € 4,50 in rekening gebracht worden, en in geval van 14 of meer kopieën zijn de kosten € 0,35 per kopie (Artikel 2 genoemd besluit). Artikel 3 van het besluit bepaalt dat indien een vergoeding in rekening wordt gebracht voor het verstrekken van kopieën van ander materiaal dat gegevens bevat, deze niet meer bedraagt dan de kostprijs. De kostprijs speelt dus in de

‘klassieke’ Wob een rol, maar hoe deze prijs berekend moet worden vermeldt het besluit niet. Het lijkt er op dat het om ‘verstrekkingkosten’ gaat. De Wob laat de vaststelling van de tarieven bij andere bestuursorganen over aan hun besturen.<sup>11</sup> Veel bestuursorganen conformeren zich aan het genoemde besluit, de regeling voor de centrale overheid. Deze stamt overigens duidelijk uit het papieren tijdperk. Er is weinig bekend over welke kosten er berekend worden (en – juridisch gezien – kunnen worden) voor digitale kopieën of het ter beschikking stellen van gegevens in de vorm van een dataset of databank. Wel is het zo dat voor het in behandeling nemen van een Wob-verzoek geen kosten in rekening mogen worden gebracht.<sup>12</sup>

*Verstrekkingkosten kunnen een thema vormen bij actieve en passieve openbaarmaking wanneer een platform door bestuursorganen zou worden ingezet als instrument bij het voldoen aan informatieverzoeken op basis van de klassieke Wob. De verantwoordelijkheid ligt hierbij in eerste instantie bij het bestuursorgaan. Als een bestuursorgaan een overeenkomst aangaat met een platform met het oog op het faciliteren van informatieverzoeken op basis van de Wob, dan zal het thema van de verstrekkingkosten aandacht moeten krijgen in de overeenkomst.*

<sup>10</sup> Besluit van 5 februari 1993, houdende tarieven voor het verstrekken van kopieën, uittreksels en samenvattingen op verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur.

<sup>11</sup> Artikel 14 Wob.

<sup>12</sup> Rechtbank ‘s-Gravenhage, 28 april 2010, LJN BM4074.

## (2.1 Wet openbaarheid van bestuur)

### ► SAMENVATTING

#### 'Klassieke' Wob

- › Het gaat in de regel om materiaal dat jonger is dan 20 jaar;
- › Bestuursorganen in de zin van de Wob zijn verplicht op verzoek informatie te verstrekken over 'bestuurlijke aangelegenheden';
- › Het gaan dan om informatie die is vastgelegd in een onder het orgaan berustende bestaande gegevensdrager;
- › Er is een aantal beperkingen en uitzonderingsgronden, waarvan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer de meest relevante is;
- › Wat betreft de vorm waarin de informatie wordt verstrekt heeft het bestuursorgaan een zekere discretie;
- › Voor het in behandeling nemen van een verzoek mogen geen kosten (leges) in rekening worden gebracht;
- › Het belang van de aanvrager (en dus het voorgenomen gebruik) doet niet ter zake;
- › Actieve openbaarmaking in de zin van de Wob is niet voor de rechter afdwingbaar;
- › Voor de verstrekking van kopieën, samenvattingen e.d. mag wel een vergoeding gerekend worden. Bestuursorganen van de centrale overheid zijn gebonden aan een besluit ter zake, andere bestuursorganen mogen de vergoeding zelf vaststellen. Over de vergoeding die gevraagd kan worden voor digitale kopieën of het ter beschikking stellen van een databank is weinig bekend.

### CASUS

#### WieWasWie.nl en de klassieke Wob

Het beschikbaarstellen van content via WieWasWie.nl betreft actieve openbaarmaking en kan daarmee in verband worden gebracht met de opdracht aan bestuursorganen tot actieve openbaarmaking in de Wob. Omdat het vaak om minder recente informatie zal gaan (ouder dan 20 jaar, de termijn van overbrenging naar een archiefbewaarplaats), en al openbaar beschikbaar en/of opvraagbaar via leveranciers (passieve openbaarmaking), zal een platform niet snel met de Wob te maken krijgen. Wel kan het platform door bestuursorganen worden gebruikt als instrument bij het voldoen aan informatieverzoeken op basis van de Wob, namelijk wanneer de gevraagde informatie al via WieWasWie.nl aangeboden wordt. In de praktijk kunnen verstrekingskosten een knelpunt gaan vormen omdat WieWasWie.nl een abonnementsstructuur kent voor het inzien en downloaden (en dus kopiëren) van originele bronnen, en de verstrekingskosten in een Wob-traject zeer onoverzichtelijk zijn.



### 2.1.3 De hergebruikregeling in de Wob, hoofdstuk V-A

Het hergebruik-hoofdstuk in de Wob is niet van toepassing op

- ◊ informatie in het bezit van omroepen ten behoeve van de vervulling van een publieke omroep taak;
- ◊ informatie in het bezit van onderwijs- en onderzoekinstellingen;
- ◊ informatie in het bezit van culturele instellingen.<sup>13</sup>

Desalniettemin is het zinvol de regeling te bespreken, omdat dit inzicht geeft in de manier waarop over het hergebruik van overheidsinformatie gedacht wordt.

Uitgangspunt van de 'klassieke' Wob lijkt te zijn dat informatie tegen niet meer dan de verstrekkingkosten wordt verschaft.

De hergebruikregeling maakt het mogelijk om, bij wijze van uitzondering, een op het ruimere begrip 'kosten' gebaseerde vergoeding te vragen. De vergoeding mag dan niet hoger zijn dan de kosten van verzameling, productie, vermenigvuldiging en verspreiding van de informatie, vermeerderd met een redelijk rendement op investeringen.<sup>14</sup> Onder 'hergebruik' wordt verstaan: het gebruik van informatie die openbaar is op grond van de Wob of een andere wet, en die is neergelegd in documenten berustend bij een overheidsorgaan, voor andere doeleinden dan het oorspronkelijke doel binnen de publieke taak waarvoor de informatie is geproduceerd.

De hergebruikregeling kent niet de inperking tot 'bestuurlijke aangelegenheid' die wel geldt voor de 'klassieke' Wob.<sup>15</sup> Bij de prijsstelling mag onderscheid gemaakt worden naar de soort van het voorgenomen gebruik.

Het is verwarrend dat de hergebruikregeling het begrip 'overheidsorgaan' hanteert, dat ruimer is dan 'bestuursorgaan' in de 'klassieke' Wob. Zo zijn de kamers van de Staten-Generaal, de rechterlijke macht, de Raad van State, De Algemene Rekenkamer en de Nationale Ombudsman wel overheidsorgaan, maar geen bestuursorgaan. Overigens is het zo dat de 'klassieke' Wob weer niet van toepassing is op bepaalde bestuursorganen, zoals genoemd in een apart besluit. Het gaat om het 'Besluit bestuursorganen WNo en Wob' dat onder meer de NOS uitzondert voorzover het gaat om andere taken dan coördinatie van programma's en het indelen van zendtijd.

De hergebruikregeling geldt niet voor informatie als deze kwalificeert als een werk in de zin van de Auteurswet, en de maker (of de rechtverkrijgende) geen overheidsorgaan is. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor een opname van een uitvoering, een fonogram, eerste vastlegging van een film of een opname van een programma als een overheidsorgaan niet respectievelijk de uitvoerend kunstenaar, producent of omroeporganisatie is, of rechtverkrijgende. Ten slotte is de regeling ook niet van toepassing op een databank als een overheidsorgaan niet de producent of rechtverkrijgende is. De ratio is dat de hergebruikregeling niet mag treden in de intellectuele eigendomsrechten van derden.

<sup>13</sup> De memorie van toelichting bij de wet waarmee de hergebruikregeling werd geïmplementeerd zegt over het begrip 'culturele instellingen': 'Tot slot valt ook informatie van culturele instellingen, zoals musea, orkesten, operahuizen, balletgezelschappen, theaters, archieven en bibliotheken niet onder hoofdstuk V-A'. Kamerstukken II 2004-2005, 30188 nr. 3 (p. 12-13).

<sup>14</sup> Artikel 11h Wob.

<sup>15</sup> Artikel 1.h Wob.

## (2.1 Wet openbaarheid van bestuur)

Het feit dat men als erfgoedinstelling over het fysieke object beschikt, of zelfs de eigenaar daarvan is, zegt weinig over de vraag wie intellectuele eigendomsrechten kan doen gelden. Deze intellectuele eigendomsrechten (in dit onderzoek beperkt tot auteursrecht en databankrecht) komen in hoofdstuk 3 aan de orde. Daarop vooruitlopend kan gesteld worden dat het bij persoonsgebonden informatie (relevant voor WieWasWie.nl) vaak zal gaan om materiaal dat niet auteursrechtelijk beschermd is omdat een creatief element ontbreekt (bijvoorbeeld afschriften van akten burgerlijke stand, of technische reproducties zoals scans), of om materiaal dat van de overheid afkomstig is en om die reden vrijelijk mag worden gebruikt.

*Betaalde dienstverlening via een platform is verenigbaar met de toepassing van de regeling hergebruik van de Wob. Voorwaarde daarbij is dat de gevraagde vergoedingen (ten hoogste) op 'kosten' gebaseerd zijn.*

*In het kader van de regeling hergebruik van de Wob is het daarnaast zaak de uitzonderingsbepalingen in het oog te houden: het gaat alleen om informatie die al op grond van wettelijke regels openbaar is. De content leverancier dient er dus op toe te zien dat dataleveranties plaatsvinden conform de geldende beperkingen. Het is raadzaam dat de exploitant zich door de content leverancier laat vrijwaren tegen schade door eventuele fouten op dit gebied.*

*Van belang is ook dat, zolang de exploitatie en het eigendom van de databank (van het platform) in een private rechtspersoon wordt ondergebracht waarin meerdere content leveranciers deelnemen, de regeling hergebruik van de Wob niet van toepassing is op de databank. Alleen overheidsorganen kunnen worden aangesproken.*

### Richtlijn 2003/98/EG (Richtlijn hergebruik van overheidsinformatie)<sup>16</sup>

Hoofdstuk V-A van de Wob is gebaseerd op een Europese richtlijn uit 2003 (ondanks de benaming een dwingend voorschrift voor de EU-lidstaten, dus ook Nederland). In 2009 is deze richtlijn door de Europese Commissie geëvalueerd, waarbij ook de bovengenoemde uitsluiting van culturele instellingen en omroepen aan de orde is geweest. De Commissie kwam echter tot de slotsom dat de uitsluiting gehandhaafd kon blijven en dat het toepassingsgebied van de richtlijn dus niet in genoemd opzicht moest worden verruimd. In 2012 zal de richtlijn opnieuw worden geëvalueerd: als de richtlijn daarna aangepast zou worden, is Nederland verplicht die wijziging in de nationale wetgeving te verwerken.

In dit verband is relevant dat de Commissie zich er zorgen over maakt dat informatie uit het publieke domein na digitalisering – in die digitale vorm – minder goed toegankelijk is: 'toch is er tendens onder culturele instellingen om geld te vragen voor het inzien of opnieuw gebruiken van gedigitaliseerd materiaal uit het publieke domein. Dit zou ertoe kunnen leiden dat dit materiaal in het digitale tijdperk juist geprivatiseerd wordt in plaats van zoveel mogelijk te worden verspreid en gebruikt door burgers en bedrijven. De Commissie zal deze ontwikkeling nauw in het oog houden.'<sup>17</sup> De onderliggende opvatting lijkt te zijn dat overheidsinformatie, ook in bewerkte of geaggregeerde vorm, gratis of tegen verstrekkingskosten verkrijgbaar behoort te zijn.

*Verandering van de regelgeving op basis van Europese richtlijnen is voorlopig niet aan de orde. In 2012 vindt een evaluatie van de richtlijn 'hergebruik van overheidsinformatie' plaats. Aandachtspunt daarbij zal zijn het effect van het toepassen van verdienmodellen op openbaarheid van overheidsinformatie.*

<sup>16</sup> Richtlijn 2003/98 van het Europese Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie, PbEG 2003, L 345/93.

<sup>17</sup> COM(2009) 212 definitief.

## ► SAMENVATTING

### Hergebruikregeling Wob

- › De uitsluiting van informatie die berust bij culturele instellingen, en de uitsluiting van auteurs-, nabuur- of databankrechtelijk beschermd materiaal (waarbij een derde/niet-overheidsorgaan rechthebbende is) betekent dat de hergebruikregeling niet snel relevant zal zijn voor een erfgoedplatform en de aanleverende instellingen in de zin van deze verkenning;
- › De uitsluiting van informatie die berust bij culturele instellingen kan in de toekomst ter discussie komen te staan;
- › De hergebruikregeling betreft overheidsorganen, wat een ruimer begrip is dan het begrip bestuursorgaan in de 'klassieke' Wob;
- › Het hoeft niet om een bestuurlijke aangelegenheid te gaan;
- › Er kunnen andere en/of meer kosten in rekening gebracht worden dan bij informatieverstrekking op basis van de 'klassieke' Wob;
- › Bij de prijsstelling kan gedifferentieerd worden naar vorm van gebruik.

## CASUS

### WieWasWie.nl en de hergebruikregeling in de Wob

Het verdienmodel van WieWasWie.nl is in lijn met de hergebruikregeling van de Wob. Deze regeling eist dat de gevraagde vergoeding (alleen) op kosten gebaseerd moeten zijn. Aangezien WieWasWie.nl geen winstoogmerk kent, sluit dit aan, in aanmerking nemende dat er geen kosten gemaakt worden die niet bijdragen aan de dienstverlening aan gebruikers.

Zolang de exploitatie en het eigendom in een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt ondergebracht waarin meerdere content leveranciers deelnemen geldt tevens dat de Wob niet van toepassing is op de databank van WieWasWie.nl.vormen omdat WieWasWie.nl een abonnementstructuur kent voor het inzien en downloaden (en dus kopiëren) van originele bronnen, en de verstrekingskosten in een Wob-traject zeer onoverzichtelijk zijn.

### 2.2 Archiefwet 1995

De Archiefwet 1995 stelt eisen aan de informatiehuishouding van overheidsorganen. ‘Overheidsorgaan’ is een ruim begrip (zie eerder bij de hergebruikregeling, 2.1.3). Voor dit onderzoek is van belang dat archiefbescheiden die ouder zijn dan twintig jaar, en die niet voor vernietiging in aanmerking komen, naar een archiefbewaarplaats gaan: de overbrenging. Vanaf het moment van overbrenging is het regime van de Archiefwet 1995 en het Archiefbesluit van toepassing als het om de openbaarheid van informatie gaat, en niet meer dat van de ‘klassieke’ Wob. In bepaalde opzichten is het regime van de Archiefwet 1995 ruimer dan dat van de ‘klassieke’ Wob: de Archiefwet 1995 bestrijkt overheidsorganen in plaats van bestuursorganen, en kent niet de beperking tot bestuurlijke informatie. Maar in bepaalde opzichten is de werking van de Archiefwet 1995 ook beperkter: er is geen voorziening voor actieve informatieverstrekking, en de archiefdienst moet inzage verlenen, maar is niet verplicht documenten over een bepaald onderwerp bij elkaar te zoeken.<sup>18</sup> Verder kent de Archiefwet 1995 geen inhoudelijke voorziening voor de in rekening te brengen kosten voor afschriften en dergelijke. Er is alleen bepaald dat als er kosten in rekening worden gebracht, degene die op grond van de wet de zorg heeft voor de archiefbescheiden hieromtrent regels moet hebben gesteld.<sup>19</sup> De consequenties van een en ander voor openbaarheid en voor de onderzoeksvraag worden hieronder uiteengezet.

Uitgangspunt van de Archiefwet 1995 is dat eenmaal overgebrachte archiefbescheiden openbaar zijn, in de zin dat ze kosteloos raadpleegbaar zijn en dat men er afbeeldingen, uittreksels en bewerkingen van kan maken of laten maken.<sup>20</sup> Voor archiefbescheiden die van de overheid afkomstig zijn kunnen bij de overbrenging beperkingen aan de openbaarheid worden gesteld, onder meer met het oog op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.<sup>21</sup> Voor archiefbescheiden die niet van een overheidsorgaan afkomstig zijn geldt wat er bij opname is bepaald.<sup>22</sup>

Is de archiefdienst verplicht data(sets) te leveren aan wie daarom vraagt, en zo ja in welke vorm? Het uitgangspunt van de Archiefwet 1995 is een inzagerecht en het recht kopieën en dergelijke te maken. Deze verplichting geldt ook alleen voor wat de archiefinstelling op grond van de wet onder zich heeft; eigen (toegevoegde) informatie, zoals indexen en metadata, valt er niet onder. Over alles wat verder gaat dan de genoemde vorm van openbaarheid heeft de archiefbeheerder zeggenschap, uiteraard binnen de grenzen van de Archiefwet 1995, andere wetgeving en zijn mandaat. Ook dienen hierbij ook de gezagsverhoudingen in het oog te worden gehouden. Zo zal de archiefbeheerder van een stadsarchief zich met de wethouder moeten verstaan. De archiefbeheerder van een archief dat is ingesteld bij een gemeenschappelijke regeling heeft mogelijk toestemming nodig van de deelnemers in deze gemeenschappelijke regeling (bijvoorbeeld de wethouder van een of meer gemeentes, of de minister van OC&W).

*Content leveranciers zijn zelf verantwoordelijk voor het voldoen aan het inzagerecht dat burgers aan de Archiefwet ontlelen. Als zij hieraan willen voldoen met gebruikmaking van een platform dan zullen zij dit expliciet met dit platform moeten regelen. Het platform kan niet aangesproken worden op eventueel niet-voldoen aan het inzagerecht dat in de Archiefwet is vastgelegd.*

18 Men zegt dat de Archiefwet 1995 het zogenaamde ‘documentstelsel’ als uitgangspunt heeft, en de klassieke Wob het ‘informatiestelsel’.

19 Artikel 19 Arw.

20 Artikel 14 Arw.

21 Artikel 15 lid 1 Arw.

22 Artikel 1.c.3 jo artikel 16 lid 1 Arw.

## Prijsbepaling

Welke kosten mogen in rekening worden gebracht? Voor extra voorzieningen naast de conventionele zoekmogelijkheid kunnen kosten in rekening worden gebracht.

De verantwoordelijke moet dat wel hebben geformaliseerd.<sup>23</sup>

Ketelaar en Noordam zeggen hierover het volgende:

‘Overigens bestaat er min of meer consensus over het feit, dat door archiefdiensten toegevoegde waarde aan de bezoeker in rekening mag worden gebracht. Dit kan een nadere toegang betreffen (papier of digitaal), de mogelijkheid om archiefbescheiden vanuit willekeurige locaties online te raadplegen, aanbieden van extra service en zoektijd besparende alternatieven’.<sup>24</sup> Voor levering via een erfgoedplatform, waarbij toegevoegde waarde wordt gerealiseerd, mag dus in principe ook een vergoeding worden gevraagd.

*Betaalde dienstverlening via een online platform is mogelijk omdat het een extra voorziening betreft waarvoor kosten in rekening gebracht mogen worden. Als een bepaalde dienstverlening uitsluitend via het platform genoten kan worden moet men de gevraagde vergoeding formaliseren, d.w.z. in de tarievenlijst opnemen.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Op grond van de artikelen 19 en 14 Arw., waarin staat dat de zorgdrager (degene die bij of krachtens de wet belast is met de zorg voor archiefbescheiden) regels vaststelt omtrent de kosten voor het maken van afschriften.

## Rechtsgronden voor het vragen van vergoedingen voor het beschikbaar stellen van materiaal

Is er een juridische basis voor het vragen van een vergoeding voor handelingen die verder gaan dan het verlenen van inzage en het recht reproducties te maken, zoals dat in de Archiefwet 1995 staat?

Soms kan het vragen van een vergoeding gebaseerd worden op een intellectueel eigendomsrecht, vooral auteursrecht of databankenrecht. Dit is mogelijk in slechts twee gevallen: de archiefdienst is zelf rechthebbende, of de archiefdienst heeft afspraken met de rechthebbenden, bijvoorbeeld bij de exploitatie van een beeldbank.

De archiefdienst is zelf rechthebbende als:

- ◊ Ze producent is van een databank, of een databankenrecht overgedragen heeft gekregen (zie 3.2.2/3)
- ◊ Ze als werkgever auteursrechthebbende is, omdat inhoudelijk materiaal door werknemers is gemaakt (bijvoorbeeld metadata, beschrijvingen, inventarissen)
- ◊ Als materiaal door anderen (bijvoorbeeld free lancers) is gemaakt en het auteursrecht schriftelijk aan het archief is overgedragen.

Men moet in het oog houden dat het scannen van documenten nooit een auteursrecht oplevert, omdat scannen geen creatief element toevoegt, wat normaliter een vereiste is voor het ontstaan van auteursrecht. Als toch auteursrecht wordt geclaimd op een scan van materiaal uit het publieke domein is dat hoogstwaarschijnlijk bluf, en houdt dat juridisch geen stand. Zoals hierna nog aan de orde komt is het wel zo dat men gebruik kan maken van de omstandigheid dat men in het feitelijke (mogelijk zelfs exclusieve) bezit van de scans is (de elektronische bestanden of prints daarvan). Ook kunnen er contractuele afspraken zijn gemaakt over eigendom en gebruik van het scanresultaat.

Een andere mogelijke juridische constructie is die via de uitoefening van het (fysieke) eigendomsrecht. Het gaat dan om de eigendom van het fysieke object: het papier of de elektronische gegevensdrager. Die grondslag zal meestal niet van toepassing zijn, omdat archiefdiensten in de regel geen

<sup>23</sup> Artikel 19 Arw.

<sup>24</sup> F.C.J. Ketelaar & C.G.M. Noordam, 2005 (p. 58), onderstreping in origineel.

### (2.2 Archiefwet 1995)

eigenaar zijn van het fysieke materiaal dat ze beheren. Dit is uiteraard anders als zij materiaal zelf geacquireerd hebben. Deze argumentatie is wel van belang voor de rechtstreekse relatie tussen content leverancier en gebruiker, maar niet voor de levering van informatie door een platform. Of een platform een vergoeding kan vragen voor dienstverlening staat los van wie de eigenaar is van een onderliggend fysiek object.

Dan blijft nog over een al aangestipte niet-juridische grond, namelijk de omstandigheid dat de archiefinstelling de feitelijke macht heeft over het materiaal.

Om die simpele reden kan men geld vragen, maar ook andere voorwaarden stellen. Of er daadwerkelijk een vergoeding wordt gevraagd en welke grondslag men kiest is een kwestie van beleid.<sup>25</sup>

Er worden ook wel zogenaamde 'behandelingskosten' in rekening gebracht, waarmee de inzet van mensuren gedekt wordt, en 'dupliceringskosten' voor bijvoorbeeld de geleverde gegevensdragers en porto.

*Betaalde dienstverlening via een online platform kan juridisch onderbouwd worden op basis van:*

- Een intellectueel eigendomsrecht, vooral auteursrecht en databankenrecht;
- Feitelijke macht over het materiaal.

### Beperkingen

Eerder is al vermeld dat er conform artikel 15 Archiefwet 1995 bij de overbrenging op bepaalde gronden beperkingen kunnen worden vastgesteld die verhinderen dat documenten, afkomstig van de overheid, openbaar zijn. Dat betekent dus dat ze niet op de leeszaal ter beschikking gesteld kunnen worden op verzoek (passieve informatieverstrekking), en dan uiteraard ook niet via internet of anderszins (actieve informatieverstrekking). Met betrekking tot archiefbescheiden afkomstig van private archieven kunnen allerlei beperkingen zijn gesteld. Daarvoor moet de betreffende overeenkomst of de beschikking van opname worden geraadpleegd.

*De content leverancier dient er op toe te zien dat dataleveranties plaatsvinden conform de geldende beperkingen. Het is raadzaam dat de exploitant zich laat vrijwaren door de content leverancier tegen schade door eventuele fouten op dit gebied.*

<sup>25</sup> Men kan een onderscheid waarnemen tussen aanhangers van het profijtbeginsel en van voorstanders van wat ik maar kortweg een zo groot mogelijk 'publiek domein' noem. Zie hiervoor ook de doctoraalscriptie van A.R.M. (Sandra) Flaar, 2009. Internet: <http://dare.uva.nl/scriptie/303469>.

## ► SAMENVATTING

### Openbaarheidsregels in de Archiefwet 1995

Uitgangspunt van de Archiefwet is een inzagerecht, en het recht afschriften of kopieën te maken. Bij de overbrenging van (overheids)archiefbescheiden kunnen echter beperkingen aan deze openbaarheid zijn gesteld, op een aantal met name genoemde gronden.

## CASUS

### WieWasWie.nl en de Archiefwet

De content leverancier kan zijn verplichtingen op grond van de Archiefwet 1995 niet afwentelen op het platform. Hieruit volgt dat WieWasWie.nl niet kan worden aangesproken met een beroep op de openbaarheidsregeling van de Archiefwet.

De betaalde dienstverlening zoals voorzien op basis van het verdienmodel WieWasWie.nl is conform de Archiefwet 1995 omdat het een extra voorziening betreft waarvoor kosten in rekening gebracht mogen worden.

Voorwaarde is wel dat elke content leverancier er voor zorgt dat de gevraagde vergoeding wordt geformaliseerd.

De juridische onderbouwing van de betaalde dienstverlening kan bij WieWasWie.nl plaatvinden op basis van:

- ◊ Een intellectueel eigendomsrecht , vooral auteursrecht en databankenrecht;
- ◊ Feitelijke macht over het materiaal.

De content leverancier dient er op toe te zien dat dataleveranties plaatsvinden conform de geldende beperkingen. WieWasWie.nl dient zich contractueel te laten vrijwaren door de content leverancier tegen schade door eventuele fouten op dit gebied.

## 2.3 Belemmeringen buiten de Wet openbaarheid van bestuur en de Archiefwet 1995

### 2.3.1. Inleiding

Naast de eerder genoemde beperkingen zijn er nog andere redenen die mogelijk verhinderen dat erfgoedinstellingen materiaal zelf openbaar maken, of aan een platform ter beschikking stellen ter openbaarmaking. Het gaat onder meer om rechten van intellectuele eigendom en om de bescherming van persoonsgegevens.<sup>26</sup> Verder kunnen zich beperkingen voordoen in de vorm van subsidievoorwaarden. Hiervan is ook een privaatrechtelijke variant, namelijk als de archiefinstelling met betrekking tot zeker materiaal een overeenkomst heeft gesloten die beperkingen oplegt.

### 2.3.2 Beperkingen op grond van subsidievoorwaarden

Het is mogelijk dat een subsidie is verleend voor digitalisering, onder de voorwaarde dat men het betreffende materiaal kosteloos via internet ter beschikking van het publiek stelt. Als dit zich voordoet vormt dit een probleem voor de erfgoedinstelling als deze het materiaal toch tegen (een vorm van) betaling aanbiedt. Er dreigt dan een conflict met de subsidiegever, waarbij een terugvordering van het subsidiebedrag een niet geheel ondenkbare consequentie zou kunnen zijn.<sup>27</sup>

### 2.3.3 Beperkingen op grond van een overeenkomst: het scannen van erfgoedmateriaal

Er zijn wel contracten afgesloten door erfgoedinstellingen waarbij een wederpartij de mogelijkheid kreeg materiaal te scannen. Afsproken werd dan bijvoorbeeld dat de erfgoedinstelling de beschikking kreeg over het resultaat van het scannen, de bestanden, en deze alleen gratis ter beschikking aan derden mocht stellen. Op grond van een dergelijke contractuele bepaling kan het problematisch zijn om materiaal zelf, of via een platform, tegen betaling aan te bieden. Om precies uit te vinden welke mogelijkheden de erfgoedinstelling

dan nog heeft zullen de bewoordingen van het contract en de bedoelingen van de beide contractspartners nader bestudeerd moeten worden. Niet-nakoming van een beperking levert contractbreuk op.<sup>28</sup> De mogelijke gevolgen daarvan zijn afhankelijk van de bewoordingen van de overeenkomst en de reactie van de wederpartij.

*Contractvoorwaarden verbonden aan digitalisering die een beperking stellen aan terugverdienmogelijkheden kunnen een belemmering vormen voor het realiseren van continuïteit van een platform, dat werkt op basis van betaalde dienstverlening met betrekking tot content. Het is zaak dat erfgoedinstellingen hier bij het aangaan van contracten rekening mee houden.*

### 2.3.4 Auteursrecht en naburige rechten

De problematiek van het auteursrecht en daarop lijkende rechten betreft een tamelijk uitgebreide en complexe materie die niet in het bestek van deze verkenning volledig behandeld kan worden. Men raadplege de Juridische Wegwijzer Archieven en Musea online: daarin zijn ook stappenplannen opgenomen die erfgoedinstellingen inzicht kunnen geven in hun juridische positie.<sup>29</sup> Enkele belangrijke aspecten worden hieronder uiteengezet.

Het auteursrecht geeft de maker van een oorspronkelijk werk (of diens rechtverkrijgende) het exclusieve recht tot openbaarmaking en verveelvoudiging. Anderen die dit zouden willen doen moeten dus in de regel toestemming vragen. De eigendom of het bezit van fysiek materiaal zegt niet veel over eventuele auteursrechten die aan dat materiaal verbonden zijn. In de regel kan op alles dat met enige creativiteit tot stand is gekomen auteursrecht rusten, bijvoorbeeld op teksten, foto's en tekeningen.<sup>30</sup> Het maken van een foto of een scan van een tweedimensionaal object levert geen (nieuw) auteursrecht op, omdat het om een technische handeling gaat

<sup>26</sup> Zie voor een uitgebreide opgave (bijvoorbeeld portretrecht en strafrechtelijke aansprakelijkheid): A. Beunen & T.A. Schiphof, 2006.

<sup>27</sup> De Algemene wet bestuursrecht kent een reeks bepalingen over subsidies: titel 4.2. Als niet voldaan is aan de subsidievoorwaarden kan de subsidie vaststelling ingetrokken of gewijzigd worden (Awb art. 4.49) en kan het subsidieverlenende bestuursorgaan het subsidiebedrag terugvorderen, art. 4:57 Awb.

<sup>28</sup> Eigenlijk: tekortkomingen in de nakoming, art. 6:74 e.v. BW, 6:265 e.v. BW.

<sup>29</sup> A. Beunen & T.A. Schiphof, 2006.

<sup>30</sup> De zogenaamde geschriftenbescherming, waarvoor het criterium van de oorspronkelijkheid niet geldt, wordt hier niet besproken.



en het creatieve element dus ontbreekt. Men spreekt over de ‘oorspronkelijkheidstoets’.

Het verlenen van inzage in een studiezaal geldt niet als ‘openbaar maken’, dus daarvoor is geen toestemming nodig. Dat is anders voor vormen van beschikbaar stellen die verder gaan dan verstrekking van een object ter inzage, zoals het plaatsen van materiaal op internet, door de instelling zelf of via een platform. Als het om audiovisueel materiaal of om muziek gaat zijn er mogelijk nog rechten betrokken van uitvoerende kunstenaars, filmproducenten, omroepen of fonogrammenproducenten (de zogenaamde naburige rechten).

Als een natuurlijke persoon de oorspronkelijke maker is, vervalt het auteursrecht 70 jaar na het overlijden van deze maker. Deze hoofdregel geldt ook als de maker freelancer was. In geval het materiaal is ontstaan bij een rechtspersoon vervalt het auteursrecht 70 jaar na de eerste openbaarmaking. Het auteursrecht op werken die in dienstverband worden gemaakt ligt automatisch bij de werkgever. Deze is in de regel een rechtspersoon, zodat de vervaltermijn voor werken gemaakt in dienstverband de genoemde 70 jaar na publicatie is. Voor niet-gepubliceerde werken geldt dat het auteursrecht vervalt na 70 jaar na de totstandkoming ervan. Als de toepasselijke termijn verstreken is, is het werk in het publieke domein. Bij alle genoemde termijnen wordt toegerekend naar de eerstvolgende 1e januari. Als dus een zelfstandige fotograaf overlijdt op 1 november 2011, is zijn werk vrij van auteursrecht met ingang van 1 januari 2082.

Op wetten, besluiten en verordeningen, rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen bestaat geen auteursrecht (art. 11 Auw). Veel ander materiaal dat door de overheid openbaar is gemaakt is wel auteursrechtelijk beschermd, maar de Auteurswet zegt dat het toegestaan is dit materiaal openbaar te maken (art. 15b Auw). Dit is weer niet het geval als het auteursrecht uitdrukkelijk is voorbehouden. Het is niet altijd eenvoudig vast te stellen of zo’n voorbehoud al dan niet is gemaakt, want een voorbehoud kan gemaakt worden op het werk zelf, bij de openbaarmaking ervan of bij wet, besluit of verordening.

Een erfgoedinstelling zal in de regel ook zelf auteursrechten hebben. Dat is zeker zo als er in eigen huis materiaal is gemaakt. Als dat is gebeurd door werknemers, berust het auteursrecht automatisch bij de instelling als werkgever. Voorbeelden zijn indexen, inventarissen en metadata (die verder gaan dan puur technische beschrijvingen), brochures, en voorlichtingsmateriaal. Een andere mogelijkheid is dat de erfgoedinstelling zich auteursrechten heeft laten overdragen. Een voorbeeld zou kunnen zijn dat een archief een fotoarchief als schenking heeft gekregen, waarbij niet alleen de fysieke eigendom, maar ook het auteursrecht op de foto’s is overgegaan. Dit moet wel schriftelijk zijn vastgelegd.

Een andere mogelijkheid is dat de erfgoedinstelling geen eigenaar is van het auteursrecht (rechthebbende), maar wel een licentie (toestemming) heeft om het materiaal te gebruiken. Het is dan afhankelijk van de bewoordingen van de licentie of (en hoe) het materiaal openbaar gemaakt mag worden. Een licentie hoeft niet op schrift te staan, en kan zelfs impliciet zijn.

Een probleem vormen de zogenaamde verweesde werken, waarvan niet bekend is wie de rechthebbende is. Strikt genomen is het onrechtmatig dit materiaal openbaar te maken, omdat het niet mogelijk is om toestemming te verkrijgen.

Aan het openbaar maken van auteursrechtelijk beschermd materiaal kleeft altijd het risico dat er een claim komt van een (vermeend) rechthebbende. Immers, zelfs als men denkt rechthebbende te zijn of toestemming denkt te hebben heeft hoeft deze voorstelling van zaken niet altijd correct te zijn, en kan er verschil van mening bestaan. In contractuele situaties is het gebruikelijk om af te spreken wie dit risico draagt. Deze partij vrijwaart dan de wederpartij tegen schade door claims van derden. Hiermee wordt ook een discussie vermeden wie nu eigenlijk openbaar maakt: de content leverancier of het platform. Met deze afspraak wordt alleen het risico op schade geregeld. Indien blijkt dat inderdaad sprake is van een inbreuk, zal het platform uiteraard het materiaal niet langer openbaar mogen maken. In de praktijk wordt een vrijwaring zo ruim geformuleerd dat allerlei claims van derden er onder

## (2.3 Belemmeringen buiten de Wet openbaarheid van bestuur en de Archiefwet 1995)

vallen, dus niet alleen auteursrechtelijke.

Opmerking verdient dat nog sprake kan zijn van een beschermde databank. Voor het opvragen en hergebruiken van de inhoud is dan vaak toestemming benodigd van de producent van die databank. In het kader van een platform zijn er met betrekking tot materiaal afkomstig van erfgoedinstellingen dus twee te onderscheiden vragen: rust er op de aangeleverde objecten auteursrecht; en: is er mogelijk sprake van één of meer (wettelijk beschermde) databanken? Het databankenrecht komt aan de orde in hoofdstuk 3.

*Content leverancier en platform dienen zich bewust te zijn van de auteursrechtenproblematiek. In de praktijk betekent dit dat zij onderling afspraken hierover moeten maken. De dataleverancier zal zich er van moeten vergewissen of er al dan niet auteursrecht rust op haar dataleveranties. Ook een platform zal zich bewust moeten zijn van de auteursrechtelijke situatie bij doorlevering of publicatie van content en eventuele vergoedingen die zij daarvoor vraagt. Een platform dient zich contractueel te laten vrijwaren door content leveranciers tegen schade door claims van derden-rechthebbenden.*

*Fouten door het platform bij de uitvoering van de overeenkomst en daaruit voorkomende schade komen logischerwijs voor rekening van het platform.*

### ► SAMENVATTING

#### Auteursrecht

- › Auteursrechtelijk beschermd materiaal mag in principe niet zonder toestemming van de rechthebbenden openbaar gemaakt worden;
- › Voor auteursrechtelijke bescherming is een creatieve component vereist. Technische kopieën (scans) leveren geen nieuw auteursrecht op;
- › Ter inzage geven op de studiezaal is geen openbaarmaking in de zin van de Auteurswet. Voor andere vormen van ter beschikking stellen, zoals plaatsen op internet, is wel toestemming van de rechthebbenden noodzakelijk;
- › Auteursrecht vervalt na verloop van tijd: 70 jaar na het overlijden van de maker; 70 jaar na eerste publicatie als het bij een rechtspersoon is ontstaan, en 70 jaar na totstandkoming als het werk nooit is gepubliceerd;
- › Mogelijk is de erfgoedinstelling zelf rechthebbende, of beschikt ze over toestemming om bepaald materiaal openbaar te maken;
- › Materiaal dat door de overheid openbaar is gemaakt mag zonder toestemming openbaar gemaakt worden, tenzij het auteursrecht is voorbehouden;
- › Bij contract kan de afspraak worden gemaakt welke partij het risico van schade door claims van derden draagt (vrijwaring).

### 2.3.5 Bescherming persoonsgegevens

Er is een Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), die gedetailleerde regels geeft voor de omgang met gegevens die iets zeggen over nog levende personen. Praktisch alles van men doet met deze gegevens valt onder het begrip ‘verwerking’. Elke verwerking moet in overeenstemming met de Wbp zijn. Het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) is de toezichthouder. Voorbeelden van verwerkingen zijn het publiceren van historische bronnen met persoonsgegevens, het registreren van gegevens van website-bezoekers, en het openbaar maken van persoonsgegevens in de vorm van user generated content.

De afweging tussen het belang van openbaarheid en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer lijkt in voorkomende gevallen al te zijn gemaakt bij de overbrenging naar de archiefbewaarplaats, dat is het moment dat de zorgdrager de openbaarheid kan beperken (artikel 15 Arw). Bij het maken van genoemde afweging is in het verleden uiteraard geen rekening gehouden met de mogelijkheden van actieve openbaarmaking via internet, zodat verdedigbaar is dat archiefinstellingen, als ze over willen gaan tot actieve openbaarmaking, een nieuwe afweging dienen te maken. Richtinggevend zou dan artikel 8f Wbp moeten zijn, dat de volgende belangenafweging eist: enerzijds het belang van de erfgoedinstelling of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt (de consument of het platform), anderzijds het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokken persoon, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zie voor een uitgebreide behandeling de Juridische Wegwijzer Archieven en Musea online, waarin stappenplannen zijn opgenomen die de erfgoedinstelling kan doorlopen om zijn positie te bepalen.<sup>31</sup>

Als er sprake is van zogenaamde ‘bijzondere persoonsgegevens’ zijn de wettelijke regels strikter. Bijzondere persoonsgegevens zijn gegevens die iets zeggen over ras, geloof of levensovertuiging, seksuele leven, gezondheid en strafrechtelijke aspecten.

Ze mogen praktisch alleen openbaar gemaakt worden als de

<sup>31</sup> Idem.

*Indien persoonsgegevens worden geleverd aan en verwerkt door het platform zijn de de wettelijke bepalingen aangaande bescherming van persoonsgegevens van toepassing. Zowel content leverancier als platform dienen zich hiervan bewust te zijn. Het gaat niet alleen om persoonsgegevens in de content, maar ook om gegevens van gebruikers en om gegevens die door gebruikers worden geplaatst (user generated content).*

*Aangaande content afkomstig van erfgoedinstellingen geldt dat de content leverancier en het platform onderling een regime moeten afspreken rond dit thema. Een melding van de verwerking(en) bij het College Bescherming Persoonsgegevens is aan te raden. Veelal zal het platform als ‘verantwoordelijke’ in de zin van de Wbp worden aangemerkt. Deze verantwoordelijkheid kan niet contractueel worden afgewenteld. Wel kan worden bepaald dat andere partijen (contentleveranciers) de mogelijke (financiële) schade voor hun rekening nemen.*

*In de praktijk kunnen risico’s door onrechtmatige verwerkingen van persoonsgegevens worden beperkt middels een ‘notice and takedown’ procedure.*

betrokkene daar expliciet toestemming voor heeft gegeven, of als de gegevens door de betrokkene zelf openbaar zijn gemaakt.<sup>32</sup>

Wanneer bij een platform sprake is van de verwerking van persoonsgegevens van nog levende personen kunnen zowel exploitant als de content leveranciers aangemerkt worden als ‘verantwoordelijke’ in de zin van Wbp. Dat betekent dat deze partijen moeten voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Wet bescherming persoonsgegevens. Dit klemt temeer omdat er bij platforms sprake kan zijn van grootschalige gegevensverwerking. Mogelijk dienen de verwerkingen ook bij het College Bescherming Persoonsgegevens gemeld te worden.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Art. 16 e.v. Wbp.

<sup>33</sup> Of een verwerking gemeld moet worden hangt af van de soort verwerking: uitzonderingen op de meldingsplicht staan in het zogenaamde ‘vrijstellingsbesluit Wbp’ van 7 mei 2001.

## (2.3 Belemmeringen buiten de Wet openbaarheid van bestuur en de Archiefwet 1995)

Risico's in verband met eventuele onrechtmatige verwerkingen van persoonsgegevens kunnen in de praktijk worden beperkt middels een 'notice and takedown' procedure. Deze geeft aan welke stappen gevolgd worden bij klachten. Risico's in verband met eventuele onrechtmatige verwerkingen van persoonsgegevens kunnen slechts in beperkte mate contractueel worden verminderd. De verantwoordelijkheid op grond van de Wbp kan niet contractueel worden afgewenteld. Wel kan worden bepaald dat een andere partij de mogelijke (financiële) schade voor zijn rekening neemt.

## ► SAMENVATTING

### Bescherming persoonsgegevens

- › Gegevens die iets zeggen over een nog levende persoon zijn persoonsgegevens;
- › Handelingen t.a.v. persoonsgegevens, ‘verwerkingen’, zijn gereguleerd in de Wet bescherming persoonsgegevens. Het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) is de publiekrechtelijke toezichthouder;
- › Men mag pas persoonsgegevens openbaar maken als men een afweging heeft gemaakt tussen de verschillende belangen;
- › De mogelijkheden om bijzondere persoonsgegevens rechtmatig openbaar te maken zijn zeer beperkt;
- › Afhankelijk van de soort verwerking kan zowel

de aanleverende instelling als het platform als ‘verantwoordelijke’ in de zin van de Wbp worden aangemerkt;

- › Afhankelijk van de soort verwerking moet de verantwoordelijke de verwerking melden bij de toezichthouder, het CBP;
- › De verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de Wbp kan maar beperkt bij contractspartners worden neergelegd.

## CASUS

### WieWasWie.nl en juridische belemmeringen

Subsidievoorwaarden en contractvoorwaarden voor digitalisering die een beperking stellen aan terugverdienmogelijkheden zijn een belemmering voor het realiseren van de continuïteit van WieWasWie.nl op basis van betaalde dienstverlening met betrekking tot content. In praktijk zijn vaak oplossingen mogelijk. Zo is er soms de eis dat de content gratis online beschikbaar komt voor burgers. Vaak wordt dan al via de website van een content leverancier zelf aan deze verplichting voldaan. Dat maakt het mogelijk om via WieWasWie.nl wel betaalde dienstverlening te realiseren. Daarbij speelt een rol dat de meerwaarde op basis waarvan WieWasWie.nl publiekstarieven voert niet zit in het aanbod van individuele collecties maar in het gemak van een toegang tot meerdere collecties.

Derden kunnen rechten hebben met betrekking tot content, bijvoorbeeld een auteursrecht, een privacy-gerelateerd recht of een portretrecht. Dit betekent dat content leveranciers en WieWasWie.nl contractueel moeten regelen dat de content leverancier content publiceert via WieWasWie.nl en niet de exploitant van het platform. Zij dienen onderling een regime voor dataleverantie af te spreken dat recht doet aan de hierboven besproken thema’s. Daarnaast moeten content leveranciers de exploitant contractueel vrijwaren van schade door claims van derden.

Via WieWasWie.nl zullen op grote schaal persoonsgegevens (van erfgoedinstellingen en user generated content) worden verwerkt. Om schade door eventuele claims te minimaliseren moet(en):

- ◊ Het platform een ‘Notice and takedown’ procedure opstellen en implementeren;
- ◊ Content leveranciers en het platform een regime voor contentleveranties afspreken waarbij de wettelijke bepalingen aangaande persoonsgegevens worden betrokken;
- ◊ Content leveranciers en platform contractueel vastleggen wie eventuele schade voor zijn rekening neemt bij claims;
- ◊ Content leverancier en het platform een melding bij het College Bescherming Persoonsgegevens doen.

## 2.4 Marktactiviteiten van de overheid, mededingingsrechtelijke overwegingen

Mogen overheidsorganen marktactiviteiten verrichten met het door hen beheerde materiaal? In beginsel zijn marktactiviteiten van overheidsinstanties toelaatbaar. De Hoge Raad heeft in een arrest uit 1974 bepaald dat de overheid beleidsvrijheid heeft en dat die pas ophoudt als er 'in redelijkheid geen verschil van mening over kan bestaan dat het belang bij een bepaalde vorm van dienstverlening door de overheid niet opweegt tegen het belang van particulieren om tegen een zodanige concurrentie beschermd te worden'.<sup>34</sup> Uit lagere rechtspraak blijkt dat er geen bezwaar is tegen de omstandigheid dat een overheidsorgaan een zekere voorsprong heeft, als dit maar met een publieke taakvervulling in verband kan worden gebracht. De rechter zal zich in een dergelijk geval terughoudend opstellen.<sup>35</sup>

Voor het Nationaal Archief (NA) is een en ander vastgelegd in het Statuut agentschap Nationaal Archief. Daarin staat dat het NA marktactiviteiten kan verrichten, voor zover deze activiteiten onlosmakelijk verbonden zijn met de in art. 4 van het Statuut genoemde taken. De hierin genoemde meest relevante taken houden uiteraard verband het uitvoeren van de Archiefwet 1995 c.a. Van belang is dat het NA toestemming van de minister nodig heeft als men met informatieproducten de markt opgaat, tenzij het gaat om publicaties met betrekking tot archieven.<sup>36</sup>

Een overheidsorgaan dat marktactiviteiten aan de dag legt valt daarmee onder het begrip 'onderneming' in de Mededingingswet (Mw) en zou dan ook met een beroep op deze wet aangesproken kunnen worden op oneerlijke concurrentie. Een voor dit onderzoek relevante bepaling is het verbod op het misbruik maken van een economische machtspositie (artikel 24 Mw). Misbruik als bedoeld zal niet snel het geval zijn. Er moet misbruik zijn van een economische machtspositie op een bepaalde markt, door een andere ondernemer willens en wetens van de markt te verdringen. Het is moeilijk zich dit voor te stellen in de Nederlandse context

van de beschikbaarstelling van erfgoedmateriaal.

In april 2011 is een wijziging van de Mededingingswet in het Staatsblad gepubliceerd. Het gaat om de invoering van (concurrentie-)gedragsregels voor de overheid.<sup>37</sup> Puntsgewijs en voorzover relevant houdt de regeling het volgende in:

◇ *Verbod bevoordeling van een overheidsbedrijf.*

Er is sprake van een overheidsbedrijf als meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan wordt benoemd door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen. Mogelijk kan een platform op grond hiervan als een 'overheidsbedrijf' aangemerkt worden. Het verbod houdt in dat een bestuursorgaan het overheidsbedrijf geen voordelen mag toekennen 'die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is' (artikel 25j Mw);

◇ *Gegevensverstrekking.*

'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' (artikel 25k Mw). Dit betekent bijvoorbeeld dat als een archiefinstelling archiefbescheiden (die ze op grond van de Archiefwet 1995 onder zich heeft) tegen een commercieel tarief wil aanbieden ze deze gegevens ook aan derden ter beschikking moet stellen;

◇ *Integrale kosten moeten in rekening gebracht worden.*

Deze eis is niet van toepassing als het gaat om 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 (artikel 25i Mw);

◇ *Sancties en toezicht.*

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (Nma) is toezichthouder en kan bij overtreding van bovengenoemde bepalingen verklaren dat een overtreding is vastgesteld, en een last onder dwangsom opleggen die ertoe strekt de

34 HR 8 maart 1974, NJ 1974, 264 (Vecta/De Staat: Artiestenbemiddeling).

35 K. Janssen & J. Kabel 2005, p. 117-129.

36 Statuut agentschap Nationaal Archief, Regeling 7 mei 2006, Stcrt 12 mei 2006 nr 93, art. 4 en art. 5.

37 Aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, Staatsblad 2011, 162. De datum van inwerkingtreding was op het moment van het afsluiten van dit rapport nog niet bekend.

overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtreding te voorkomen (artikel 70c Mw);

◊ *Geen toepassing als de economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang.*

Het nieuwe hoofdstuk in de Mededingingswet, dus ook de genoemde bepalingen 25i, 25j en 25k, is niet van toepassing als de economische activiteiten of de bevoordeling plaatsvinden in het algemeen belang (artikel 25h lid 5 Mw). De vaststelling of dat het geval is geschiedt in het geval van een provincie door provinciale staten, en bij een gemeente door de gemeenteraad (artikel 25h lid 6 Mw). Dit zou kunnen betekenen dat economische activiteiten door lagere overheden, ook het ‘vermarkten’ van gegevens, vaker onderwerp van (lokaal) politiek debat zullen zijn;

◊ *Er is voorzien in een overgangsregeling.*

Op de hier relevante punten houdt die in dat voor activiteiten die al plaatsvonden op het moment van inwerkingtreding van de wetswijziging de eisen pas na twee jaar van kracht zullen zijn. Dat zou betekenen dat bijvoorbeeld een gemeentearchief dat gegevens ‘vermarkt’ na twee jaar na inwerkingtreding de bepalingen 25i, 25j en 25k van kracht zullen zijn tenzij de gemeenteraad conform artikel 25h heeft bepaald dat de economische activiteiten in het algemeen belang zijn

*Marktactiviteiten door erfgoedinstellingen en aanverwante platforms zijn op basis van de wet en jurisprudentie mogelijk. Van belang is dat het Nationaal Archief toestemming van de minister nodig heeft als men met informatieproducten de markt opgaat.*

*Oneerlijke concurrentie kan een thema zijn bij het lanceren van platforms. In de praktijk konden dit soort activiteiten niet aangemerkt worden als onrechtmatige oneerlijke concurrentie. Er is recentelijk een wijziging van de Mededingingswet tot stand gekomen waarmee op termijn de waarschijnlijkheid toeneemt dat marktactiviteiten van overheden of aan overheden gelieerde private ondernemingen door de toezichthouder, de Nma, aan banden gelegd en onderwerp van politiek debat kunnen worden.*

## (2.4 Marktactiviteiten van de overheid, mededingingsrechtelijke overwegingen)

### Algemene wet bestuursrecht (Awb) en Burgerlijk wetboek (BW)

Een ondernemer die een klacht heeft over marktactiviteiten van de overheid kan onder omstandigheden een beroep doen op de Algemene wet bestuursrecht. Het moet dan wel gaan om een besluit van een bestuursorgaan (een besluit in de zin van Awb), bijvoorbeeld een weigering om informatie te verstrekken. Elk overheidsorgaan moet zich houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo is men verplicht de betrokken belangen af te wegen, gelijke gevallen gelijk te behandelen, en een deugdelijke motivering te geven. In de praktijk zal het lastig zijn om concrete normen met betrekking tot oneerlijke concurrentie of een verplichting tot levering van gegevens vast te stellen. Het is daarom onzeker of deze weg voor een klagende ondernemer begaanbaar is.

Overigens kan ook het privaatrechtelijk handelen van de overheid getoetst worden aan de genoemde beginselen. Uit de weinige jurisprudentie blijkt dat de toetsing door de rechter marginaal is, zodat ook deze route voor een afgewezen partij weinig perspectief biedt. De keerzijde is uiteraard dat overheidsorganen op dit vlak weinig te vrezen hebben.

### ‘Aanwijzingen’

Voor de rijksoverheid zijn aanwijzingen van kracht: Het besluit Vaststelling aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst, van 8 mei 1998.<sup>38</sup> Van belang is aanwijzing 13 lid 2, die luidt: ‘Gegevens die zijn verkregen bij het uitvoeren van een overheidstaak en waarvan het gebruik voor marktactiviteiten is toegestaan, moeten onder gelijke voorwaarden beschikbaar zijn voor derden’. De strekking is duidelijk, maar aangetekend moet worden dat aanwijzingen niet in rechte afdwingbaar zijn. Daar komt bij dat deze aanwijzing alleen voor het rijksniveau geldt, terwijl de problematiek van de overheid die marktactiviteiten verricht zich voornamelijk op lokaal en regionaal niveau lijkt af te spelen.

38 Staatscourant 1998 nr. 95.



## 2.5 Privaatrechtelijke informatieleveranciers

Privaatrechtelijke organisaties kunnen bestuursorganen zijn in de zin van de 'klassieke' Wob of overheidsorgaan zijn in de zin van de hergebruikregeling. In dat geval is hun rechtspositie zoals eerder beschreven. Ook privaatrechtelijke organisaties kunnen, met betrekking tot informatiedoorgifte aan een platform, te maken hebben met subsidievoorwaarden of beperkende voorwaarden in een overeenkomst.

Voor de beantwoording van de relevante auteursrechtelijke vragen maakt het niet uit of de erfgoedinstelling zich in het publieke dan wel in het privaatrechtelijke domein bevindt.

Privaatrechtelijke organisaties hebben net als organisaties in de publieke sector te maken met de Wet bescherming persoonsgegevens, en zullen dus alleen persoonsgegevens mogen verwerken in overeenstemming met de wet, zoals aangegeven in het voorgaande.

### CASUS

#### WieWasWie en mededingingsregels

Tot op heden is er weinig bekend over klachten op grond van oneerlijke mededinging en lijken deze bij voorbaat niet erg kansrijk. Dit kan veranderen door een wijziging van de Mededingingswet, die na inwerkingtreding strengere regels zal inhouden voor overheden zich op de markt begeven. De Nederlandse Mededingingsautoriteit zal toezicht gaan houden.



[3]

# De juridische positie van een erfgoedplatform



### 3.1 Rechtsvorm: privaatrechtelijk of publiekrechtelijk

Bij de juridische vormgeving van een erfgoedplatform zal men een keuze moeten maken of men deze in het publieke dan wel in het private domein positioneert. Het is mogelijk dat een overheidsorgaan de platform-functie op zich neemt. Er zijn dan meer en striktere regels van toepassing dan wanneer men kiest voor een privaatrechtelijke setting (zie hoofdstuk 2). Zo zal de Wet openbaarheid van bestuur mogelijk van toepassing zijn. Wat de werking van het platform sterk zal beïnvloeden is het feit dat men dan mogelijk ook onder de Algemene wet bestuursrecht (Awb) valt. Als dat het geval is (als een rechter zo beslist) zullen weigeringen om informatie te verstrekken als besluiten in de zin van deze wet aangemerkt kunnen worden, wat met zich meebrengt dat er hoge(re) eisen aan de kwaliteit van de besluitvorming worden gesteld: onder meer een zorgvuldige voorbereiding, een zorgvuldige afweging van belangen en een deugdelijke motivering. Verder is dan ook het systeem van rechtsbescherming van de Awb van toepassing. Bij de juridische vormgeving van een erfgoedplatform zal men een keuze moeten maken of men deze in het publieke dan wel in het private domein positioneert. Het is mogelijk dat een overheidsorgaan de platform-functie op zich neemt. Er zijn dan meer en striktere regels van toepassing dan wanneer men kiest voor een privaatrechtelijke setting (zie hoofdstuk 2). Zo zal de Wet openbaarheid van bestuur mogelijk van toepassing zijn. Wat de werking van het platform sterk zal beïnvloeden is het feit dat men dan mogelijk ook onder de Algemene wet bestuursrecht (Awb) valt. Als dat het geval is (als een rechter zo beslist) zullen weigeringen om informatie te verstrekken als besluiten in de zin van deze wet aangemerkt kunnen worden, wat met zich meebrengt dat er hoge(re) eisen aan de kwaliteit van de besluitvorming worden gesteld: onder meer een zorgvuldige voorbereiding, een zorgvuldige afweging van belangen en een deugdelijke motivering. Verder is dan ook het systeem van rechtsbescherming van de Awb van toepassing, met de mogelijkheden van bezwaar en beroep voor de betrokkene die niet het niet eens is met een besluit.

Het dus aan te raden om te kiezen voor een privaatrechtelijke rechtsvorm. In de praktijk kiest men in dit soort gevallen voor de oprichting van een stichting: er is immers geen winstoogmerk, het bestuur kan benoemd worden door de

verschillende participerende organisaties, en de oprichting is eenvoudig en goedkoop. Omdat deze stichting dan niet krachtens publiekrecht is ingesteld, en ook geen openbaar gezag heeft, zijn de regels uit de Wet openbaarheid van bestuur, de Archiefwet 1995 en de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing. Bij de keuze van de rechtsvorm kunnen ook andere overwegingen een rol spelen, zoals fiscale. Een bespreking hiervan valt buiten het bestek van dit onderzoek. met de mogelijkheden van bezwaar en beroep voor de betrokkene die niet het niet eens is met een besluit.

Het dus aan te raden om te kiezen voor een privaatrechtelijke rechtsvorm. In de praktijk kiest men in dit soort gevallen voor de oprichting van een stichting: er is immers geen winstoogmerk, het bestuur kan benoemd worden door de verschillende participerende organisaties, en de oprichting is eenvoudig en goedkoop. Omdat deze stichting dan niet krachtens publiekrecht is ingesteld, en ook geen openbaar gezag heeft, zijn de regels uit de Wet openbaarheid van bestuur, de Archiefwet 1995 en de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing. Bij de keuze van de rechtsvorm kunnen ook andere overwegingen een rol spelen, zoals fiscale. Een bespreking hiervan valt buiten het bestek van dit onderzoek.

*Het heeft met het oog op toepasselijke regelgeving de voorkeur een platform bij een private rechtspersoon onder te brengen.*

## 3.2 Bescherming van een databank

### 3.2.1 Inleiding

Een belangrijke vraag in de context van dit onderzoek is of het mogelijk is om de databank of de databanken die een platform zal aanbieden te beschermen tegen ongeautoriseerde overname van grote delen, of het systematisch en herhaald overnemen van onderdelen ('leegtrekken'). Dergelijk handelen zou de zakelijke exploitatie van de databank ernstig kunnen schaden. Als er een intellectueel eigendomsrecht op de databank of delen daarvan rust, kan hier tegen opgetreden worden, en kan hergebruik gelicentieerd worden. Er zijn twee mogelijkheden: bescherming op basis van de Auteurswet, en op basis van de Databankenwet. Het gaat hier dus niet om de elementen waaruit de databank is opgebouwd, maar om de verzameling van gegevens als geheel.

### 3.2.2 De bescherming van databanken op basis van de Auteurswet

Naast individuele werken beschermt de Auteurswet ook: 'verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk'.<sup>39</sup> 'Oorspronkelijkheid' is een belangrijk criterium voor bescherming krachtens de Auteurswet is. Dat geldt ook hier. De Auteurswet beschermt alleen databanken die oorspronkelijk zijn in de selectie en/of rangschikking van de verschillende elementen. Het aanbod van erfgoedinstellingen en een platform zal in het algemeen niet oorspronkelijk qua rangschikking en selectie zijn: men wil juist een compleet aanbod in een bepaalde categorie aanbieden, en dat op een logische manier doorzoekbaar maken. Een voorbeeld van een verzameling die mogelijk wel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt zou zijn: een top 100 mooiste prenten uit een archief. Hier is immers zowel de selectie (100 uit meer) als de rangschikking (nr. 1, 2, 3 etc.) subjectief en dus oorspronkelijk.

Zelfs als er een auteursrechtelijk beschermde databank is blijkt de bescherming daarvan beperkt te zijn. Alleen een overname waarin de oorspronkelijke selectie of oorspronkelijke rangschikking te herkennen valt is onrechtmatig en dus juridisch

aan te pakken. De beschermingsduur is dan 70 jaar.

Een erfgoedinstelling die tot de openbare macht behoort, en de maker of de rechtverkrijgende is van een databank heeft alleen auteursrecht als zij zich de rechten daarop heeft voorbehouden. Dit kan op of bij de databank zelf, bij wet of bij verordening.<sup>40</sup>

*Om bescherming af te dwingen op basis van de Auteurswet moet de databank 'oorspronkelijk' zijn qua rangschikking en/of selectie. Een databank die enkel is samengesteld uit meerdere bestaande collecties wordt waarschijnlijk niet als zodanig aangemerkt.*

*De bescherming op basis van oorspronkelijkheid is in de praktijk beperkt tot overnames waarin de 'oorspronkelijke selectie' te herkennen is en is daarom problematisch.*

### 3.2.3 De bescherming van databanken op basis van de Databankenwet

De Databankenwet (Dw) kent niet de eis van oorspronkelijkheid, maar wel weer een andere: er moet sprake zijn van een substantiële investering. Dit element komt hieronder aan de orde. Daarop volgt een uiteenzetting over de geboden bescherming.

#### Substantiële investering

De Databankenwet omschrijft een databank als volgt: 'een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering'.<sup>41</sup> De voor de kwalificatie als databank vereiste substantiële investering kan uitsluitend op deze drie genoemde activiteiten betrekking hebben: de verkrijging, de controle en de presentatie van de inhoud van de databank, of een combinatie van deze. Het

40 Artikel 15b Auw.

41 Artikel 1 lid 1 sub a Dw.

39 Artikel 10 lid 3 Auw.

## 3.2 Bescherming van een databank

Europese Hof van Justitie heeft in 2004 bepaald dat het bij de substantiële investering alleen mag gaan om de kosten van het verkrijgen van bestaande informatie, en niet om de kosten die verbonden zijn met het creëren van nieuwe informatie. De investering is dan immers niet primair gericht op het tot stand brengen van de gegevensverzameling, maar op het creëren van de gegevens zelf.<sup>42</sup> Het zal niet altijd eenvoudig zijn om vast te stellen of het om nieuwe dan wel bestaande informatie gaat: leveren scans nieuwe informatie op (investering telt niet mee) of is het een transformatie van bestaande informatie (investering telt wel mee)? Wat in elk geval meetelt zijn de kosten die gemaakt zijn om bestaande informatie te verwerven, bijvoorbeeld licentievergoedingen die betaald zijn om bestaand materiaal te mogen opnemen. Naast verkrijgingskosten tellen ook de kosten mee die gemaakt zijn voor controle en presentatie van de inhoud (kosten van zoeksoftware, actualisering). Om de positie van het erfgoedplatform te versterken in een eventuele juridische procedure is het dus raadzaam zoveel mogelijk kosten (bewijsbaar) toe te rekenen aan het tot stand brengen van de gegevensverzameling.

### Producent

De rechthebbende in de zin van de Databankenwet is de producent van de databank, en dat is degene die het risico draagt van de voor de databank te maken investering.<sup>43</sup> Hier schuilt mogelijk een obstakel voor het verkrijgen van een databankrecht, want in een procedure tussen het college van B&W van Amsterdam tegen Landmark Nederland BV werd bepaald dat er wel een databank in de zin van de Databankenwet was, maar dat de gemeente Amsterdam geen producent was van de databank in kwestie.<sup>44</sup> Er was subsidie verkregen voor het tot stand brengen ervan, wat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State tot de vaststelling bracht dat er geen financieel risico was en daarmee ook geen producentchap in de zin van de Databankenwet. Ook speelde een rol dat de databank samengesteld was om de publieke taak van het college te vergemakkelijken. Dit is een merkwaardige uitkomst: er is wel sprake van een databank, maar er zou

geen producent zijn. Ook lijkt de Afdeling een substantiële investering uit te leggen als een risicodragende investering. Het is de vraag hoe invloedrijk deze beslissing van de hoogste bestuursrechter zal zijn. Over het algemeen zal het eerder de burgerlijke rechter zijn die zich met databankkwesties bezighoudt (met als hoogste Nederlandse rechter: de Hoge Raad), en die zal wellicht anders tegen de materie aankijken.<sup>45</sup>

### Welke bescherming biedt de Databankenwet?

*Wanneer onduidelijkheid aangaande producentchap dreigt is het aan te raden in alle overeenkomsten met partijen die op enigerlei wijze (met geld of arbeid) investeren in de databank, op te nemen dat alle intellectuele eigendomsrechten ten aanzien van de databank worden overgedragen aan de beoogde rechthebbende.*

Als men aan de genoemde eisen van de Databankenwet voldoet, welke bescherming kan men dan aan die wet ontlenuen? De rechthebbende heeft twee exclusieve bevoegdheden. Dat betekent dat ieder ander toestemming nodig heeft voor het volgende:

1. het opvragen (kopiëren) of hergebruiken (openbaar maken) van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank, en
2. het herhaald en systematisch opvragen of hergebruiken van (...) niet-substantiële delen van de inhoud van databank, voor zover dit in strijd is met de normale exploitatie van die databank of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank.<sup>46</sup>

De duur van de bescherming is 15 jaar, te rekenen vanaf de voltooiing van de databank. Als men de databank wijzigt kan er een nieuw recht ontstaan. De wet eist dat het dan moet gaan om een substantiële wijziging in kwalitatief of kwantitatief opzicht, die ook weer getuigt van een nieuwe substantiële investering (art. 6 Dw).

### Databank van de overheid

Als een erfgoedinstelling of het platform deel uitmaakt van de

<sup>42</sup> Europees Hof van Justitie 9 november 2004 (British Horseracing Board – William Hill), zaak C 203/02.

<sup>43</sup> Artikel 1 lid 1 sub b Dw.

<sup>44</sup> ABRS 29 april 2009, LJN BI2651.

<sup>45</sup> M.M.M. van Eechoud, noot bij ABRS 29 april 2009, AMI 2009-6 (p. 235-237).

<sup>46</sup> Artikel 2 lid 1 Dw.

openbare macht is er alleen een databankenrecht als men zich de rechten daarop uitdrukkelijk voorbehoudt.<sup>47</sup> Dat kan door het te vermelden op of bij de databank, en het kan ook met een besluit of een verordening. Een voorbeeld van dat laatste is de databankenverordening van de gemeente Amsterdam (naar een model van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten), waarbij de gemeente zich het databankenrecht op elke databank van de gemeente voorbehoudt.<sup>48</sup> Als het platform via een privaatrechtelijke rechtspersoon functioneert is het niet nodig zich het databankrecht voor te behouden.

*Bescherming van een databank op basis van de Databankenwet is zakelijk nuttig omdat het hergebruik zonder toestemming voor 15 jaar afschermt (bij substantiële wijzigingen is verlenging van de termijn van toepassing).*

*Om bescherming af te dwingen op basis van de Databankenwet moet sprake zijn van een 'substantiële investering' in de verkrijging, de controle en de presentatie van de inhoud van de databank, of een combinatie van deze. Wanneer een platform, en daarmee de databank, onderdeel uitmaakt van het publieke domein, moet tevens het databankrecht expliciet worden voorbehouden in de databank zelf, bij wet of per verordening.*

*De ontwikkeling van een databank met behulp van subsidie kan een obstakel zijn bij het beschermen van de databank op basis van de Databankenwet. Dit omdat op basis van jurisprudentie de beoogde rechthebbende dan het risico loopt niet als 'producent' te worden aangemerkt door het ontbreken van financieel risico, waardoor hij de bescherming van de Databankenwet misloopt.*

*Wanneer onduidelijkheid aangaande het producentchap dreigt is het aan te raden in alle overeenkomsten met partijen die op enigerlei wijze (met geld of arbeid) investeren in de databank, op te nemen dat alle intellectuele eigendomsrechten ten aanzien van de databank worden overgedragen aan de beoogde rechthebbende.*

Het is denkbaar dat een derde partij een licentie

<sup>47</sup> Artikel 8 lid Dw.

<sup>48</sup> Databankenverordening Amsterdam, 12 december 2001, i.w.tr. 1 september 2001.

## 3.2 Bescherming van een databank

### ► SAMENVATTING Bescherming van de databank

◊ Verzamelingen van gegevens kunnen, los van mogelijke auteursrechtelijke bescherming van de individuele objecten, beschermd worden via het auteursrecht en via het databankenrecht. De eerste mogelijkheid is problematisch omdat dan de eis gesteld wordt dat de verzameling op zichzelf 'oorspronkelijk' is, en omdat de bescherming beperkt is.

◊ Meer bescherming geniet een gegevensverzameling op grond van de Databankenwet. Voorwaarde voor bescherming is dat er een 'substantiële investering' is gedaan m.b.t. de verkrijging, de controle en de presentatie van de inhoud. Een databank in de zin van de Databankenwet is beschermd tegen ongeautoriseerd opvragen en hergebruiken van grote delen, en tegen herhaald en systematisch opvragen van kleinere delen (leegtrekken). De beschermingsduur is 15 jaar. Deze termijn kan verlengd worden als er weer een substantiële investering is gedaan, bijvoorbeeld voor een update.

### CASUS

#### WieWasWie.nl en de bescherming van de databank

Bescherming van de databank van WieWasWie.nl is zakelijk nuttig in relatie tot het businessmodel en daarmee de continuïteit van het platform. Bescherming van de databank als geheel is in de praktijk mogelijk op basis van de Auteurswet en de Databankenwet.

Om bescherming te genieten op basis van de Auteurswet moet een databank oorspronkelijk zijn. Het is onduidelijk of dit voor WieWasWie.nl van toepassing is. Daarbij geldt dat in de praktijk de bescherming beperkt zal zijn omdat alleen ongeautoriseerde overnames waarin de 'oorspronkelijke selectie' is terug te zien onrechtmatig zijn.

Effectiever is daarom te koersen op bescherming op basis van de Databankenwet omdat de gegevensverzameling die zal worden gecreëerd in het kader van het WieWasWie.nl zeer waarschijnlijk zal worden aangemerkt als beschermde databank in de zin van deze wet. Opgemerkt moet worden dat deze databank (deels) zal bestaan uit andere gegevensverzamelingen die ieder afzonderlijk mogelijk ook weer als beschermde databank zouden kunnen worden aangemerkt. Met de erfgoedinstellingen dienen dan ook duidelijke contractuele afspraken gemaakt te worden over de gebruiksrechten en over handhavingsbevoegdheden zoals over de vraag wie van beide partijen bevoegd is op te treden tegen een eventuele databankrechtinbreuk.

Onduidelijkheid over producentschap en daarmee de bescherming op basis van de Databankenwet kan zich bij WieWasWie.nl voordoen omdat zij in eerste instantie gerealiseerd wordt op basis van enerzijds een directe subsidie en anderzijds bijdragen van erfgoedinstellingen die op hun beurt zelf gesubsidieerd zijn. Daarom wordt aangeraden in alle overeenkomsten met partijen die op enigerlei wijze (met geld of arbeid) investeren in de databank, op te nemen dat alle intellectuele eigendomsrechten ten aanzien van de databank worden overgedragen aan STAP (producent WieWasWie.nl).

Een aandachtspunt is: wanneer WieWasWie.nl alsnog in het publiekrechtelijke domein wordt ondergebracht moet het databankrecht expliciet worden voorbehouden.



## 3.3 Misbruik van machtspositie door licentieweigering

vraagt om de beschikking te krijgen over de gegevens in de databank, of een gedeelte daaruit. Moet het platform de data delen met anderen? Kan een licentie geweigerd worden, of zou dat kunnen neerkomen op misbruik van een machtspositie?<sup>1</sup> De eerste vraag is of er wel sprake is van een machtspositie, want de betreffende data zijn mogelijk ook te verkrijgen bij de aanleverende instellingen. Het platform heeft hoogstwaarschijnlijk geen exclusiviteit kunnen of willen bedingen. Daar komt nog bij dat alleen in zeer bijzondere omstandigheden de uitoefening van een recht van intellectuele eigendom, zoals het databankenrecht, misbruik van een machtspositie oplevert. Een belangrijk element daarbij zou zijn dat de onderneming die om de licentie heeft verzocht, van plan is om op dezelfde of een afgeleide markt nieuwe diensten aan te bieden die de rechthebbende op de databank niet aanbiedt, en waarvoor een potentiële vraag onder consumenten bestaat. Als het platform goed functioneert zal dit zich niet snel voordoen. Een ander element zou zijn dat door de weigering elke mededinging op de betreffende markt wordt uitgesloten. Dat lijkt onwaarschijnlijk, aangezien het platform niet de oorspronkelijke bron is van de data. Veel materiaal zal door de aanleverende instellingen rechtstreeks geleverd kunnen worden, en soms ook geleverd moeten worden.

### CASUS

#### WieWasWie.nl en misbruik van machtspositie door licentieweigering

Klachten over machtsmisbruik door het platform op basis van het weigeren van een licentie is in de erfgoedsector en bij WieWasWie.nl onwaarschijnlijk omdat het platform niet de oorspronkelijke bron van de erfgoeddata is; de data zijn ook elders beschikbaar.

<sup>1</sup> Zie S.C. van Loon, 2009.

## 3.4 User generated content en forumfuncties

### 3.4.1 Inleiding

Het is mogelijk om het platform zo in te richten, dat gebruikers informatie toe kunnen voegen. Ook kan overwogen worden om een gebruikersforum in te richten, met als doel dat gebruikers met elkaar in discussie gaan en informatie uitwisselen. Deze functies komen hier aan de orde omdat de eigenaar/beheerder van het platform aansprakelijk kan zijn voor door derden geplaatste inhoud.

In het nu volgende zal het gaan om civielrechtelijke aansprakelijkheid. Het is zeer onwaarschijnlijk dat het platform strafrechtelijk vervolgd zou worden voor inhoud die door derden is geplaatst. Wel is het mogelijk dat het Openbaar Ministerie gegevens opvraagt om de identiteit van een gebruiker vast te stellen. Een ander uitgangspunt is dat het informatie betreft die openbaar is, d.w.z. dat iedereen die dat wil de informatie tot zich kan nemen. Als de informatie alleen zichtbaar is voor een besloten groep gebruikers, en daarom ook niet geïndexeerd zal worden door zoekmachines, zullen zich minder snel aansprakelijkheidskwesties voordoen.

### 3.4.2 Algemene voorwaarden en privacyverklaring

Het is gebruikelijk, en ook aanbevelenswaardig, om algemene voorwaarden op te stellen. Zodra een bezoeker van de mogelijkheid om materiaal toe te voegen gebruik wil maken, kan hij verplicht worden zich met deze tekst akkoord te verklaren. Als ingrijpen nodig is kan bij de motivering op deze tekst worden teruggegrepen.

In de algemene voorwaarden kan, onder meer, het volgende worden opgenomen:

- ◇ Een bepaling met de strekking dat er geen inhoud mag worden toegevoegd die in strijd is met de wet en/of de maatschappelijke zorgvuldigheid (zaken die inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten, op de persoonlijke levenssfeer, op portretrecht, of op het recht op eer en goede naam; beledigende bijdragen);
- ◇ Een bepaling waarmee de gebruiker bij voorbaat een welomschreven licentie geeft voor nader gebruik van zijn eigen bijdragen, voor zover deze als een werk in de zin van de Auteurswet kwalificeert;
- ◇ Een bepaling met de strekking dat de beheerder zich het recht voorbehoudt om bijdragen te weigeren, te verwijderen, te wijzigen of in te korten, of een discussielijn te beëindigen;
- ◇ Een disclaimer waarmee de eigenaar/beheerder zegt geen aansprakelijkheid te zullen erkennen voor eventuele schade.

Apart kan nog een zogenaamde privacyverklaring worden opgesteld, waarin de exploitant aangeeft hoe en in hoeverre de persoonlijke levenssfeer van gebruikers beschermd zal worden. Een 'notice and takedown' procedure die het stappenplan bij klachten aangaande privacy weergeeft is als aanvulling aan te raden.

### 3.4.3 Aansprakelijkheid voor bijdragen van gebruikers

In het algemeen is de beheerder van een site niet aansprakelijk voor wat gebruikers toevoegen. Dat wordt anders als iemand de beheerder er op wijst dat er materiaal geplaatst is dat onrechtmatig is. Het is dan zaak om deze melding te onderzoeken en naar bevind van zaken te handelen. Als men na een melding materiaal laat staan, neemt de kans dat men aansprakelijk is voor schade toe. De kans aansprakelijk gehouden te worden, wordt ook verminderd door schriftelijk beleid op te stellen voor het doen van meldingen van vermeend onrechtmatig materiaal (een zogenaamde 'notice and takedown'-procedure). Onderdeel hiervan is dat de zaken bij het platform intern zo georganiseerd zijn dat er snel en effectief opgetreden kan worden in geval van klachten. Klachten moeten ook als zodanig herkend worden. Er dienen voldoende mensen bevoegd en gekwalificeerd zijn om vlot en effectief informatie af te schermen, in contact te treden met de klager, en een oplossing te bewerkstelligen. Hierbij past de aantekening dat het ook onrechtmatig kan zijn om al te voortvarend op te treden, door bijvoorbeeld zonder goede reden door derden geplaatst materiaal te wijzigen of te verwijderen. Hierdoor kan de goede naam van de aanbieder beschadigd raken. Dit kan ook het geval zijn als men alle bijdragen van iemand categorisch weert.

#### CASUS WieWasWie.nl en User generated content & forumfuncties

Het is voor platforms en WieWasWie.nl aan te raden algemene voorwaarden en een privacyverklaring op te nemen. Dit kan klachten en, in het verlengde daarvan, procedures voorkomen.



# conclusies en aanbevelingen



## 4.1 Ten aanzien van content leveranciers (erfgoedinstellingen)

### 4.1.1 Aandachtspunten

De leveranciers van content zijn juridisch verantwoordelijk voor de informatie die aangeboden zal worden aan het platform. Het is zaak dat erfgoedinstellingen in de rol van leverancier een zorgvuldige inschatting maken van de mogelijke juridische bezwaren die tegen openbaarmaking pleiten. In het algemeen zullen ze deze afweging al eerder gemaakt hebben, als ze bepaald materiaal zelf al actief ter beschikking hebben gesteld. Ze zullen het platform redelijkerwijs moeten vrijwaren tegen de gevolgen van juridische aanspraken door derden. De volgende aspecten verdienen aandacht:

- ◊ Auteursrecht (zowel van derden als van de instelling zelf);
- ◊ Bescherming persoonsgegevens;
- ◊ Beperkingen die bij overbrenging naar de archiefbewaarplaats zijn gesteld (overheidsdocumenten);
- ◊ Beperkingen die bij opname door de erfgoedinstelling zijn afgesproken (private archieven);
- ◊ Beperkingen die zijn opgelegd in de vorm van subsidievoorwaarden m.b.t. bepaald materiaal;
- ◊ Beperkingen die contractueel zijn vastgelegd (bijv. bij het scannen van materiaal door een derde partij);
- ◊ Beperkingen die voortvloeien uit interne of bestuurlijke omstandigheden (bijv. een beperkt mandaat).

### 4.1.2 Marktactiviteiten door instellingen in de publieke sector

In beginsel zijn marktactiviteiten van overheidsinstellingen toelaatbaar. De grens van wat mag en niet mag is vaag en bovendien negatief geformuleerd: een marktactiviteit is niet toelaatbaar als er 'in redelijkheid geen verschil van mening over kan bestaan dat het belang bij een bepaalde vorm van dienstverlening door de overheid niet opweegt tegen het belang van particulieren om tegen een zodanige concurrentie beschermd te worden'. Uiteraard mogen marktactiviteiten de publieke dienstverlening niet in de weg staan. Als het gaat om materiaal dat door de Archiefwet 1995 wordt bestreken voldoen instellingen aan hun wettelijke plichten als ze het materiaal in kwestie kosteloos ter inzage aanbieden, met de mogelijkheid daar een kopie, uittreksel e.d. van te maken. Ze zijn, binnen de hiërarchische en politieke verhoudingen, vrij de gegevens ook aan de exploitant te leveren en daar een prijs

voor te vragen, in aanmerking nemende dat dan ook sprake zal zijn van een zekere toegevoegde waarde door de vorm waarin de gegevens worden verstrekt. De mogelijkheden van derden om in rechte bezwaar te maken tegen dergelijk optreden van een overheidsorgaan op de markt zijn zeer beperkt. Wel kunnen derden binnenkort bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit klagen.

### Wijziging van de Mededingingswet

Op korte termijn zal een wijziging van de Mededingingswet van kracht worden: er zijn gedragsregels toegevoegd voor overheden die zich op de markt begeven. De datum van inwerkingtreding is nog niet bekend. Hoofdpunten van de nieuwe regeling zijn:

- ◊ Een verbod om een bedrijf waarin een overheid/overheden participeren te bevoordelen;
- ◊ De verplichting om gegevens die een overheid heeft verkregen in het kader van de uitvoering van zijn publiekrechtelijke ook aan derden beschikbaar te stellen;
- ◊ De integrale kosten moeten in rekening gebracht worden;
- ◊ De Nederlandse Mededingingsautoriteit is toezichthouder en kan bij overtreding verklaren dat een overtreding is vastgesteld, en een last onder dwangsom opleggen die ertoe strekt de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtreding te voorkomen;
- ◊ Het bovenstaande wordt niet toegepast als de economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang. Of dit zo is wordt in een gemeente vastgesteld door de gemeenteraad.

### 4.1.3 De Wet openbaarheid van bestuur

De Wet openbaarheid bestuur verplicht (bepaalde) overheidsorganen om informatie aan de burger ter beschikking te stellen.

Er valt een onderscheid te maken tussen actieve openbaarmaking en passieve openbaarmaking (samen de 'klassieke Wob') en de zogenaamde hergebruikregeling die in de Wob is opgenomen.

- ◊ Actieve openbaarmaking in de zin van de Wob is niet relevant in de context van het ter beschikking stellen

van erfgoedmateriaal;

- ◊ De hergebruikregeling in de Wob is niet van toepassing op materiaal dat berust bij culturele instellingen;
- ◊ Bij passieve openbaarmaking gaat het om het recht van de burger om over overheidsinformatie te kunnen beschikken dat een 'bestuurlijke' aangelegenheid' betreft. Omdat het dan om betrekkelijk jong materiaal gaat, en omdat het om een 'bestuurlijke aangelegenheid' moet gaan is de relevantie voor de levering van content in de context van dit rapport gering. Maar in geval de Wob toch van toepassing is geldt de regel dat het overheidsorgaan geen onderscheid mag maken tussen de ene dan wel de andere aanvrager. De content leverancier zal dan in de regel geen exclusieve contracten kunnen sluiten, omdat moeilijk verdedigbaar is dat men materiaal dat in een bepaalde vorm of aggregatietoestand bestaat wel aan de exploitant van het platform, maar niet aan een andere verzoeker verstrekt.

#### 4.1.4 De Archiefwet 1995

Archiefbescheiden van de overheid worden, na selectie, in principe na 20 jaar overgebracht naar een archiefbewaarpplaats. Bij die overbrenging kunnen conform artikel 15 Arw beperkingen worden gesteld ten aanzien van de openbaarheid. Als er geen beperking van kracht is heeft de burger recht op inzage en het recht om een kopie of afschrift te maken. De Archiefwet 1995 verplicht de archiefinstelling niet tot enige verdergaande dienstverlening. Als er kosten in rekening gebracht worden moet de zorgdrager hiervoor regels hebben opgesteld. De wet spreekt zich niet uit over de hoogte van de te vragen vergoeding. Aangenomen moet worden dat de archiefinstelling bevoegd is om ook andere dienstverlening aan te bieden, en dat voor extra voorzieningen ook kosten in rekening gebracht mogen worden.

#### Berekening van de prijs

Er zijn geen regels gevonden die iets zeggen over welke prijs berekend moet worden voor het elektronisch verstrekken van gegevens aan een 'gewone' aanvrager, of aan een exploitant.

#### Non-discriminatiebeginsel

Het is verdedigbaar dat informatie die door een overheidsinstelling in een bepaalde vorm en tegen een

bepaalde prijs aan de exploitant wordt geleverd, in dezelfde vorm en tegen dezelfde condities aan een andere vragende partij zou moeten worden geleverd (non-discriminatiebeginsel). De gedachtevorming in deze richting is duidelijk waarneembaar in Europese en Nederlandse regelgeving en in niet verplichtende aanwijzingen. De mogelijkheden voor een ondernemer om in rechte bezwaar te maken tegen marktactiviteiten door overheidsorganen, en de mogelijkheden om gegevensverstrekking af te dwingen, zijn echter zeer beperkt zodat overheidsorganen betrekkelijk weinig te duchten hebben. Een uitzondering vormt de hergebruikregeling in de Wet openbaarheid van bestuur, die echter weer niet van toepassing is op informatie die bij culturele instellingen berust. Binnenkort kunnen ondernemers met klachten onder omstandigheden wel terecht bij Nederlandse Mededingingsautoriteit, als men meent dat de nieuwe gedragsregels voor overheden in de Mededingingswet worden overtreden (4.1.2.)

## 4.2 Ten aanzien van (erfgoed)platforms

### 4.2.1 Rechtsvorm

Aan te raden is dat het platform functioneert onder een privaatrechtelijke rechtspersoon, omdat het dan slagvaardiger zal kunnen opereren en minder gehinderd wordt door de striktere regelgeving die voor de publieke sector geldt. Ook is er dan geen politiek verantwoordelijke, die eisen zal kunnen stellen.

### 4.2.2 De vrijheid van het privaatrechtelijk georganiseerde platform

De exploitant heeft een grote contracteervrijheid, die feitelijk alleen door de wet, de statuten en interne afspraken beperkt is. De beperkingen liggen in dat opzicht bij de contractspartners: de content leveranciers, vooral die in de publieke sector. De exploitant is binnen de marges van wet, statuten, interne afspraken en contractuele verplichtingen vrij om een prijsbeleid te voeren voor eindgebruikers en commerciële partijen.

### 4.2.3 Databankenrecht

Voor het beschermen van een databank tegen ongeautoriseerd opvragen is het belangrijk dat er een databankrecht in de zin van de Databankenwet op rust. Daarvoor is nodig dat er een 'substantiële investering' in de totstandkoming, de presentatie en de controle van de databank is gedaan. In een eventuele procedure moet aangetoond kunnen worden welke kosten er exclusief voor de databank zijn gemaakt.

Het is niet mogelijk op voorhand vast te stellen of een databank aan het vereiste van de substantiële investering voldoet. Alleen de rechter kan zich hier beslissend over uitspreken. Aanbevolen wordt als uitgangspunt te nemen dat een databankrecht bestaat, en daar ook naar te handelen, door dit consequent en met overtuiging te communiceren en eventuele inbreuk naar bevind van zaken aan te pakken. Het verdient aanbeveling om in de statuten van de rechtspersoon de exploitatie van een databank als doel op te nemen. Een databankrecht komt toe aan de 'producent' in de zin van de Databankenwet. Dit is degene die het risico draagt van de investering. Als een databank met behulp van overheidssubsidie

tot stand komt is het mogelijk dat een rechter tot de conclusie komt dat het platform niet de 'producent' van de databank is omdat genoemd risico afwezig is. Onzeker is of rechters in de toekomst ook zo zullen oordelen. In elk geval is het aan te bevelen om ook 'eigen' geld in de ontwikkeling van de databank te stoppen.

Ontwikkelaars en bouwers van de databank dienen contractueel verplicht te worden om eventuele databankrechten aan de opdrachtgever over te dragen, om te voorkomen dat er een gedeeld producentschap ontstaat of het producentschap in zijn geheel elders komt te liggen.

### 4.2.4 Databank in de publieke sector

Als de databank ressorteert onder een instelling die tot de openbare macht behoort, dient het databankrecht uitdrukkelijk te worden voorbehouden.

### 4.2.5 Vrijwaring

De content leverende instellingen zijn het best in staat om te beoordelen of materiaal openbaar gemaakt mag worden. Het verdient daarom aanbeveling dat ze het platform contractueel vrijwaren tegen de gevolgen van civielrechtelijke aanspraken van derden.

Het afwentelen van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid is op geen enkele manier mogelijk. Deze aansprakelijkheden zullen dus bij de exploitant van het platform blijven berusten.

### 4.2.6 Marktactiviteiten van het platform

Nieuwe regelgeving over marktactiviteiten in de publieke sector Binnenkort wordt een wijziging van de Mededingingswet van kracht, waardoor marktactiviteiten van de overheid aan het toezicht van de Nationale Mededingingsautoriteit zullen zijn onderworpen. Mogelijk vallen dan de werkzaamheden van het platform onder het begrip 'overheidsonderneming' in de zin van de wet, die bepaalt dat 'overheidsondernemingen' niet bevoordeeld mogen worden.



## Machtspositie platform

Aangenomen kan worden dat het platform niet verplicht is zijn informatie te delen. Dat betekent dat men kan weigeren een licentie te verstrekken, of naar eigen goeddunken voorwaarden aan een licentieverlening kan verbinden.

### 4.2.7 Toegang tot inhoud anders dan via het platform

De werking van een verdienmodel op basis van betaalde dienstverlening voor content kan in gevaar komen als dezelfde content door een (eind)gebruiker via een andere weg dan via het platform kan worden bemachtigd. Deze partij heeft dan een keuze waarbij kosten, gemak en de kwaliteit van de dienstverlening een rol kunnen spelen.

De volgende situaties kunnen zich voordoen:

- ◊ Content is reeds beschikbaar via andere kanalen dan die van de aanleverende instelling(en). Tegen deze openbaarmakingen is alleen iets te doen als het in strijd is met enige contractuele bepaling, of als de content auteursrechtelijk beschermd is. In het algemeen kan alleen de wederpartij bij het contract respectievelijk de rechthebbende (soms ook: een licentiehouders) hiertegen optreden;
- ◊ Content kan opgevraagd worden op basis van de ‘klassieke’ Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Dit is waarschijnlijk geen reële bedreiging, omdat het dan moet gaan om een ‘bestuurlijke aangelegenheid’, en omdat de ‘klassieke’ Wob alleen relatief jong materiaal betreft;
- ◊ Content kan opgevraagd worden op basis van de hergebruikregeling in de Wob. Dit is waarschijnlijk geen reële bedreiging, want de regeling sluit materiaal uit dat berust bij culturele instellingen, waaronder archieven en musea. Ook materiaal waarop een intellectueel eigendomsrecht rust is uitgesloten als een overheidsorgaan niet de rechthebbende is;
- ◊ Derde partijen benaderen (archieff)instellingen rechtstreeks met een verzoek om data(sets). Het is aan de instellingen zelf om te bepalen hoe ze met een dergelijk verzoek om wens te gaan (met inachtneming van de mogelijke beperkingen van de openbaarheid). Op basis van de Archiefwet 1995 hoeft men niet verder te gaan dan wat deze wet eist: het verlenen

van inzage en het toestaan van het maken van een kopie. Het ligt voor de hand dat deelnemende instellingen prudent met dit soort verzoeken omgaan en met de prijsstelling rekening houden met de belangen van eventuele gezamenlijke dienstverlening via platforms. Over de vergoedingen die gevraagd kunnen worden is vanuit een juridisch standpunt niet veel te zeggen. Het is mogelijk dat een erfgoedinstelling niet zonder toestemming (binnen bestaande juridische en/of bestuurlijke verhoudingen) een commercieel tarief mag hanteren.

### 4.2.8 User generated content en forumfuncties

Als de mogelijkheid wordt geopend dat gebruikers materiaal kunnen toevoegen of hun mening kunnen geven brengt dat een zeker risico op aansprakelijkheid met zich mee. De website zou dan immers onrechtmatige informatie kunnen gaan bevatten. Deze risico's zijn niet ernstig en goed beheersbaar als men aan een aantal voorzorgen neemt. Deze maatregelen zijn: het opstellen van algemene voorwaarden; de verplichting voor gebruikers om, als ze informatie willen toevoegen, zich met die voorwaarden akkoord te verklaren; en de interne organisatie zo in te richten dat adequaat gereageerd kan worden op meldingen van (mogelijk) onrechtmatige inhoud. Hiertoe dient een zogenaamde ‘notice and takedown’-procedure opgesteld te worden. Ook eventueel hergebruik van user generated content dient in de algemene voorwaarden geregeld te worden.



# literatuurlijst

Algemene Rekenkamer, Publiek ondernemerschap, Den Haag 2005, ook als kamerstuk: TK 2004-2005, 30220 nr 2.

Beunen, A. & T.A. Schiphof, Archieven en Musea online. Taskforce Digitale toegankelijkheid Archieven/Museumvereniging 2006. Downloadbaar vanaf: <http://www.taskforce-archieven.nl/projects/juridischewegwijzer>.

Brandsen, T. e.a., Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur, UvT 2004.

DEN & Yola de Lussenet (red.), ABC-DE Woordenboek voor het Digitaal Erfgoed, DEN, Den Haag 2008.

Eechoud, M. van, Het hergebruikregime voor overheidsinformatie in de Wob: een tussenstand. Mediaforum 2008-1 p. 2-10.

Eechoud, M. van, noot bij ABRS 29 april 2009 (B&W Amsterdam – Landmark), AMI 2009-6.

Flaat, A.R.M. Het heffen van gebruiksvergoedingen op reproducties door archiefinstellingen. Scriptie UvA 2009. Internet: <http://dare.uva.nl/scriptie/303469>.

Janssen, K. & J. Kabel, Commercialisering van overheidsinformatie door de overheid: rechtspraak en wetgeving in België en Nederland. De honden blaffen, maar de karavaan trekt voort, Computerrecht 2005, 117-129.

Ketelaar, F.C.J. & C.G.M. Noordam, Archiefrecht, een inleiding. Archiefschool, Amsterdam, 2005

Liberge, Leila & Luc van Poelje, WieWasWie.nl businessmodel, 2009.

Loon, S.C. van, Licentieweigering als misbruik van machtspositie. De bijzondere status van intellectueel eigendom bij de toepassing van artikel 82 EG, AMI 2009.

Spoor, J.H, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht. Deventer, Kluwer 2005.

Vries, M. de, Implementatie van de EU-Richtlijn hergebruik overheidsinformatie in de Wob, NJB 2004-39 p. 2038-2043.



# bijlage

## Gesprekspartners en deskundigen

Een eerdere versie van deze verkenning is voorgelegd aan de volgende deskundigen:

Paul Keller (Kennisland)

Solv Advocaten

Wilma Mossink (Surf)

CIER (Universiteit Utrecht).

In de loop van het onderzoek is gesproken met:

Leila Liberge (STAP)

Roelof Hol (Nationaal Archief)

Marcel Duijghuijsen (RHC Eindhoven)

Jantje Steenhuis (Gemeentearchief Rotterdam)

