



Openbaarheid door open source

Over de toepassing van open source concepten op juridische kennissystemen bij de overheid.

Doctoraalscriptie Nederlands recht
Mathieu H. Paapst

Begeleider: Mr. Dr. J.J. Dijkstra
Centrum voor Recht en ICT
Augustus 2005

Inhoudsopgave

Inleiding		4
Hoofdstuk 1 Juridische kennissystemen		
1.1	Inleiding	6
1.2	Definitie juridische kennissystemen	6
1.3	Kennisbank en kennisrepresentatie	6
1.3.1	Kennisrepresentatie door productieregels	7
1.3.2	Kennisrepresentatie door beslissingsbomen	7
1.3.3	Kennisrepresentatie door beslissingstabellen	8
1.4	Redeneermechanisme	9
1.5	Interface	9
Hoofdstuk 2 Behoorlijk ICT-gebruik in de rechtspraktijk		
2.1	Inleiding	11
2.2	Integriteit en kwaliteit van systemen	12
2.2.1	Technische validatie	12
2.2.2	Casestudy MRE-Abw	13
2.3	Integriteit en vertrouwen in het systeem	15
2.4	Beschikbaarheid en transparantie van de kennis	16
2.4.1	Bestuursorganen	17
2.4.2	Documentbegrip en computernetwerken	17
2.4.3	Openbaarmaking bestuurlijke kennis	18
2.4.4	Auteursrecht van derden	19
2.5	Equality of arms	20
2.5.1	BOS/Polaris	21
2.5.2	CBBS	22
2.5.3	Landelijk beleid ten aanzien van openbaarheid software	23
2.6	Tussenconclusie	23
Hoofdstuk 3 Openbaarheid en transparantie van juridische kennissystemen		
3.1	Inleiding	25
3.2	Genoemde oplossingen	25
3.3	Open source	26
Hoofdstuk 4 Intellectueel eigendomsrechten op kennissystemen		
4.1	Inleiding	28
4.2	Auteursrecht	28
4.2.1	Exploitatierchten en uitputting	28
4.2.2	Persoonlijkheidsrechten	29
4.2.3	Beperkingen op het auteursrecht	30
4.2.4	Auteursrecht op software	30
4.3	Bescherming van databanken	32
4.3.1	Databankenwet	32
4.3.2	Onpersoonlijke geschriften	33
4.4	Kwalificatie kennissystemen	33

4.4.1	Kwalificatie redeneermechanisme en interface	34
4.4.2	Kwalificatie kennisregels	34
4.5	Tussenconclusie	35
Hoofdstuk 5 Copyleft: licenties voor open content en open source		
5.1	Inleiding	36
5.2	Licentievormen	36
5.2.1	Totstandkoming licentie-overeenkomst	37
5.2.2	Auteursrechtelijk dilemma	38
5.3	Creative Commons Public License (CCPL)	39
5.4	General Public License (GPL)	42
5.5	Patentleft	45
Hoofdstuk 6 Ervaringen met open source gemeenschappen		
6.1	Inleiding	47
6.2	Ontstaansgeschiedenis free software communities	47
6.2.1	Richard Stallman en GNU	47
6.2.2	Linus Torvalds en Linux	48
6.3	Ontwikkelmethodes	49
6.3.1	Kwaliteitsverbetering	49
6.3.2	Organisatievorm	50
6.3.3	CVS	51
6.4	Open source voor commerciële toepassingen	51
6.4.1	Service en support	51
6.4.2	Dual licensing	51
6.4.3	Shared source licenties	52
6.5	Handhaving	52
6.6	Vrijwaring en aansprakelijkheid	54
Hoofdstuk 7 Behoorlijk ICT-gebruik door open source		
7.1	Inleiding	56
7.2	Toepassing op de probleemstelling	56
7.2.1	Integriteit en kwaliteit van systemen	56
7.2.2	Integriteit en vertrouwen in het systeem	57
7.2.3	Beschikbaarheid en transparantie van de kennis	57
7.2.4	Equality of arms	57
7.3	Overheidscommunity	58
7.3.1	Inrichtingsmodel	58
7.3.2	Licentiekeuze overheid	59
7.4	Praktijkvoorbeelden	60
7.5	Toekomstvisie e-Government	61
Conclusie		63
Literatuurlijst		67

Inleiding

Computerdeskundigen van de Johns Hopkins University in de Verenigde Staten ontdekten in 2003 “buitengewone gebreken” in de uitgelekte softwarebroncode van Diebold, één van de grootste fabrikanten van elektronische stemmachines. Ook een tweede onafhankelijke studie kwam tot de conclusie dat door de gebreken de integriteit van de verkiezingen op het spel stond. Deze ontdekking kon alleen worden gedaan omdat deze code per ongeluk was vrijgegeven. Andere fabrikanten, inclusief het Nederlandse Nedap, houden hun broncode angstvallig geheim.¹ We noemen dergelijke software closed source

In Nederland worden steeds meer juridische besluiten op geautomatiseerde wijze genomen. De overheid maakt daarbij ondermeer gebruik van afhandelingsystemen, rekenprogramma's, informatiesystemen en juridische kennissystemen. Deze juridische kennissystemen zijn veelal opgebouwd uit een kennisbank, een redeneermechanisme en een gebruikersinterface. In de kennisbank is de kennis van het systeem opgenomen welke bijvoorbeeld kan bestaan uit wet en regelgeving, beleidsregels of jurisprudentie. Deze kennissystemen worden in de meeste gevallen ontworpen en onderhouden door commerciële bedrijven die op de software het intellectueel eigendomsrecht bezitten. Door het gebruik van deze rechten kunnen de softwareleveranciers ondermeer voorkomen dat de software en de gebruikte juridische kennisregels openbaar en toegankelijk worden gemaakt.

De beslotenheid en ontoegankelijkheid staat op gespannen voet met drie van de zes beginselen van behoorlijk ICT-gebruik. Daarbij gaat het om de transparantie, de integriteit en de toegankelijkheid van ICT systemen. Voor een transparant systeem moeten de werking en gevolgde redeneringen van een toepassing inzichtelijk en begrijpelijk zijn. Belanghebbenden moeten kunnen zien welke stappen zijn doorlopen om tot een bepaalde conclusie te komen. Een integer juridisch kennissysteem moet inhoudelijk correct en volledig zijn. De gebruiker moet op de output kunnen vertrouwen. Bij closed source software en afgeschermd kennisbestanden is het voor de externe gebruikers en juridische experts niet mogelijk om de kwaliteit van een systeem te controleren en te verbeteren. De toegankelijkheid van systemen ziet ondermeer op de vrijheid om informatie te ontvangen. Dit is een recht dat uit artikel 10 EVRM voortvloeit. Informatie zou voor een ieder beschikbaar moeten zijn. De beslotenheid en ontoegankelijkheid heeft ook zijn weerslag op de openbaarheid welke de overheid op grond van de Wet openbaarheid van bestuur bij de uitvoering van haar taken moet betrachten.

Naast closed source software bestaat er ook open source software. Dit heeft als belangrijkste kenmerk dat de broncode vrij beschikbaar is. In het bijbehorende licentiemodel is het intellectueel eigendom dusdanig geregeld dat de licentienemer de code mag inzien, verbeteren, aanvullen en distribueren. De gebruikers werken samen in online communities aan controle en verbetering van de software. Deze open vorm biedt wellicht nieuwe mogelijkheden voor de overheid om openbaarheid te betrachten en daarmee te voldoen aan de eisen van integriteit en transparantie van ICT systemen. Hierdoor zou ook de kwaliteit van dergelijke systemen verbeterd kunnen worden.

Deze gedachtegang geeft aanleiding tot de volgende onderzoeksvraag:

Kan aan de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik tegemoet worden gekomen door de toepassing van open source concepten?

¹ Zie ondermeer: < <http://www.indymedia.nl/nl/2003/10/14401.shtml> > (laatst bezocht 19 mei 2005).

Om deze vraag te beantwoorden zal ik in hoofdstuk 1 eerst een inleidende uiteenzetting geven over het gebruik en de werking van juridische kennissystemen binnen de overheid.

Hoofdstuk 2 geeft een overzicht van de verschillende problemen welke zich bij het gebruik en de validatie van juridische kennissystemen kunnen voordoen. De problemen doen zich allen voor op het gebied van de beschikbaarheid, de integriteit en de transparantie van overheidssystemen. Daarbij zal ik aangeven wat de huidige normatieve kaders zijn voor behoorlijk ICT gebruik en waarom closed source kennissystemen niet aan deze normen kunnen voldoen.

Om de problemen met juridische kennissystemen op te lossen zijn de afgelopen jaren door diverse schrijvers suggesties gedaan op het gebied van openbaarheid en transparantie. Deze suggesties lijken echter haaks te staan op het commercieel uitbaten van auteursrechten. Ik zal daarom in hoofdstuk 3 een aantal van deze suggesties noemen, waarna ik zal aangegeven op welke wijze een aantal hiervan uitgewerkt kunnen worden in de praktijk met behulp van open source concepten.

In hoofdstuk 4 bespreek ik de intellectueel eigendomsrechten op kennissystemen. Na deze bespreking van het auteursrecht en databankenrecht zal ik een korte rechtstheoretische beschouwing over de kwalificatie van kennisregels geven. Dit is van belang omdat de te gebruiken licentievoorwaarden rekening moeten houden met deze kwalificatie.

In hoofdstuk 5 komen de verschillende licentievormen aan de orde in relatie tot open source en open content. Ik zal daarbij eerst aandacht besteden aan de totstandkoming van licentieovereenkomsten in het algemeen en zal aangeven waarom licenties noodzakelijk kunnen zijn voor het enkele gebruik van software. Daarna zal ik de werking van een open content licentie (Creative Commons) en een open source licentie (GPL) bespreken. Ik zal de vraag beantwoorden of deze licenties bruikbaar zijn voor juridische kennissystemen. Tot slot zal worden gekeken naar de mogelijke gevolgen van het octrooirecht op softwarelicenties.

In hoofdstuk 6 zal ik eerst kort aandacht besteden aan de ontstaansgeschiedenis van open source gemeenschappen. Om te kijken of open source ontwikkeling kan leiden tot kwaliteitsverbetering van juridische kennissystemen, zal ik mij daarna richten op de ontwikkelmethodes en de organisatievormen van deze communities. Daarbij zal ik aangeven welke verschillende business methoden gebruikt kunnen worden. Tot slot zal nog aandacht worden geschonken aan de handhaving van het auteursrecht door de community en of een vrijwaring voor fouten in de software mogelijk is.

In hoofdstuk 7 zal ik de juridische en organisatorische structuren uit de voorgaande drie hoofdstukken toepassen op de probleemstelling. Daarbij zal ik de vraag beantwoorden of het open source concept een oplossing kan zijn voor deze problemen. Daarna zal ik aangeven op welke manier de overheid met deze concepten kan omgaan en hoe zij zelf een open source community zou kunnen inrichten. Na een korte behandeling van de licentiekeuze voor de overheid, zal ik tot slot aandacht besteden aan enkele praktijkvoorbeelden en het programma 'Andere Overheid'.

Hoofdstuk 1 Juridische kennissystemen

1.1 Inleiding

In Nederland worden steeds meer juridische besluiten op (deels) geautomatiseerde wijze genomen. De overheid maakt daarbij ondermeer gebruik van juridische kennissystemen. Deze systemen worden ook wel expertsystemen genoemd omdat de in het systeem ingevoerde kennis doorgaans afkomstig is van een expert. Ik zal beide termen hierna door elkaar gebruiken. In dit eerste hoofdstuk is een inleidende beschouwing opgenomen over het gebruik en de werking van deze juridische kennissystemen.

1.2 Definitie juridische kennissystemen

Er bestaat in de literatuur geen eenduidige definitie van kennissystemen. Oskamp hanteerde in haar proefschrift uit 1990 de volgende uitgebreide en ruime omschrijving welke naar mijn mening nog steeds goed bruikbaar is:

“Een expertstelsel beschikt over een expliciete kennis van een bepaald (complex) domein en beschikt daarnaast over een mechanisme om, op ‘intelligent aandoende’ wijze complexe problemen in dit gebied op te lossen. Daarbij wordt gebruik gemaakt van AI-technieken. Tevens kan het die beslissing onderbouwen, het kan uitleggen hoe die oplossing tot stand kwam, welke redeneerstappen genomen zijn en over welke kennis het systeem beschikt, met andere woorden expertsystemen beschikken over een uitlegfaciliteit. Expertsystemen kunnen zo bepaalde taken vervullen”.²

Kennissystemen zijn onder te verdelen in zogenaamde afhandelingssystemen en beslissingsondersteunende systemen.³ Deze laatste geven vooral advies en ondersteuning aan de gebruiker bij de voorbereiding van een beslissing. De gebruiker van het systeem maakt zelf de eindbeslissing. Afhandelingsystemen daarentegen kunnen zonder menselijke tussenkomst zelfstandig een eindbesluit nemen. Voorbeelden daarvan zijn vooral te vinden op plaatsen binnen de overheid waar in grote aantallen beschikkingen worden afgegeven. Naast deze twee soorten kennissystemen onderscheid Groothuis ook nog als tussenvorm de informatiesystemen.⁴ Daarbij doelt ze op kennissystemen die sommige beschikkingen geheel geautomatiseerd afhandelen en die bij andere beschikkingen een beslissingsondersteunende rol vervullen.

1.3 Kennisbank en kennisrepresentatie

Kennissystemen zijn veelal opgebouwd uit een kennisbank, een redeneermechanisme en een gebruikersinterface. De kennisbank is een soort databank waarin de kennis van het systeem is opgenomen. De kennis bepaalt in beginsel hoe het systeem zijn taken zal uitvoeren. Deze kennis kan bijvoorbeeld bestaan uit wet- en regelgeving, jurisprudentie, ervaringsregels en uit beleidsregels met betrekking tot vage begrippen, beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid.⁵ In

² Oskamp 1990, p. 9.

³ Zie ook Groothuis 2005, p. 13

⁴ Groothuis 2005, p. 28.

⁵ Zie voor een beschouwing over beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid: Damen e.a. 2003, p. 290-296.

de kennis kan ook worden opgenomen hoe door het overheidsorgaan zal worden omgegaan met de interpretatie van zogenaamde ‘open texture’ begrippen. Hierbij gaat het om de situatie waarbij er verschillende interpretaties mogelijk zijn van een bepaald begrip.⁶

Het vergaren van de kennis en het vullen van de kennisbank wordt over het algemeen gedaan door een kennisingenieur of een informatie-analist.⁷ De gebruikte kennis kan door hen op verschillende wijzen in een representatiefomalisme worden weergegeven. Zo wordt bijvoorbeeld gebruik gemaakt van de hierna te bespreken productieregels, beslissingsbomen en beslissingstabellen.

1.3.1 Kennisrepresentatie door productieregels

De meest gebruikte methode voor kennisrepresentatie is door middel van productieregels.⁸ Iedere productieregel is te beschouwen als een klein stukje kennis. Deze regels worden opgeslagen in een databank en kennen de volgende samenhangende structuur:

ALS voorwaarde
DAN conclusie

De voorwaarde kan nog aangevuld dan wel beperkt worden door het gebruik van de operatoren ‘EN’, ‘OF’ en ‘NIET’.

Ik zal een simpel voorbeeld geven van artikel 3:24 lid 1 Awb in productieregels:

<p>ALS er een ontwerp van een besluit ter inzage is gelegd EN de terinzagelegging is minder dan vier weken geleden DAN kan een ieder schriftelijk bedenkingen inbrengen bij het bestuursorgaan.</p>
--

Figuur 1.1

Nadat voldaan is aan de voorwaarden kan binnen de productieregel een conclusie worden getrokken. De conclusie van de ene regel kan vervolgens worden gebruikt als voorwaarde voor een volgende regel waardoor complexere afleidingen mogelijk worden gemaakt. Een systeem dat gebruik maakt van productieregels wordt ook wel een productiesysteem genoemd.

1.3.2 Kennisrepresentatie door beslissingsbomen

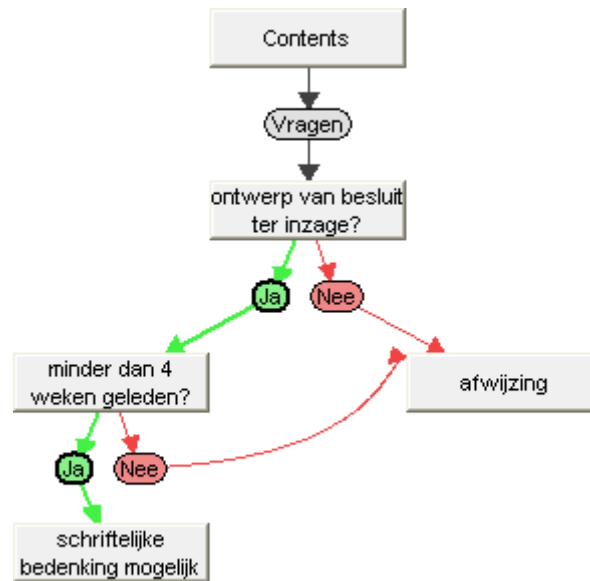
Een beslissingsboom is een representatiefomalisme dat bestaat uit een stroomdiagram met aftakkingen. Het wordt ook wel een scenariovorm genoemd. Bij iedere aftakking wordt de geldigheid van een voorwaarde getoetst waarna het systeem tot een conclusie komt. Deze conclusie kan op zijn beurt weer een volgende voorwaarde binnen de aftakking zijn. Beslissingsbomen kunnen tevens gebruikt worden als grafische weergave van

⁶ Weusten 1999, p. 18.

⁷ Oskamp 1990, p. 30; Paapst & de Vink 2005, p. 8.

⁸ Lodder & Oskamp 2004, p. 634.

productieregels.⁹ Uit onderzoek waarbij de productieregel-vorm met de scenariovorm is vergeleken bleek dat voor validatie door juristen de scenariovorm veel minder cognitieve inspanning vereist.¹⁰



Figuur 1.2: Beslissingsboom van artikel 3:24 lid 1 Awb

1.3.3 Kennisrepresentatie door beslissingstabellen

Een beslissingstabel is een formalisme dat zich zowel uit productieregels als beslissingsbomen laat vertalen. Een tabel bestaat uit een verzameling van conditieomschrijvingen en actieomschrijvingen. Dit is vergelijkbaar met de voorwaarde (ALS) en conclusie (DAN) zoals deze bij productieregels voorkomen. Daarnaast bestaat een tabel uit conditiewaarden waarmee een antwoord wordt gegeven op de conditieomschrijving en actiewaarden waarmee uitvoering wordt gegeven aan de conclusie.¹¹

3:24 lid 1 Awb					
Conditie 1	Is er een ontwerp van een besluit?	Ja		Nee	
Conditie 2	Ligt dat ontwerp van een besluit ter inzage?	Ja		Nee	-
Conditie 3	Is dat minder dan vier weken geleden?	Ja	Nee	-	-
Actie 1	Schiftelijke bedenkingen zijn mogelijk.	X	-	-	-
Actie 2	Schiftelijke bedenkingen zijn niet mogelijk.	-	X	X	X

Figuur 1.3: Beslissingstabel van artikel 3:24 lid 1 Awb

⁹ Lodder & Oskamp 2004, p. 636.

¹⁰ < <http://www.lri.jur.uva.nl/~epower/publications/effectrepreform.pdf> > (geraadpleegd: 5 april 2005).

¹¹ Zie: Lodder & Oskamp 2004, p. 637.

1.4 Redeneermechanisme

Om tot een eindconclusie te kunnen komen maakt een kennissysteem gebruik van een zogenaamd redeneermechanisme. Dit is voornamelijk een door programmeurs ontworpen technisch algoritme van logische denkstappen. Het redeneermechanisme maakt gebruik van de kennis uit de kennisbank en de in het systeem beschikbare informatie. Daarbij maakt het in beginsel niet uit welke kennis er precies in de kennisbank is opgenomen.¹² In die gevallen waarbij het redeneermechanisme niet kan bepalen of aan een voorwaarde voldaan is zal het de gebruiker om de ontbrekende informatie vragen. Met de kennis en de door de gebruiker ingevoerde informatie kan het vervolgens tot bepaalde beslissingen en adviezen komen.

Bij het gebruik van productieregels en beslissingstabellen kan het redeneermechanisme zowel vooruit als achteruit redeneren. Bij ‘forward chaining’ komt het systeem door gegeven feiten tot een conclusie. Dit wordt ook wel data-driven genoemd. Bij ‘backwards chaining’ zal het systeem vanaf de doelconclusie terug redeneren naar de daarvoor benodigde feiten. Het systeem zal daarvoor eerst kijken naar de conclusie van een regel (DAN) en vervolgens op zoek gaan naar een bewijs voor die regel (ALS). Dit staat bekend als goal-driven.¹³

1.5 Interface

De interface van het systeem is het onderdeel dat nodig is om met de gebruiker te communiceren. Deze interface kan ondermeer bestaan uit een uitlegfaciliteit welke nuttig kan zijn voor de controle op het systeem. Zo kan door het systeem worden aangegeven welke regels en voorwaarden zijn gebruikt om tot een bepaalde conclusie te komen. Ook kan het systeem via de interface aanvullende vragen stellen aan de gebruiker en zodoende aan een bepaalde input komen. In sommige gevallen bestaat de interface uit een gebruikersdeel en een beheersdeel. Deze beheersinterface kan gebruikt worden door informatie-analisten van de leverancier om data aan de kennisbank toe te voegen of te wijzigen.

Bij commerciële software is de interface vaak het enige onderdeel van het systeem waar de gebruiker mee in aanraking komt. Het is dat deel van het softwareprogramma wat “op het scherm” zichtbaar is. In het redeneermechanisme en de kennisbank is normaal gesproken door de externe gebruiker geen inzicht te verkrijgen. De gebruiker is dan voor controle van het systeem afhankelijk van de uitlegfaciliteit. Deze “gesloten” software wordt ook wel “closed source” genoemd. De meeste commercieel ontworpen juridische informatie- en kennissystemen zijn aan te merken als closed source.

¹² Oskamp 1990, p. 15.

¹³ Weusten 1999, p. 22.



Figuur 1.4: Interface van kennisysteem KBA.

Hoofdstuk 2 Behoorlijk ICT-gebruik in de rechtspraak

2.1 Inleiding

Doordat de overheid bij de uitoefening van haar taken gebruik is gaan maken van juridische kennissystemen diende zich reeds in een vroeg stadium de vraag aan welke normatieve eisen aan dat gebruik gesteld moesten worden. Franken stelde daarom in 1992 zes criteria op waardoor de overheid in ICT omgevingen rekening zou kunnen houden met de belangen van burgers. Hij noemde deze criteria de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik.¹⁴ Hoewel deze beginselen nog niet dezelfde status hebben als de beginselen van behoorlijk bestuur, geven zij wel het normatieve kader aan waarbinnen de problemen met juridische kennissystemen zich voordoen. De zes criteria zijn:

- **Toegankelijkheid**

De vrijheid om informatie te ontvangen is voor burgers een recht dat uit artikel 10 EVRM voortvloeit. Informatie zou voor een ieder toegankelijk en beschikbaar moeten zijn. Dat wil overigens niet zeggen dat informatie kosteloos ter beschikking moet worden gesteld. Ook standaardisatie van software systemen, waardoor tussen deze systemen onderling informatie kan worden overgedragen, valt onder dit beginsel.

- **Vertrouwelijkheid**

Dit beginsel geeft een begrenzing aan van het vorige beginsel. Privacybescherming is een reden tot beperking van de toegankelijkheid. Aan deze eis tot vertrouwelijkheid kan worden voldaan door beveiligingsmaatregelen te treffen.

- **Integriteit**

De eis van integriteit heeft betrekking op de inhoudelijke kwaliteit van ICT systemen. Een integer systeem moet inhoudelijk correct en volledig zijn en men moet dit voordurend kunnen garanderen. De gebruiker moet op de output van het systeem kunnen vertrouwen.

- **Authenticiteit**

Bij dit beginsel gaat het om de echtheid van berichten, gegevens en gebruikers. Daarbij kan gedacht worden aan de toepassing van verificatiemogelijkheden zoals DigiD¹⁵ en encryptietechnieken zoals gebruikt bij de elektronische handtekening van Diginotar.¹⁶

- **Flexibiliteit**

ICT toepassingen moeten gemakkelijk aangepast kunnen worden aan nieuwe gebruikseisen en nieuwe rechtsontwikkelingen. Daarnaast moet het volgens Franken mogelijk zijn om af te wijken van bepaalde standaardsituaties waardoor rekening kan worden gehouden met 'de bijzonderheden van het geval'. Hij geeft daarbij zelf echter al aan dat voorkomen moet worden dat er door het afwijken rechtsongelijkheid ontstaat.

- **Transparantie**

De werking van de ICT toepassing moet zichtbaar en begrijpelijk zijn. Daarbij gaat het er om dat reconstructie, feedback en controle mogelijk moeten zijn. Belanghebbenden moeten kunnen zien welke stappen zijn doorlopen om tot een bepaalde output te komen.

¹⁴ Franken 2004, p. 57-60.

¹⁵ DigiD is een gemeenschappelijk systeem voor de overheid, waarmee ze de identiteit kan verifiëren van klanten die gebruikmaken van haar elektronische diensten. Zie <www.digid.nl>.

¹⁶ Zie <www.diginotar.nl>.

In de praktijk voldoen een groot aantal kennissystemen niet aan deze beginselen van behoorlijk ICT-gebruik. Daarbij zijn grofweg de volgende vier problemen te onderscheiden:

- De kwaliteit van de systemen is slecht controleerbaar doordat er geen inzicht bestaat in de regelbestanden en de werking van het systeem.
- De prestaties van het systeem worden onvoldoende gecontroleerd door de gebruikers waardoor verkeerde beslissingen kunnen worden genomen.
- Door de geslotenheid van systemen kan er niet voldaan worden aan openbaarheidsverplichtingen op grond van de Wob. De kennis is niet beschikbaar en transparant.
- Belanghebbenden hebben geen toegang tot het systeem waardoor er ongelijkheid ontstaat tussen burger en overheid.

Ik zal deze problemen hierna per onderdeel nader bespreken.

2.2 Integriteit en kwaliteit van systemen

Informatie- en kennissystemen welke in de rechtspraktijk gebruikt worden moeten volgens de Vey Mestdagh, Dijkstra en Oskamp van een gegarandeerde kwaliteit zijn.¹⁷ Voor een controleerbaar en betrouwbaar gebruik van deze systemen, een gebruik dat voldoet aan de eisen van integriteit en transparantie, is het noodzakelijk deze te onderwerpen aan een validatie-onderzoek.

2.2.1 Technische validatie

Technisch valide systemen zijn betrouwbaar, volledig en intern consistent.¹⁸ De betrouwbaarheid van systemen heeft betrekking op de kennisregels en de wijze waarop het redeneermechanisme met deze regels omgaat. Een betrouwbaar systeem sluit aan bij de in de rechtspraktijk gevolgde procedures van rechtsvinding en is daarmee proceduregetrouw.¹⁹

Voor de volledigheid van het systeem is het noodzakelijk dat alle algemeen erkende rechtsbronnen, alle gegevensstructuren van mogelijke casus, en alle regels en functies waarmee feitelijk genomen beslissingen kunnen worden gegenereerd in het juridische systeem zijn opgenomen.²⁰

Consistentie heeft betrekking op het niet aanwezig zijn van tegenspraken in de uitsprakenverzameling. Toch hoeft een systeem niet onverkort consistent te zijn. Afhankelijk van het kennisdomein kan inconsistentie namelijk gewenst zijn. Daarbij kan gedacht worden aan de situatie waarbij meerdere strijdige opvattingen gangbaar zijn. Het systeem zal dan de strijdige opvattingen aan de gebruiker moeten weergeven. De Vey Mestdagh formuleert dit als de eis van interne consistentie van individuele opvattingen en de eis van zichtbaarheid van inconsistentie.²¹

De wetenschappelijke methode van het technische validatie-onderzoek bestaat uit de volgende vier stappen:²²

¹⁷ Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 140.

¹⁸ Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 143.

¹⁹ Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 144.

²⁰ Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 143.

²¹ Vey Mestdagh 1999, p. 165.

²² Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 146.

1. Bevorderen van volledigheid door toepassing van een systematische methode van acquisitie van juridische kennis voorafgaande aan het ontwerp.
2. Bevorderen van de betrouwbaarheid door het specificeren van het systeem op grond van onderzoek naar de in de rechtspraktijk gebruikte bronnen en procedures.
3. Toetsen van de volledigheid en betrouwbaarheid door empirisch onderzoek achteraf.
4. Het ontwikkelen van de systemen op grond van een formele specificatie die de interne consistentie garandeert.

Kennissystemen worden in het algemeen ontworpen en onderhouden door commerciële bedrijven. Wetenschappelijk validatie wordt daarbij vaak gezien als een te kostbare methode. In een commerciële context vindt het technische validatie-onderzoek daarom op een informele en niet systematische wijze plaats.²³ Validatie blijkt dan vaak te bestaan uit het meten van verkoopcijfers en het reageren op reacties achteraf vanuit de gebruikers. De in deze context gebruikte validatiemethoden lijken voor omvangrijke en complexe juridische informatie- en kennissystemen te kort te schieten.²⁴ De bestuursorganen zijn in de meeste gevallen bij het ontwerpen van de systemen en de validatie niet actief betrokken geweest. Zij kopen slechts een gebruikslicentie op het softwarepakket. Deze praktijk is volgens Groothuis vanuit juridisch oogpunt niet problematisch zolang het bestuursorgaan zichzelf als eindverantwoordelijke beschouwt en aan de volgende drie voorwaarden kan voldoen:²⁵

1. Het weet hoe het beslisprogramma in elkaar zit, welke denkstappen erin zijn opgenomen en welke juridische keuzen daarbij zijn gemaakt.
2. Het kan te allen tijde de inhoud van individuele beschikkingen bepalen.
3. Het neemt zelf verantwoordelijkheid voor het aanpassen van het beslisprogramma wanneer dit om juridische, beleidsmatige of technische redenen gewenst is.

Een bestuursorgaan dat gebruik maakt van closed source software zal echter in de regel niet kunnen voldoen aan de eerste en laatste voorwaarde. Haar systeemgebruiker kan niet controleren hoe het beslisprogramma in elkaar zit, welke denkstappen erin zijn opgenomen en welke juridische keuzen daarbij zijn gemaakt. Door de geslotenheid van de kennisbank kan de gebruiker niet zelf de verantwoordelijkheid nemen voor het aanpassen van het beslisprogramma wanneer dit om juridische, beleidsmatige of technische redenen gewenst is. Hij heeft in de meeste gevallen slechts toegang tot de gebruikersinterface en is voor het aanpassen en valideren afhankelijk van de softwareleverancier. Doordat er voor de gebruiker geen inzicht bestaat in de volledigheid, in de consistentie en in de betrouwbaarheid van het systeem, is de kwaliteit van dergelijke systemen slecht controleerbaar.

2.2.2 Casestudy MRE-abw

Een voorbeeld van een closed source kennissysteem is MRE-abw: een beslissingondersteunend systeem op gemeenteniveau voor de uitvoering van de Algemene bijstandswet (Abw).²⁶ Het systeem helpt de consulent bij het komen tot een rapportage en een

²³ Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 146.

²⁴ Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 147.

²⁵ Groothuis 2005, p. 44.

²⁶ De Algemene bijstandswet is inmiddels vervangen door de Wet werk en bijstand. In navolging van deze wijziging is MRE-abw vervangen door MRE-WWB.

concept beschikking. In 2000 was dit systeem in gebruik bij de sociale diensten van 103 gemeenten.²⁷ Deze gemeenten waren allen slechts in het bezit van een gebruikslicentie. De kennisbanken van dit systeem bestaan uit een landelijke module en een gemeentelijke module. Het vullen en onderhouden van de landelijke module met jurisprudentie en wetgeving wordt gedaan door de commerciële producent van MRE-abw. In de gemeentelijke module zijn gemeentelijke beleidsregels opgeslagen. Voor het vullen en onderhouden van deze module is de gemeente verantwoordelijk.

In 1999 voerde Svensson onder de gemeenten een onderzoek uit naar de redenen van het gebruik van het kennissysteem.²⁸ De aanschaf van het systeem was vooral gebaseerd op de vooronderstelling dat deze systemen zouden bijdragen aan een hogere kwaliteit van beslissingen. Diverse gemeenten gaven in het onderzoek aan dat zij dusdanig veel vertrouwen in het systeem hebben dat zij de afrondende stap van het handmatig toetsen van de systeembeschikkingen niet meer uitvoerden.²⁹ Een aantal gemeenten gaven zelfs aan dat hun administratie zonder dit systeem niet meer kan functioneren.³⁰ Deze afhankelijkheid heeft ondermeer te maken met een gebrek aan juridische kennis bij de medewerkers. Volgens Svensson is er bij gemeenten de afgelopen jaren een tendens zichtbaar geworden waarbij geen medewerkers meer worden aangenomen met een sociaal-juridische achtergrond maar een voorkeur wordt gegeven aan medewerkers met een algemene administratieve achtergrond.³¹

Vervolgens voerde Groothuis een casestudy uit naar de juridische kwaliteit van beschikkingen welke zijn genomen met ondersteuning van dit systeem. Daaruit bleek dat beslissingsondersteunende expertsystemen als MRE-abw inderdaad een bijdrage kunnen leveren aan de verbetering van de kwaliteit van beschikkingverlening, maar dat aan dat gebruik ook risico's zijn verbonden.³² In alle onderzochte gevallen deden zich problemen voor welke te wijten zijn aan een gebrek aan transparantie.³³ Overwegingen of denkstappen van het systeem werden niet of slechts gedeeltelijk zichtbaar gemaakt waardoor de gebruiker in een aantal gevallen op basis van een onvolledige motivering tot een onjuist besluit kwam. Ook viel bij de analyse van de onderzoeksresultaten op dat zich bij de motivering van de beschikking een relatief groot aantal fouten voordeden. In vrijwel alle gevallen waren de overwegingen welke ten grondslag lagen aan de beschikking te summier. Deze fout kwam ook naar voren in een later uitgevoerd onderzoek naar dit systeem door van der Linden-Smith.³⁴ Volgens Groothuis wordt dit verschijnsel mogelijk veroorzaakt door een gebrek aan juridische kennis bij de gebruiker of een te groot vertrouwen op de uitkomsten van het systeem.³⁵ Tot slot werden het grootste aantal fouten ontdekt in situaties waarbij er een wisselwerking was tussen systeem en gebruiker. Hoewel het hier in beginsel menselijke fouten betreft, blijkt er in alle gevallen sprake te zijn van een onvolledige ondersteuning door het systeem op momenten dat bij de gebruiker ten onrechte de indruk was gewekt dat het

²⁷ Groothuis 2005, p. 183.

²⁸ Groothuis & Svensson 2000, p. 5.

²⁹ Groothuis & Svensson 2000, p. 5.

³⁰ Svensson 2002, p. 10.

³¹ Svensson 2002, p. 16.

³² Groothuis 2005, p. 218.

³³ Groothuis 2005, p. 210.

³⁴ Linden 2000, p. 56.

³⁵ Groothuis 2005, p. 210.

systeem volledige ondersteuning gaf.³⁶ De gebruiker maakte daardoor geen zorgvuldige belangenafweging.³⁷

Inmiddels is de toenmalige producent van MRE-abw overgenomen door Kluwer. Het aantal gemeenten dat vandaag de dag gebruik maakt van MRE-WWB, de opvolger van MRE-abw, ligt rond de tweehonderd. Daarnaast worden de Kluwer-systemen sinds enige tijd onder de naam PKO4all geïntegreerd in het administratiepakket GWS4all van softwareleverancier Centric. Het Geïntegreerd Welzijn Systeem GWS4all is in gebruik bij ongeveer 270 gemeentelijke sociale diensten en organisaties die belast zijn met de uitvoering van deze gemeentelijke taak. Het systeem ondersteunt de gebruikers op het gebied van WWB, WVG, IOAW/Z, BBZ en WWIK. Centric heeft de juridische content van haar systemen en het daarin bijhouden van wetwijzigingen en jurisprudentie volledig uitbesteedt aan Kluwer. Centric staat derhalve niet in voor de juridisch inhoudelijke kwaliteit van haar systemen.³⁸ Kluwer zelf controleert de juridische kwaliteit van haar systemen door middel van het testen met een aantal casus. Dit testen wordt deels door de bouwer van het systeem gedaan en deels door de eigen consultants. Er wordt in verband met de kosten en praktische problemen geen gebruik gemaakt van een sluitend testsysteem of van validatie door externe juridische experts.³⁹ Kluwer geeft aan niet aansprakelijk te zijn voor de juridische kwaliteit van de uitkomsten van haar kennissystemen.⁴⁰ Het kennissysteem heeft puur en alleen een ondersteuningsfunctie voor de gemeentelijke consulent. De eindbeslissing moet daarom altijd worden genomen door de consulent zelf die daarom zelf verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de genomen beslissing. Dit vereist van de gebruiker in ieder geval een behoorlijk kennisniveau en daarnaast een zeker inzicht in de kennisbestanden van het systeem. Uit de hiervoor genoemde onderzoeken van Svensson en Groothuis valt af te leiden dat de gebruikers vaak niet het vereiste kennisniveau hebben om zonder het systeem tot een beslissing te kunnen komen, laat staan dat ze de kennis bezitten om van een gesloten systeem de juridische kwaliteit te controleren.

2.3 Integriteit en vertrouwen in het systeem

De juridische validatie van systemen heeft betrekking op het bepalen van het gezag van de in het systeem vervatte kennis en haar afgeleide normatieve uitspraken.⁴¹ Daarbij gaat het ondermeer om het vertrouwen dat een gebruiker in het systeem stelt. Dit vertrouwen berust voor een groot deel op de verwachting dat de uitspraken van een systeem berusten op technisch valide bronnen en procedures.⁴² Uit de vorige paragraaf bleek dat de gebruiker van een kennissysteem in sommige gevallen zelf verantwoordelijk wordt gehouden voor de kwaliteit van de eindbeslissing. De eindgebruiker zou in dat geval zelf de tekortkomingen in de kwaliteit van het systeem moeten ontdekken en controleren. Dit werpt de vraag op of de eindgebruiker een dergelijke controletaak altijd uitvoert en hoe deze dan plaatsvindt.

De overtuigingskracht van een boodschap of advies kan afhankelijk zijn van de overtuigingskracht van de boodschapper. Zo zal het advies van een huisarts voor een patiënt

³⁶ Deze indruk wordt nog versterkt door opmerkingen van softwareleveranciers zoals: “Een kind kan de was doen, (...) dat is de kracht van een kennissysteem.”(Centric view, juli 2001, p. 14)

³⁷ Groothuis 2005, p. 212.

³⁸ Paapst & de Vink 2005, p. 7.

³⁹ Paapst & de Vink 2005, p. 9.

⁴⁰ Paapst & de Vink 2005, p. 18.

⁴¹ Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 141-142.

⁴² Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 142.

als betrouwbaar overkomen en zal de patiënt niet zo snel de inhoud van het advies willen controleren. Indien een loodgieter exact hetzelfde advies aan de huisarts geeft dan zal deze arts het advies eerst inhoudelijk zorgvuldig controleren alvorens het op te volgen. Deze verschillende gedragswijzen waarop mensen met dit advies omgaan zijn door sociaal psychologen Petty en Cacioppo beschreven in het Elaboration Likelihood Model (ELM).⁴³ Het ELM noemt de eerste situatie waarbij er sprake is van een marginale toetsing de ‘perifere route’ en de tweede situatie de ‘centrale route’.

Uit sociaal-psychologisch onderzoek van Dijkstra naar de overtuigingskracht van juridische kennissystemen blijkt dat de eindgebruikers snel geneigd zijn om het advies van een kennissysteem te vertrouwen.⁴⁴ In een experiment onder de naam “How to fool a lawyer” liet Dijkstra een groot aantal studenten en docenten van de rechten-faculteit negen verschillende casus oplossen welke allen betrekking hebben op de theorie van de strafbare poging.⁴⁵ Zij kregen daarbij ondersteuning van één van de twee kennissystemen welke speciaal voor het experiment waren gebouwd. Beide systemen gaven tegengestelde eindconclusies doordat zij op een verschillende wijze met de strafrechtelijke theorie omgaan. Hoewel het kennisniveau van de gebruikers dusdanig was dat zij de tekortkoming in de kennis van het systeem hadden moeten ontdekken, bleek dat de gebruikers zich gemakkelijk lieten overtuigen door het onvolledige advies van het systeem. Men maakte bijna geen gebruik van uitlegfuncties van het systeem en koos in plaats van een gedegen inhoudelijke controle massaal voor de perifere route. Uit aanvullende onderzoeken van Dijkstra bleek tevens dat proefpersonen een advies dat afkomstig zou zijn van een kennissysteem als meer objectief en rationeel beschouwen als hetzelfde advies dat van een menselijke expert afkomstig zou zijn.

Volgens Dijkstra zijn juridische kennissystemen kennelijk overtuigende adviseurs, zelfs indien zij een onjuist of onvolledig advies geven.⁴⁶ De eindgebruikers zien de adviezen van het systeem als objectief en rationeel en hebben vertrouwen in de kwaliteit van het systeem. De prestaties van het systeem worden hierdoor echter onvoldoende gecontroleerd door de eindgebruikers waardoor verkeerde beslissingen kunnen worden genomen. Dit kan vergaande gevolgen met zich meebrengen voor de burger en het bedrijfsleven. Daarbij kan gedacht worden aan ten onrechte geweigerde uitkeringen of vergunningen. Door dergelijke fouten gaat de kwaliteit van de dienstverlening van de overheid achteruit en zal het vertrouwen van de burger in de overheidsbeslissingen eerder afnemen dan toenemen.

2.4 Beschikbaarheid en transparantie van de kennis

Uit artikel 110 Grondwet volgt dat de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid betracht volgens regels bij de wet te stellen. Dit fundamentele recht heeft zijn uitvoering voornamelijk gevonden in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).⁴⁷ De Wob kent een recht op de openbaarheid van informatie over bestuurlijke aangelegenheden dat is neergelegd in documenten welke berusten bij bestuursorganen of bij instellingen, diensten of bedrijven welke onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan werkzaam zijn. In de Wob wordt een onderscheid gemaakt tussen een passieve en een actieve informatieplicht voor de overheid. Onder de passieve informatieplicht wordt de mogelijkheid verstaan voor burgers om op grond van artikel 3 Wob een verzoek om informatie over een bestuurlijke aangelegenheid

⁴³ Petty & Cacioppo 1986.

⁴⁴ Dijkstra 2000, p. 11-21.

⁴⁵ Dijkstra 2000, p. 14.

⁴⁶ Dijkstra 2000, p. 18.

te richten tot een bestuursorgaan. Bij de op artikel 8 Wob gebaseerde actieve informatieplicht verschaft het bestuursorgaan uit eigen beweging informatie over het beleid (inclusief de voorbereiding en de uitvoering) zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.

2.4.1 Bestuursorganen

In artikel 1a lid 1 Wob is een opsomming opgenomen van bestuursorganen waar de Wob op van toepassing is. Het gaat daarbij om ministers, bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen, publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en alle andere bestuursorganen die werkzaam zijn onder de verantwoordelijkheid van de eerstgenoemden. Daarnaast is de Wob van toepassing op andere (zelfstandige) bestuursorganen voorzover deze niet bij Algemene maatregel van bestuur zijn uitgezonderd.⁴⁸ Uit artikel 1:1 lid 2 Algemene wet bestuursrecht volgt verder dat ondermeer de wetgevende macht, de Staten-Generaal, de rechterlijke macht, de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman niet als bestuursorgaan worden aangemerkt en derhalve buiten het bereik van de Wob vallen. Bedrijven, instellingen of diensten welke werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan vallen blijkens artikel 3 lid 1 Wob ook onder het bereik van de Wob. Het gaat daarbij om situaties waar er sprake is van een ‘overwegende invloed’ van het bestuursorgaan op een civielrechtelijke rechtsvorm. In dat geval neemt het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid men werkzaam is de beslissing over de openbaarheid van bestuur.⁴⁹

2.4.2 Documentbegrip en computernetwerken

In artikel 1 sub a. Wob is opgenomen dat de wet onder ‘document’ verstaat: “een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat”. De term ‘ander materiaal’ moet ruim worden genomen. Het gaat daarbij volgens Bergfeld om alle informatiedragers inclusief nieuwe vormen welke ontstaan door de ontwikkeling van computertechnieken.⁵⁰ Uit de jurisprudentie is verder af te leiden dat ook foto's, films, ponskaarten, electromagnetische kaarten en –banden onder deze term vallen. Het feit dat informatie gewist zou kunnen worden doet daar niet aan af.⁵¹ Daarmee is verdedigbaar dat ook een harddisc of een server onder deze term valt. In de beleidslijn “Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie” is tevens opgenomen dat ook databanken in beginsel onder de Wob vallen.⁵²

Er is nog geen duidelijkheid over de vraag in hoeverre een dergelijke informatiedrager bij een bestuursorgaan moet ‘berusten’ in geval van netwerksituaties. Daarbij is het immers mogelijk dat informatie wordt opgeslagen in computernetwerken die zich uitstrekken tot buiten de fysieke locatie van een bestuursorgaan. Het in december 2000 aan de Tweede Kamer aangeboden rapport “Wob & ICT” gaat uit van de volgende aanbevelingen:

⁴⁷ *Stb.* 1991, 703.

⁴⁸ Besluit bestuursorganen Wno en Wob, *Stb.* 1998, 580.

⁴⁹ Zie voor een uitgebreide beschouwing over artikel 3 Wob de noot van Hans Peters onder ABRvS 26 november 2003, *AB* 2004, 227.

⁵⁰ Bergfeld 2004, p. 517-518.

⁵¹ ARRvS 5 maart 1982, *AB* 1982, 352.

⁵² *Kamerstukken II* 1999–2000, 26 387, nr. 7, p. 6.

- In netwerksituaties berust informatie bij het bestuursorgaan dat exclusieve toegang tot die informatie heeft. In geval meerdere bestuursorganen toegang tot de informatie hebben, dan berust het bij alle bestuursorganen. Indien een derde een bestuursorgaan via een netwerkverbinding toegang tot informatie geeft, dan wordt deze geacht te berusten bij dit bestuursorgaan, tenzij de derde aan de toegang tot de informatie voorwaarden heeft verbonden.⁵³

Ik ben het met deze aanbeveling eens en denk dat het criterium goed aansluit bij de uitgangspunten over netwerken in andere wetgeving. Zo is het voor een doorzoeking in het kader van artikel 125j Sv niet van belang waar de gegevens zich in een netwerk bevinden maar van waaruit zij onder de controle van een bevoegde persoon of organisatie staan.⁵⁴

2.4.3 Openbaarmaking bestuurlijke kennis

Uit artikel 3 lid 1 Wob volgt dat de informatie betrekking moet hebben op een bestuurlijke aangelegenheid of een daarop betrekking hebbend document. Het gaat bij het begrip “bestuurlijke aangelegenheid” om informatie die bij een bestuursorgaan berust en die betrekking heeft op beleid in voorbereiding, op de besluitvorming en op de uitvoering. Volgens Damen moet het daarbij gaan om informatie over een concrete zaak en om concreet bestuurlijk handelen.⁵⁵ Uit de jurisprudentie van de bestuursrechter volgt daarnaast dat ook de normen voor de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheid actief openbaar gemaakt zouden moeten worden.⁵⁶ Aangezien er beleidsregels en besluitvormingsregels worden opgenomen in juridische kennissystemen bestaat er in zekere mate een openbaarmakingplicht voor deze kennis op grond van de Wob.

Bergfeld, Kaspersen en Lodder zijn van mening dat een Wob-verzoek ook betrekking kan hebben op bestuurlijke kennis in plaats van bestuurlijke informatie.⁵⁷ Derhalve achten zij het mogelijk dat informatie uit beleidsinformatiesystemen en de kennis uit kennissystemen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, openbaar moet worden gemaakt. In dit standpunt staan zij niet alleen. Ook het kantoor van de landsadvocaat stelt in een gezamenlijk onderzoek met de Katholieke Universiteit Brabant over software dat het:

“(…) niet ondenkbaar is dat dit informatie in de zin van de Wob is omdat met de software veelal berekeningen en modellen worden gemaakt die verband houden met de voorbereiding van beleid, waarbij de informatie zonder die software in een aantal gevallen bovendien niet goed kan zijn te raadplegen. Dit kan betekenen dat de overheid op grond van de Wob verplicht is die broncodes ter beschikking te stellen aan burgers. Voor zover de intellectuele eigendomsrechten van de ontwikkelde software niet geheel bij de overheid berusten, kan dat leiden tot inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van derden.”⁵⁸

⁵³ < http://www.ministerremkes.nl/grondwet_en/openbaarheid/publicaties > (geraadpleegd: 8 maart 2005).

⁵⁴ Vgl. Franken 2001, p. 422.

⁵⁵ Damen e.a. 2003, p. 332.

⁵⁶ Damen e.a. 2003, p. 331.

⁵⁷ Wob en ICT p. 65, WWW < <http://appia.rechten.vu.nl/~lodder/wobict/wobict.pdf> >, (laatst bezocht: 19 mei 2005).

⁵⁸ Aansprakelijkheid voor overheidsinformatie, p. 73, WWW <http://www.stroomlijningbasisgegevens.nl/pdfs/aanspr_overh_inf.pdf> (laatst bezocht: 22 mei 2005).

2.4.4 Auteursrecht van derden

De hiervoor beschreven wettelijke openbaarheidsverplichtingen voor bestuurlijke kennis kunnen een auteursrechtinbreuk opleveren in de situatie waarbij een derde het auteursrecht heeft op de informatie of de software. De doelstellingen van de Auteurswet en de Wet openbaarheid van bestuur staan volgens Verkade in dat opzicht dwars op elkaar.⁵⁹ De Auteurswet wil werken auteursrechtelijk beschermen door de maker het *uitsluitende* recht te geven op openbaarmaking en verveelvoudiging.⁶⁰ De Wet openbaarheid van bestuur heeft echter als doel om werken zoveel mogelijk te openbaren en te verveelvoudigen om zodoende de burger te beschermen in het kader van het algemeen belang. In een situatie waarbij stukken, documenten of andere werken in het bezit zijn van een overheid terwijl daarop het auteursrecht van derden rust, kunnen beide wetten met elkaar botsen.

Dit werpt de vraag op of bij kennisbestanden en broncode, waarop het auteursrecht van een derde kan liggen, openbaarmaking op grond van de Wob kan worden voorkomen vanwege het auteursrecht van een derde. Vanuit de Wob bezien lijkt daar op het eerste gezicht sprake van te zijn doordat in artikel 2 een verwijzing wordt gemaakt naar voorrang van andere bestaande wetgeving:

“Een bestuursorgaan verstrekt bij de uitvoering van zijn taak, *onverminderd het elders bij de wet bepaalde*, informatie overeenkomstig deze wet.”

De afdeling Bestuursrechtspraak overwoog met betrekking tot deze verwijzing naar het ‘elders bij de wet bepaalde’ het volgende:

“Uit de tekst van de Wet openbaarheid van bestuur en met name ook uit de geschiedenis van de totstandkoming daarvan blijkt duidelijk dat met deze wet niet is beoogd de bestaande wettelijke regelingen inzake openbaarheid en geheimhouding op speciale terreinen opzij te zetten dan wel daarnaast een aanvullende mogelijkheid te bieden om informatie te verkrijgen. De bestaande bepalingen over openbaarheid en geheimhouding bij of krachtens andere wetten gesteld, verhouden zich immers tot die van de Wet openbaarheid van bestuur als bijzondere tot algemene, welke als zodanig voorrang hebben boven laatstgenoemde.”⁶¹

Volgens vaste jurisprudentie dient als voorwaarde voor het buiten toepassing laten van de Wet openbaarheid van bestuur, naast het vereiste dat sprake is van een bijzondere openbaarheidsregeling in een formele wet, tevens te gelden dat die bijzondere regeling uitputtend moet zijn.⁶² Daarvan is sprake indien door afzonderlijke toepassing van de Wob afbreuk zou worden gedaan aan de goede werking van de materiële bepalingen uit de bijzondere wet. De afdeling maakt daarbij vaak gebruik van de standaardformulering: “Een regeling is uitputtend indien zij ertoe strekt te voorkomen dat door (afzonderlijke) toepassing van de Wob afbreuk zou worden gedaan aan de goede werking van de materiële bepalingen in de bijzondere wet”.⁶³ Deze jurisprudentie kan aldus worden begrepen dat de bepalingen uit de Auteurswet, een wet op een speciaal terrein welke een uitputtende regeling van de openbaarheid bevat, als bijzondere bepalingen voorrang hebben boven de algemene bepalingen uit de Wob.⁶⁴ Toepassing van de Wob zou immers afbreuk doen aan de werking

⁵⁹ Verkade 1993, p. 2.

⁶⁰ Zie hoofdstuk 4 voor een nadere beschouwing over het auteursrecht.

⁶¹ ABRvS 3 maart 1997, AB 1997,188.

⁶² Zie ABRvS 3 maart 1998, AB 1998,435 en ook ABRvS 19 december 2000, AB 2002,41.

⁶³ Zie de noot van E.J. daalder bij ABRvS 17 september 2003, AB 2003,439.

⁶⁴ Aldus ook Backx 1988, p. 31.

van de materiële bepalingen van de Auteurswet en in het bijzonder artikel 1 Aw waarin is bepaald dat het recht om een werk openbaar te maken en te verveelvoudigen het *uitsluitend* recht van de maker is.

Vanuit artikel 1 Auteurswet kan echter het tegenovergestelde standpunt worden bepleit. Daar is immers in opgenomen dat het auteursrecht een uitsluitend recht is ‘behoudens de beperkingen bij de wet gesteld’. De informatieplicht vanuit de Wob zou in dat geval een dergelijke beperking op het auteursrecht zijn. Dit heeft tot gevolg dat de Wob voorrang heeft op de Auteurswet.⁶⁵

Bij de totstandkoming van de Wob heeft de regering het standpunt ingenomen dat het verstrekken van informatie overeenkomstig artikel 7 Wob – ook indien het auteursrecht van een document bij een derde berust – niet aan te merken valt als een inbreuk op dat recht. Bij de behandeling in de Tweede Kamer van de beleidslijn “Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie” heeft de regering dit standpunt nogmaals onderschreven.⁶⁶ Zij is daarbij echter van mening dat er van voorrang van de Wob enerzijds en de Auteurswet en de Databankenwet anderzijds geen sprake is; Beide stelsels zijn steeds naast elkaar van toepassing.⁶⁷

Er kan in beginsel gesteld worden dat het auteursrecht van een derde niet in de weg kan staan aan passieve informatie verstrekking op grond van de Wob. Over de feitelijke handelingen welke nodig zijn voor een verstrekking in het kader van de passieve informatieplicht is de regering van mening dat daarbij gebruik kan worden gemaakt van een elektronische kopie. Deze handelingen mogen volgens de regering niet worden gefrustreerd door een beroep op een exclusief recht. De ontvanger van de informatie moet zich er volgens de regering wel van bewust zijn dat de afgifte van een dergelijke kopie geen auteursrechtelijke bevoegdheid impliceert tot publicatie of andere handelingen waarvoor toestemming van de rechthebbende nodig is.⁶⁸ Dit standpunt leidt echter bij software tot het opmerkelijke gevolg dat het weliswaar mag worden afgegeven aan een Wob-verzoeker maar dat deze alsnog toestemming nodig heeft van de auteursrechthebbende om de software te mogen gebruiken.⁶⁹

De overheid zal niet kunnen voldoen aan haar actieve en passieve informatieplicht indien zij zelf ook geen toegang heeft tot de kennisbestanden en de broncode. De auteursrechthebbende kan derhalve door gebruik te maken van closed source software de openbaarheid van de Wob doelbewust omzeilen. Het is dan de vraag of de overheid zich daarachter zou mogen verschuilen.

2.5 Equality of arms

De kennisachterstand van burgers ten opzichte van de overheid wegens het niet verkrijgen van toegang tot informatie is door Hoorn beschreven vanuit een strafprocesrechtelijke invalshoek.⁷⁰ Zij beschrijft een fictieve casus waarbij door het Openbaar Ministerie een zeer omvangrijk strafdossier op een CD-rom is gezet. Met de zoekfunctie kan met één druk op de

⁶⁵ Zie ook: Verkade 1993, p. 2.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 1999–2000, 26 387, nr. 7 p. 14.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1999–2000, 26 387, nr. 7 p. 13.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 1999–2000, 26 387, nr. 7 p. 14.

⁶⁹ Deze toestemming is het gevolg van artikel 45j Aw. Zie paragraaf 4.2.4 voor een analyse van de auteursrechtelijke bescherming van software.

⁷⁰ Hoorn 2002.

knop gevonden worden wat er over een bepaald onderwerp is verklaard. De verdediging van de verdachte wil vervolgens een kopie ontvangen van deze CD-rom met het bijbehorende zoekprogramma. De CD-rom is immers uit publieke middelen bekostigd en geeft het OM ten opzichte van de verdachte een behoorlijke voorsprong. Het OM weigert in de fictieve casus de afgifte van de CD-rom door ondermeer een beroep te doen op het auteursrecht van de leverancier. Hoorn haalt vervolgens in haar artikel Dijkstra aan die het probleem in een breder auteursrechtelijk perspectief zet:

“Een bijkomstig probleem bij de verstrekking van de CD-rom aan derden is de verstrekking van het zoekprogramma dat nodig is om van de informatie op de CD-rom gebruik te kunnen maken. Als het OM zelf niet het auteursrecht op het zoekprogramma heeft maar slechts een beperkte gebruikerslicentie dan mag het OM niet zonder toestemming van de auteursrechthebbende het programma aan derden verstrekken. Voor het maken van een dergelijke kopie, en zelfs voor het maken van een kopie naar het werkgeheugen, is toestemming van de auteursrechthebbende nodig (vandaar de gebruikerslicentie). Meestal is het softwarebedrijf dat het programma ontwikkeld heeft de auteursrechthebbende. Dit bedrijf moet dan wel willen meewerken aan de verstrekking van hun programma aan derden en de eventuele kosten die hieraan verbonden zijn (licenties voor specialistische software kunnen erg prijzig zijn) zullen door het OM of de verdediging moeten worden gedragen. Dit soort ‘praktische problemen’ is al vaker door de overheid onderschat bij de overweging om juridische informatievoorziening aan het bedrijfsleven over te laten.”⁷¹

Dit auteursrechtelijke probleem is mogelijk op te lossen door toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur (zie 2.4.4). Hoorn is echter van mening dat er grote bezwaren kleven aan het ter beschikking krijgen van een strafdossier door gebruik te maken van de Wob.⁷² Het bezwaar is volgens haar dat met het verkrijgen van toestemming er een algemene openbaarheid ontstaat vanwege het feit dat de informatieverstrekking niet selectief mag zijn.⁷³ Er ontstaan in dat geval mogelijk problemen op het gebied van de relatieve uitzonderingsgronden van art 10 lid 2 Wob, waaronder de bescherming van de privacy. Zij pleit er daarom voor om binnen het strafprocesrecht voor verdachten, slachtoffers en overige betrokkenen naar extra mogelijkheden te zoeken om zodoende de toegankelijkheid van het procesdossier gelijke tred te laten houden met de middelen die het OM ter beschikking staan.

2.5.1 BOS/Polaris

Het BOS (Beslissing Ondersteunend Systeem) wordt gebruikt bij het Openbaar Ministerie voor het vaststellen van de strafeis. Het systeem moet de rechtsgelijkheid bevorderen. Lodder en Oskamp noemen het BOS een prachtig voorbeeld van een IT-toepassing die eenvoudig maakt wat in de papieren wereld lastig is.⁷⁴ De kennis in dit systeem bestaat uit de openbare Polaris richtlijnen. Deze richtlijnen zijn handmatig echter zeer moeilijk toe te passen. Bergfeld, Kaspersen en Lodder gaven in hun “Wob en ICT” rapport daarom reeds aan dat het inzicht in het bestuurlijk handelen zou kunnen verbeteren indien een ieder over deze procedure in elektronische vorm zouden kunnen beschikken.⁷⁵ In Februari 2001 dienden zij daarom op basis van de Wob een verzoek in bij het OM tot openbaarmaking van het systeem. Het OM heeft het verzoek vervolgens afgewezen omdat de Wob niet zou verplichten tot

⁷¹ Hoorn 2002, p. 705.

⁷² Hoorn 2002, p. 706.

⁷³ Dit volgt uit de “voetbalvandalen” zaak, ABRvS 25 april 2000.

⁷⁴ Lodder & Oskamp 2005, p. 231.

⁷⁵ Wob en ICT p. 64, WWW < <http://appia.rechten.vu.nl/~lodder/wobict/wobict.pdf> > (geraadpleegd: 19 mei 2005).

afgifte van de software. Hangende de vervolprocedure voor de Amsterdamse rechtbank is het BOS eind 2002 via het internet voor een ieder beschikbaar gekomen.⁷⁶ Daarmee kwam er een voortijdig einde aan de procedure. Opmerkelijk detail is het feit dat in de Wob-procedure nog werd ontkend dat de berekeningen met de Polaris-richtlijnen lastig zijn, maar dat de BOS-weblocatie dit inmiddels erkent.⁷⁷ Het OM geeft als reden voor de openbaarmaking aan dat zij zoveel mogelijk controleerbaar en openlijk te werk wil gaan. Ook hier lag het auteursrecht bij een derde en moest men daarom eerst met de auteursrechthebbende aanvullende afspraken maken.⁷⁸ Verdachten kunnen nu (via hun advocaat) zelf gebruik maken van het systeem en hiermee een kennisachterstand ten opzichte van de overheid inlopen.

2.5.2 CBBS

De hiervoor besproken beschikbaarheid van het BOS is een uitzondering. In de meeste gevallen worden informatie- en kennissystemen niet vrij beschikbaar gesteld. Een voorbeeld van een dergelijk closed source kennissysteem is het Claim Beoordelings- en Borgingssysteem (CBBS). Sinds 1 januari 2002 worden alle beoordelingen met betrekking tot de WAO, de WAZ en de Wajong uitgevoerd door het UWV met behulp van CBBS. Dit systeem is de opvolger van het Functie Informatiesysteem (FIS) en stelt de medewerkers van het UWV in staat om passende functies te vinden voor mensen van wie het recht op uitkering wordt beoordeeld.

In november 2004 heeft de Centrale Raad van Beroep in een aantal uitspraken bepaald dat er geen redenen zijn om het CBBS als ondersteunend systeem niet aanvaardbaar te achten.⁷⁹ Het systeem heeft echter in vergelijking met het FIS een aantal kenmerken waardoor een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling minder inzichtelijk, minder verifieerbaar en minder toetsbaar is voor de betrokken verzekerde, diens gemachtigde, derden-belanghebbenden alsook de rechter. Daarom heeft de Raad het UWV opgedragen het systeem dusdanig aan te passen zodat ook derden de uitkomsten kunnen controleren.

In Maart 2005 bepaalde de Raad echter in een nieuwe uitspraak over de ontbrekende transparantie van het CBBS dat in haar eerdere oordeel tevens besloten ligt dat:

“(…) appellante niet kan worden gevolgd in haar opvatting dat het in strijd is te achten met het uit artikel 6, eerste lid, van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden voortvloeiende vereiste van “equality of arms”, alsmede met het beginsel van “fair play”, dat gedaagde (UWV) middels het CBBS over gegevens beschikt die voor appellante en haar gemachtigde niet alle kenbaar zijn.”⁸⁰

Uit deze uitspraak is af te leiden dat de Raad geen verplichting aanwezig acht voor het UWV om op basis van artikel 6 EVRM de informatie uit het CBBS algemeen beschikbaar te stellen. In deze zaak is overigens geen beroep gedaan op artikel 10 EVRM of de Wob. Het is na deze uitspraak zeer onwaarschijnlijk geworden dat het UWV op korte termijn het systeem beschikbaar zal gaan stellen aan de burgers teneinde de kennisachterstand op te heffen.

⁷⁶ Zie < <http://www.om.nl/bos> > (geraadpleegd: 4 juli 2005).

⁷⁷ Lodder & Oskamp 2005, p. 229.

⁷⁸ Zie < <http://www.giant-soft.nl> >.

⁷⁹ Ondermeer in: CRvB 9 November 2004, LJN AR4716.

⁸⁰ CRvB 08 Maart 2005, LJN AS9343.

2.5.3 Landelijk beleid ten aanzien van de openbaarheid van software

Overheidsinformatie valt te verdelen in basisinformatie van de democratische rechtsstaat⁸¹, Wob-informatie en overige informatie.⁸² Met betrekking tot software heeft de regering aangegeven dat dit is aan te merken als overige informatie en niet als Wob-informatie. De Wob zou niet verplichten tot verstrekking van de software.⁸³ Het lijkt de bedoeling van de regering te zijn geweest om daarmee aan te geven dat de overheid burgers in de gelegenheid moet stellen om informatiebestanden te lezen door middel van de bijbehorende software, zonder dat er een aanspraak is op die software zelf. In de kamerstukken wordt dit als volgt verwoord:

“(…) dat conform de Wob de informatie verstrekt moet worden in een algemeen gangbaar formaat en dat de benodigde programmatuur niet hoeft te worden mee geleverd. Kan de gevraagde informatie zonder de programmatuur niet worden gereproduceerd, dan kan de aanvrager bij het overheidsorgaan inzage worden verleend in het bestand.”⁸⁴

Door het ontbreken van eenduidig landelijk beleid lijkt deze bedoeling tot nu toe echter niet goed uit de verf te komen. Het verschil in de toegankelijkheid is bij de in dit hoofdstuk aangehaalde computersystemen duidelijk zichtbaar. Hierdoor kan het voorkomen dat een burger of een bedrijf een niet te overbruggen kennisachterstand heeft in geschillen met de overheid.

2.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik uiteengezet dat de beslotenheid en ontoegankelijkheid van gesloten juridische kennissystemen op gespannen voet staat met drie van de zes beginselen van behoorlijk ICT-gebruik. Daarbij gaat het om de transparantie, de integriteit en de toegankelijkheid van ICT systemen. Voor een transparant systeem moeten de werking en gevolgde redeneringen van een toepassing inzichtelijk en begrijpelijk zijn. Belanghebbenden moeten kunnen zien welke stappen zijn doorlopen om tot een bepaalde conclusie te komen. De eis van integriteit heeft betrekking op de inhoudelijke kwaliteit van ICT systemen. Een integer juridisch kennissysteem moet inhoudelijk correct en volledig zijn. De gebruiker moet op de output kunnen vertrouwen. De eis van de toegankelijkheid ziet ondermeer op de vrijheid om informatie uit ICT systemen te kunnen ontvangen. Dit heeft ook zijn weerslag op de openbaarheid welke de overheid op grond van de Wet openbaarheid van bestuur bij de uitvoering van haar taken moet betrachten.

Gebleken is dat sommige leveranciers van beslissingsondersteunende kennissystemen geen verantwoordelijkheid nemen voor de juridische kwaliteit van de eindbeslissing.⁸⁵ De gebruiker van het systeem blijft zelf verantwoordelijk en zou in dat geval zelf eventuele tekortkomingen in de kwaliteit van het systeem moeten kunnen ontdekken. Indien de gebruikers echter niet het vereiste kennisniveau hebben om zonder het systeem tot een beslissing te kunnen komen, hoeft ook niet verwacht te worden dat ze de kennis bezitten om van een gesloten systeem de juridische kwaliteit te controleren. Door het ontbreken van

⁸¹ Daarbij kan gedacht worden aan wetten, besluiten en rechterlijke uitspraken.

⁸² *Kamerstukken II* 1999–2000, 26 387, nr. 7 p. 3

⁸³ *Kamerstukken II* 1999–2000, 26 387, nr. 7 p. 8-9.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 1999–2000, 26 387, nr. 7 p. 19.

⁸⁵ Zie paragraaf 2.2.2.

inzicht in de regelbestanden en de werking van het systeem is het ook voor gebruikers met een voldoende kennisniveau niet mogelijk om zonder de medewerking van de leverancier de kwaliteit van het kennisysteem te controleren en eventueel te verbeteren.

Ondanks het gebrek aan transparantie en de daaruit voortvloeiende onmogelijkheid om de integriteit van het systeem te controleren, zien de meeste eindgebruikers de adviezen van een juridisch kennisysteem als objectief en rationeel en hebben ze bijna blindelings vertrouwen in de kwaliteit van het systeem. Juridische kennisystemen zijn kennelijk overtuigende adviseurs, zelfs indien zij een onjuist of onvolledig advies geven.⁸⁶ De prestaties van het systeem worden hierdoor onvoldoende gecontroleerd door de gebruikers waardoor verkeerde beslissingen kunnen worden genomen.

Door de geslotenheid van de kennisbank kan er door overheden niet zonder meer worden voldaan aan mogelijke openbaarheidsverplichtingen die zij heeft op grond van de Wob. De bestuurlijke kennis is daarmee voor de burgers en bedrijven niet toegankelijk en daarmee niet transparant. Auteursrechthebbenden kunnen door levering van gesloten kennisystemen de openbaarheid van de Wob doelbewust frustreren. Verder blijkt er bij de overheid geen eenduidig landelijk beleid te zijn met betrekking tot de toegankelijkheid en beschikbaarheid van software waarmee de kennis kan worden ingezien. Het gevolg kan zijn dat een burger of een bedrijf een niet te overbruggen kennisachterstand heeft in zijn contacten met de overheid.

Om een transparante overheid te kunnen zijn die voldoet aan de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik is het noodzakelijk om oplossingen te vinden voor de hierboven genoemde problemen.

⁸⁶ Dijkstra 2000, p. 18.

Hoofdstuk 3 Openbaarheid en transparantie van juridische kennissystemen

3.1 Inleiding

De in het vorige hoofdstuk genoemde problemen doen zich allen voor op het gebied van de beschikbaarheid, de integriteit en de transparantie van overheidssystemen. Er kan daarom door de overheid niet voldaan worden aan de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik. Om deze problemen op te lossen zijn de afgelopen jaren door diverse schrijvers suggesties gedaan. Ik zal in dit hoofdstuk een aantal van deze suggesties noemen waarna aangegeven zal worden op welke wijze deze suggesties verder uitgewerkt kunnen worden.

3.2 Genoemde oplossingen

Tijdens het symposium ‘Trias informatica’ in 2003 bepleitte Snellen de openbaarmaking van software als voorstel voor de verbetering van de ICT-huishouding bij de overheid.⁸⁷ In die gevallen waarbij de burger zelf niet om kan gaan met de beschikbare informatie zou het goed zijn dat sociale raadslieden en belangenorganisaties kunnen bekijken hoe advies- en expertsystemen uitwerken voor de burger. Naast het ter beschikking stellen van kennissystemen aan de burgers zouden volgens Snellen ook workflow-management systemen openbaar moeten worden. Daarmee kan de burger precies zien waar zijn aanvraag zich in de ambtelijke molen bevindt.

In haar recent verschenen proefschrift over geautomatiseerde beschikkingverlening gaat Groothuis kort in op de vraag of kennissystemen openbaar moeten zijn.⁸⁸ Zij bepleit de open toegang tot het beslisprogramma dat ten grondslag ligt aan het computerprogramma met behulp waarvan wordt beschikt. Zij ziet dat als voorwaarde om voor belanghebbenden te kunnen voorzien welke stappen zijn doorlopen om tot een besluit te komen. Daarbij zijn ook voordelen voor de rechter die, bij toetsing van een beschikking, kan nagaan welke rechtsinterpreterende regels en beleidsregels zijn toegepast in het voorliggende geval. Voor de bestudering van het beslisprogramma is geen grondige kennis van informatica nodig omdat het schema van denkstappen ook door een niet-informaticus kan worden doorgrond.⁸⁹ Groothuis is verder van mening dat burgers inzicht in dit schema kunnen eisen binnen het kader van de passieve informatieplicht uit de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).⁹⁰ Daarnaast betoogt zij dat beslisprogramma’s op grond van de actieve informatieplicht op internet zouden moeten komen. Zij gaat daarbij grotendeels voorbij aan de aspecten van intellectueel eigendomsrecht.⁹¹ De problemen met het door haar onderzochte MRE-abw systeem kunnen gereduceerd worden door het transparant maken van het expertsysteem en het trainen van de gebruikers zodat zij weten wat het systeem doet en wat van henzelf wordt verwacht.⁹²

Het is overigens niet voor het eerst dat openbaarheid van het beslisprogramma wordt bepleit. Reeds in 1989 werd tijdens de tweede JURIX-conferentie door van Noortwijk bepleit dat

⁸⁷ Snellen 2003, p. 29-30.

⁸⁸ Groothuis 2005, p.45-47.

⁸⁹ Groothuis 2005, p. 46.

⁹⁰ Groothuis 2005, p. 47.

⁹¹ Zij geeft slechts in een voetnoot aan dat burgers geen recht op inzage hebben indien het bestuursorgaan slechts een gebruikslicentie heeft op de software. Dit standpunt lijkt mij onjuist.

⁹² Groothuis 2005, p. 230.

auteurs van kennissystemen inzicht zouden moeten verschaffen aan de gebruikers door publicatie van het ‘decision diagram’ waarin de kennisregels en de onderliggende structuur van het systeem zijn opgenomen.⁹³

Volgens van der Linden-Smith dient het voor alle belanghebbenden duidelijk te zijn hoe een kennissysteem werkt en op welke gronden een beslissing genomen wordt.⁹⁴ Transparantie van regels, procedures en systemen zal volgens haar in het algemeen de mondigheid van de burger faciliteren en daarmee wellicht ook de rechtvaardigheid.⁹⁵

Van Engers is van mening dat naast de burgers en bedrijven ook de wetgever, de uitvoeringsinstanties en de rechterlijke macht gediend zouden zijn met meer transparantie en een betere beschikbaarheid van rechtsbronnen.⁹⁶ Omdat de overheid op het gebied van het recht een voorsprong heeft op burgers en bedrijfsleven is zij volgens hem verplicht deze kennis op een adequate wijze te ontsluiten.

De Vey Mestdagh ziet openbaarheid en transparantie van juridische informatiesystemen als algemene voorwaarden voor de validatie van dergelijke systemen.⁹⁷ Gebruikers moeten volgens hem toegang hebben tot juridische informatiesystemen en de inhoud en werking daarvan kunnen begrijpen. De transparantie van deze systemen zou bevorderd kunnen worden door het voorschrijven van kenmerken die de transparantie verhogen.⁹⁸

Ook Dijkstra ziet in transparantie een deel van de oplossing voor het door hem geconstateerde vertrouwensprobleem wat ontstaat doordat gebruikers zich te snel laten beïnvloeden door juridische kennissystemen.⁹⁹

Als alternatief voor de wetenschappelijke en de commerciële validatie noemen de Vey Mestdagh, Dijkstra en Oskamp het door de juristen zelf (wetgever, bestuurder en rechter) (mede)ontwikkelen en onderhouden van juridische informatie- en kennissystemen.¹⁰⁰ Dit zal volgens hen de kans vergroten dat het systeem aansluit bij de taakopvatting van de juridische gebruiker en daarmee de kwaliteit hiervan verbeteren.¹⁰¹ Zolang dit nog niet haalbaar is zou een algemene authenticeringsprocedure moeten worden voorgeschreven waarbij via een daartoe in te stellen authenticeringsorgaan kenbaar zou kunnen worden gemaakt dat een kennissysteem dat door derden is uitgegeven juridisch valide is.¹⁰²

3.3 Open source

De hiervoor besproken oplossingen van openbaarheid en transparantie geven aanleiding tot de vraag hoe dit in de praktijk uitgewerkt kan worden. Het auteursrecht lijkt tussen de in het vorige hoofdstuk beschreven problemen en de bovengenoemde oplossingen een belemmerende factor te zijn. Het is vanwege het bestaan van het auteursrecht dat commerciële

⁹³ Noortwijk 1990, p. 40.

⁹⁴ Linden-Smith 2000, p. 83.

⁹⁵ Linden-Smith 2000, p. 86.

⁹⁶ Engers 2004, p. 5.

⁹⁷ Vey Mestdagh 1999, p. 168.

⁹⁸ Vey Mestdagh 1999, p. 172.

⁹⁹ Dijkstra 2000, p. 18.

¹⁰⁰ Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 147.

¹⁰¹ Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002, p. 160.

¹⁰² Vey Mestdagh 1999, p. 164.

leveranciers er eerder voor zullen kiezen om producten in de closed source vorm te verkopen. Hierdoor zijn ze in staat om een eventuele voorsprong op concurrenten te behouden en om de klant te binden. Openbaarheid en transparantie lijkt haaks te staan op het commercieel uitbaten van een auteursrecht. Mogelijk kunnen er echter binnen het auteursrecht ook antwoorden en oplossingen gevonden worden voor deze tegenstellingen. Daarbij kan ondermeer gedacht worden aan de toepassing van zogenaamde open source concepten op de kennisbestanden.

Open source software heeft als belangrijkste kenmerk dat de broncode van de software vrij beschikbaar is. De broncode is de programmacode geschreven in een voor mensen begrijpelijke hogere programmeertaal. Deze broncode wordt met behulp van een compiler of vertaler omgezet naar een objectcode. Een programma in de objectcode bestaat uit de binaire instructies die door een computer worden uitgevoerd. Dit noemt men ook wel de machinetaal. Indien een gebruiker alleen beschikt over de objectcode dan is het weliswaar mogelijk om het programma te gebruiken, maar zal geen inzicht verkregen worden in de werking. Ook is het zonder broncode niet mogelijk het programma te wijzigen of te onderhouden.

De vrije beschikbaarheid van de broncode bij open source software is geen technische standaard maar eerder het gevolg van een juridische constructie. In het bijbehorende licentiemodel is het intellectueel eigendom dusdanig geregeld dat de licentienemer de broncode mag inzien, verbeteren, aanvullen en in enkele gevallen zelfs verder mag verspreiden. Dit licentiemodel maakt ook een bijzondere ontwikkelmethode mogelijk waarbij de gebruikers en programmeurs in online communities samen werken aan controle, uitbreiding en verbetering van de broncode.

Het open source model heeft tevens de basis gelegd voor de zogenaamde open content licenties. Het gaat daarbij om het door auteursrechthebbenden aan derden beschikbaar stellen van wetenschappelijke werken, film, literatuur, muziek, fotografie en andere creatieve werken. Men gebruikt hierbij een licentiemodel welke het recht verleent aan de derde om werken te kopiëren dan wel op andere manieren te gebruiken zonder toestemming te hoeven vragen en zonder auteursrechten te hoeven betalen.

In de volgende twee hoofdstukken zal ik de juridische constructie van open source en open content licenties verder belichten.

Hoofdstuk 4 Intellectueel eigendomsrechten op kennissystemen

4.1 Inleiding

De auteursrechthebbende van juridische kennissystemen kan gebruik maken van het auteursrecht om verspreiding en openbaarmaking door derden zonder zijn toestemming tegen te gaan. Daarnaast zou er mogelijk ook nog aanvullende bescherming kunnen zijn voor de kennisbank op grond van de Databankenwet. Voor een goed begrip is het derhalve van belang eerst kort stil te staan bij de Auteurswet en de Databankenwet. Na een korte rechtstheoretische beschouwing over de kwalificatie van kennisregels zal ik vervolgens de vraag beantwoorden met welke intellectueel eigendomsrechten rekening moet worden gehouden bij de toepassing van open source concepten.

4.2 Auteursrecht

Kortgezegd geeft het auteursrecht bescherming aan de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst. Vereist is dat het werk een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijke stempel van de maker draagt. Hoewel dit niet door de wet zelf wordt gesteld is deze eis in de jurisprudentie en de literatuur onomstreden.¹⁰³ Uit Artikel 10 lid 1 sub 12 Aw volgt dat ook computerprogramma's en het voorbereidend materiaal als werk in de zin van de Auteurswet wordt gezien. Het auteursrecht geeft aan de maker van een werk een tweetal exclusieve rechten waarmee hij kan optreden tegen anderen: exploitatierechten en persoonlijkheidsrechten.

4.2.1 Exploitatierechten en uitputting

Art. 1 Aw geeft de maker of diens rechtsverkrijgende het uitsluitend recht om een werk openbaar te maken en/of een werk te verveelvoudigen; Dit zijn de exploitatierechten.

Als verduidelijking van het begrip "openbaarmaking" is in art. 12 Aw een opsomming opgenomen van situaties welke als openbaarmakend worden gezien. Daarbij kan ondermeer gedacht worden aan verhuren en uitlenen.¹⁰⁴ Deze wettelijke opsomming is echter niet limitatief. Zodra het werk ter beschikking komt van een publiek is er al sprake van openbaar maken.¹⁰⁵ Door dit ruime begrip is het mogelijk om nieuwe technologische ontwikkelingen onder het bereik van de wet te brengen. Zo valt ook het aanbieden van een werk via internet hieronder.¹⁰⁶

Bij het begrip "verveelvoudiging" laat de wet (met uitzondering van de hierna te bespreken softwareregeling) een opsomming van situaties achterwege. Wel valt uit de artikelen 13 en 14 af te leiden dat het hier bijvoorbeeld gaat om het maken van een kopie of reproductie. Daarnaast valt ook de bewerking en de vertaling van een werk onder dit begrip waarbij ondermeer gedacht kan worden aan de verfilming van een boek. Dat de film op zichzelf een oorspronkelijk werk is, doet niet af aan het feit dat de bewerking een verveelvoudiging van

¹⁰³ Wichers Hoeth 2000, p. 307.

¹⁰⁴ Art. 12 lid 1 sub 3 Aw.

¹⁰⁵ Empel & Geerts 2002, p. 66.

¹⁰⁶ Zie ook: HR 19 december 2003, LJN: AN7253 (concl. A-G Verkade, overweging 5.4).

het oorspronkelijke werk is.¹⁰⁷ Art. 12 lid 1 sub 1 Aw geeft aan dat de openbaarmaking van een verveelvoudiging tevens onder het openbaarmakingsrecht valt. Hierdoor kan een auteursrechthebbende niet alleen bepalen of er een verveelvoudiging mag worden gemaakt, maar ook of die verveelvoudiging als exemplaar openbaar mag worden gemaakt.

Een afgeleide van het openbaarmakingsrecht is het zogenaamde distributierecht. Op grond van artikel 4 lid 1 van de Richtlijn ‘auteursrecht in de informatiemaatschappij’ dienen lidstaten rechthebbenden te voorzien van het uitsluitend recht elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden.¹⁰⁸ Dit exclusieve distributierecht is echter onderhevig aan de uitputtingsbepaling van artikel 12b Aw. Is een werk met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende voor de eerste maal in één van de lidstaten van de Europese Unie in het verkeer gebracht door eigendomsoverdracht, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van dat exemplaar, met uitzondering van verhuur en uitlening, geen inbreuk op het auteursrecht.¹⁰⁹ Deze uitputtingsbepaling is een omzetting van artikel 4 lid 2 van de richtlijn. Volgens overwegingen 28 en 29 van de richtlijn moet het werk in een tastbare zaak zijn belichaamd en rijst het vraagstuk van de uitputting dus niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-line diensten.

Voor de exploitatie van zijn rechten heeft een rechthebbende drie mogelijkheden: hij kan zelf de voorbehouden handelingen verrichten, hij kan het auteursrecht door middel van een (onderhandse) akte overdragen en hij kan licenties uitgeven. In het volgende hoofdstuk zal ik dieper ingaan op deze licentieverlening.

4.2.2 Persoonlijkhedenrechten

Naast de exploitatierechten heeft de maker zogenaamde persoonlijkheidsrechten op het werk. Art. 25 lid 1 Aw noemt samengevat de volgende persoonlijkheidsrechten:

- het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking zonder naamsvermelding, tenzij dat onredelijk zou zijn (sub a);
- het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking onder een andere naam dan de zijne alsmede tegen wijziging in de benaming van het werk (sub b);
- het recht om op te treden tegen wijziging in het werk zelf, tenzij dat onredelijk zou zijn (sub c);
- het recht om op te treden tegen verminking, misvorming of andere aantasting van het werk indien dat nadeel toebrengt aan de naam of eer van de maker (sub d).

Van dit laatste recht en het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking onder een andere naam, kan men in tegenstelling tot de andere persoonlijkheidsrechten geen afstand doen.¹¹⁰ Dit maakt dat de persoonlijkheidsrechten na een mogelijke overdracht van de exploitatierechten een beperking vormen op het auteursrecht van een nieuwe rechthebbende.¹¹¹

¹⁰⁷ Wichers Hoeth 2000, p. 332.

¹⁰⁸ Richtlijn 2001/29/EG (*PbEG* 2001, L 167/10).

¹⁰⁹ Het artikel ziet naast de EU lidstaten ook op staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.

¹¹⁰ Art. 25 lid 3 Aw.

¹¹¹ Empel & Geerts 2002, p. 74.

4.2.3 *Beperkingen op het auteursrecht*

Tegenover het tijdelijke monopolie van de auteursrechthebbende staan in de Auteurswet een aantal beperkingen. Deze zijn noodzakelijk omdat er omstandigheden zijn waarbij het belang van de auteursrechthebbende moet wijken voor het algemeen belang. Een aantal van deze beperkingen zal ik kort bespreken.

In de artikelen 11 en 15b Auteurswet zijn twee speciale beperkingen opgenomen op het auteursrecht van de overheid. Uit artikel 11 Aw volgt dat er geen auteursrecht rust op wetten, besluiten, verordeningen, rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen. Het is een ieder toegestaan dergelijke werken te verveelvoudigen of openbaar te maken. Artikel 15b Aw maakt het mogelijk dat werken welke door de openbare macht openbaar zijn gemaakt niet langer door het auteursrecht beschermd kunnen worden. Deze vallen derhalve in het publiek domein, tenzij er bij de openbaarmaking een uitdrukkelijk voorbehoud is gemaakt. Dit artikel is overigens ook van toepassing indien de overheid werken openbaar maakt waarvan zij niet de auteursrechthebbende is.

In artikel 16b Aw is opgenomen dat een verveelvoudiging geen inbreuk maakt op het auteursrecht indien deze beperkt blijft tot enige exemplaren en uitsluitend dient voor de eigen oefening, studie of gebruik van een natuurlijke persoon. Commercieel gebruik valt niet onder deze beperking. Het verveelvoudigde exemplaar mag niet aan derden worden verhuurd, uitgeleend of afgegeven.¹¹² Het artikel ziet voornamelijk op de traditionele manieren van verveelvoudiging.¹¹³

Artikel 16c Aw ziet op de verveelvoudiging van werken op digitale informatiedragers, mits deze uitsluitend dient voor de eigen oefening, studie of gebruik van een natuurlijke persoon. Ook het downloaden op internet van een auteursrechtelijk beschermd bestand valt onder deze beperking. Commercieel gebruik is niet toegestaan en het verveelvoudigde exemplaar mag niet aan derden worden verhuurd, uitgeleend of afgegeven. Het aantal kopieën is in tegenstelling tot het bepaalde in artikel 16b Aw niet beperkt tot enige exemplaren.

Computerprogramma's en databanken vallen buiten de twee hiervoor besproken beperkingen. In artikel 45n Aw is opgenomen dat de artikelen 16b en 16c Aw niet van toepassing zijn op computerprogramma's. Voor databanken volgt dit uit artikel 16b lid 8 Aw. Voor beide bestaat een apart wettelijk regime welke ik hierna zal bespreken.

4.2.4 *Auteursrecht op software*

Uit artikel 10 lid 1 sub 12 Aw blijkt dat computerprogramma's en het voorbereidend materiaal ook als werk in de zin van de Auteurswet gezien kunnen worden. Voor deze categorie werken is zelfs een speciaal regime in de wet opgenomen ten gevolge van de omzetting van de Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's.¹¹⁴ Volgens artikel 1 lid 3 van deze software Richtlijn wordt een computerprogramma beschermd 'wanneer het in die zin oorspronkelijk is, dat het een eigen schepping van de maker is'. Voor de vaststelling of een werk oorspronkelijk is mogen geen andere criteria worden toegepast.¹¹⁵

¹¹² Artikel 16b lid 5 Aw.

¹¹³ Daarbij kan gedacht worden aan het overschrijven, fotograferen en fotokopiëren.

¹¹⁴ Richtlijn 91/250/EEG (*PbEG* 1991, L 122/42).

¹¹⁵ Blijkens overweging 8 en artikel 1 lid 3 van de Richtlijn.

De ideeën en beginselen welke aan de software ten grondslag liggen worden niet auteursrechtelijk beschermd.¹¹⁶

Het speciale regime, dat is opgenomen in de artikelen 45h-45n Aw, geeft een vergaande auteursrechtelijke bescherming aan software. Zo blijkt uit artikel 45i Aw dat het begrip *verveelvoudigen* ook van toepassing is op het laden, het in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de opslag van de software, voor zover voor deze handelingen het verveelvoudigen van dat werk noodzakelijk is. Bij het gebruiken van een computerprogramma zal bij de huidige stand van de techniek een verveelvoudiging altijd onvermijdelijk zijn. Hiermee valt ook het enkele gebruik binnen de privé-sfeer van een dergelijk werk (te vergelijken met het openslaan van een boek) onder het toestemmingsvereiste van de auteursrechthebbende.

Om de vergaande bescherming van software enigszins te neutraliseren zijn voor de gebruikers van het computerprogramma een aantal minimum-rechten in de wet opgenomen. Zo volgt uit artikel 45j Aw dat een rechtmatige verkrijger van een exemplaar het werk mag verveelvoudigen indien dat noodzakelijk is voor het met dat werk beoogde gebruik. Uit de softwarerichtlijn vloeit niet voort dat het hierbij moet gaan om een stoffelijke exemplaar zodat ook online verkregen software onder dit minimumrecht valt.¹¹⁷ Volgens Verkade vallen onder de term “rechtmatige verkrijgers” niet alleen verkrijgers die een directe of indirecte contractuele relatie hebben met de rechthebbende maar ook opvolgende verkrijgers als gevolg van de uitputtingsbepaling.¹¹⁸ De verkrijger van een ongeautoriseerde verveelvoudiging van het programma valt volgens het Hof Arnhem niet onder “rechtmatige verkrijger” ook al heeft hij het te goeder trouw van een inbreukmaker verkregen.¹¹⁹

Uit artikel 45k Aw volgt dat de rechtmatige verkrijger van het werk een reservekopie mag maken. Dit is de uitwerking van artikel 5 lid 2 van de richtlijn. Volgens Verkade heeft de wetgever hier “vergeten” duidelijk te maken dat dit minimumrecht niet kan worden uitgesloten bij overeenkomst. Ook wijst hij de suggestie af dat er slechts één kopie zou zijn toegestaan.¹²⁰ Als tegenhanger van artikel 45k is in artikel 45n Aw aangegeven dat het bepaalde in de artikelen 16b en c Aw niet van toepassing is op software.

Samengevat kan gesteld worden dat de verveelvoudiging welke noodzakelijk is voor het gebruik van de software vrijwel altijd auteursrechtelijk relevant is. Dit heeft tot gevolg dat software in beginsel niet gebruikt mag worden zonder enige vorm van auteursrechtelijk relevante toestemming. Deze toestemming ligt ten grondslag aan de juridische basis van open source licenties en zal hierna in hoofdstuk 5 verder uitgewerkt worden. Eerst zal echter nog aandacht worden gegeven aan het databankenrecht. Dit is noodzakelijk omdat kennissystemen in de meest duidelijke gevallen de kennisbestanden ophalen uit een databank of een daarmee vergelijkbare verzamelwijze.

¹¹⁶ Artikel 1 lid 2 van de Richtlijn.

¹¹⁷ De richtlijn spreekt in haar overwegingen over een kopie van een programma. Dit is niet noodzakelijkerwijze hetzelfde als een stoffelijk exemplaar.

¹¹⁸ Verkade 2004, p. 253.

¹¹⁹ Hof Arnhem 16 december 2003, *NJ* 2004/355.

¹²⁰ Verkade 2004, p. 254.

4.3 Bescherming van databanken

In 1999 is als uitwerking van een Europese richtlijn aan artikel 10 Auteurswet een derde lid toegevoegd waarin werd bepaald dat verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn als zelfstandige werken worden beschermd.¹²¹ Databanken kunnen hierdoor in aanmerking komen voor auteursrechtbescherming indien zij door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen. Voor de vaststelling van deze oorspronkelijkheid mogen er volgens artikel 3 lid 1 van de richtlijn geen andere criteria toegepast worden. De auteursrechtelijke bescherming heeft in dergelijke gevallen slechts betrekking op de structuur (keuze en rangschikking) van de databank en het laat eventuele bestaande auteursrechten op de inhoud onverlet. De enkele selectie van de gegevens is voor de vereiste oorspronkelijkheid niet voldoende.¹²² Voor de structuur van databanken welke niet voldoen aan het vereiste van oorspronkelijkheid kan geen auteursrechtbescherming worden ingeroepen.

4.3.1 Databankenwet

Naast het traditionele auteursrecht voorziet de richtlijn speciaal voor producenten van databanken in een tweede regime. Dit regime bestaat uit een sui generis extractierecht en kreeg zijn uitwerking in de Databankenwet (Dw). Een databank is volgens artikel 1 lid 1 sub a Dw: “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*”. Uit de door mij cursief afgedrukte woorden blijkt het verschil met de auteursrechtelijke structuurbescherming van artikel 10 lid 3 Aw. Het extractierecht is door het vereiste van een substantiële investering vooral een vorm van prestatie- of investeringsbescherming voor de producent van de databank.

De producent heeft op basis van de Databankenwet het recht de opvraging of het hergebruik van de gehele databank, of een substantieel deel daarvan, te verbieden. Deze rechten kunnen volgens artikel 7 lid 3 Richtlijn worden overgedragen, afgestaan of in licentie gegeven. Artikel 2 lid 4 Dw noemt de mogelijkheid van licentieverlening niet. Uit de memorie van toelichting bij de Databankenwet blijkt dat de regering wilde aansluiten bij de soortgelijke bepalingen in de Auteurswet en dat daarom een uitdrukkelijke bepaling over licentieverlening achterwege kon blijven.¹²³

Onder het begrip “opvraging” valt volgens artikel 7 lid 2 sub a van de richtlijn “het permanent of tijdelijk overbrengen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan op een andere drager, ongeacht op welke wijze en in welke vorm”. Dit begrip komt overeen met het auteursrechtelijke begrip “verveelvoudigen”. Ook het browsen in de bestanden en het downloaden daarvan is aan te merken als een opvraging.¹²⁴

¹²¹ Richtlijn 96/9/EG, (*PbEG* 1996 L. 77/20).

¹²² Empel & Geerts 2002, p. 59.

¹²³ *Kamerstukken II* 1997/98, 26 108, nr.3, p. 13-14 (MvT).

¹²⁴ Wichers Hoeth 2000, p. 422.

Onder het begrip “hergebruik” valt volgens artikel 7 lid 2 sub b van de richtlijn “elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, online transmissie of in een andere vorm”. Dit begrip komt overeen met het auteursrechtelijke begrip “openbaar maken”. Het gaat hierbij om ieder vorm van publieke beschikbaarstelling.¹²⁵

Evenals bij het auteursrecht komen er bij het sui generis databankenrecht een aantal beperkingen voor. Ik zal vier daarvan kort noemen:

- In artikel 2 lid 3 Dw is een uitputtingsregel opgenomen. Wil deze regel van toepassing zijn dan moet de databank in een tastbare zaak zijn belichaamd. Uitputting doet zich dus niet voor in het geval van een on-line databank.
- In artikel 5 sub b Dw is de opvraging van substantiële delen toegestaan voor wetenschappelijk onderzoek of ter illustratie bij het onderwijs onder voorwaarde van bronvermelding. Bovendien moet de opvraging door het niet-commerciële doel gerechtvaardigd worden.
- In artikel 5 sub c Dw is de opvraging of het hergebruiken van substantiële delen toegestaan voor de openbare veiligheid of in het kader van een administratieve of rechterlijke procedure. Blijkens overweging 50 van de richtlijn dienen deze handelingen zonder commercieel oogmerk te worden verricht en dient het de exploitatierechten van de producent onverlet te laten.
- In artikel 8 lid 1 Dw is opgenomen dat de overheid als producent geen databankenrecht heeft ten aanzien van databanken waarvan de inhoud gevormd wordt door wetten, besluiten, verordeningen, rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen.

Voor het opvragen en hergebruiken van niet-substantiële delen van de databank hoeft de gebruiker geen toestemming te vragen aan de producent. Om misbruik te voorkomen volgt echter uit artikel 2 lid 1 sub b Dw dat het herhaald en systematisch opvragen of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud onder het toestemmingsvereiste valt, voorzover dit in strijd is met de normale exploitatie van die databank of voorzover dit ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank.

4.3.2 Onpersoonlijke geschriften

Tot slot bestaat er nog een derde regime voor databanken die niet oorspronkelijk zijn en waarbij geen sprake is van een substantiële investering. Deze databanken kunnen met een beroep op artikel 10 lid 1 sub 1 Aw beschermd worden als onpersoonlijk geschrift.¹²⁶ De auteur van een dergelijke databank kan zich alleen verzetten tegen rechtstreekse ontlending en bezit dus niet de volledige auteursrechtelijke bescherming. Het is vooralsnog onduidelijk of het bestaan van dit regime in overeenstemming is met de Europese richtlijn.¹²⁷

4.4 Kwalificatie kennissystemen en kennisregels

Na de uitvoerige bovenstaande bespreking van het auteursrecht, het softwareregime en het databankenrecht moet de vraag opgeworpen worden of en in hoeverre kennissystemen te

¹²⁵ Wichers Hoeth 2000, p. 422.

¹²⁶ Wichers Hoeth 2000, p. 308.

¹²⁷ Wichers Hoeth 2000, p. 309.

beschouwen zijn als computerprogramma in de zin van de Auteurswet. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het redeneermechanisme en de interface enerzijds en de kennisbank anderzijds. Ook is het van belang te onderzoeken of voor de verzameling kennisbestanden nog aanvullende bescherming mogelijk is op grond van de Databankenwet. Deze vraag wordt nog belangwekkender wanneer hij wordt gezien in het licht van de Wet openbaarheid van bestuur. Hier lijkt immers uit te volgen dat er voor bestuurlijke kennis in de vorm van kennisregels een plicht tot openbaarmaking bestaat terwijl dat voor software als zijnde ‘overige informatie’ niet zondermeer het geval is.¹²⁸

4.4.1 Kwalificatie redeneermechanisme en interface

Allereerst zal moeten worden gekeken naar de kwalificatie van kennissystemen als computerprogramma. Zowel de Auteurswet, het TRIPs-agreement, het WIPO-auteursrechtverdrag als de hiervoor in 4.2.4 aangehaalde Softwarerichtlijn geven geen definitie van het begrip ‘computerprogramma’. Voor een enigszins bruikbare definitie moet daarom uitgeweken worden naar de wetsgeschiedenis. Bij de omzetting van de softwarerichtlijn in de Auteurswet heeft de regering in de memorie van toelichting de volgende definitie gebruikt:

“een verzameling instructies die bestemd zijn om een informatieverwerkende machine een bepaalde functie te laten uitvoeren”.¹²⁹

Er zijn situaties in de praktijk denkbaar waarbij deze definitie zich slecht laat toepassen. Zo zal een webpagina met daarop een zogenaamd web-based informatie- of kennissysteem (daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan een online routeplanner) niet al te snel worden gekwalificeerd als zijnde een ‘computerprogramma’. Anders wordt het indien de online routeplanner gebruik maakt van een zogenaamde scripttaal (zoals javascript) waarbij bepaalde instructies door de computer worden uitgevoerd. Daarentegen voldoet exact dezelfde routeplanner wel aan de definitie van computerprogramma indien deze door rechtstreeks middel van een CD-rom op een computer wordt gebruikt.

Om onduidelijkheden te voorkomen geeft de softwarerichtlijn in haar overwegingen wel aan dat het begrip “computerprogramma” alle programma’s in gelijk welke vorm moet omvatten.¹³⁰ Artikel 10 lid 1 TRIPs-agreement bepaald daarnaast dat computerprogramma’s zowel in objectcode als in broncode beschermd worden als zijnde letterkundige werken krachtens de Berner Conventie. Omdat zowel de interface als het redeneermechanisme van een kennissysteem uit objectcode bestaan lijkt het verdedigbaar dat deze onderdelen van kennissystemen in het algemeen te beschouwen zijn als computerprogramma in de zin van de Auteurswet.

4.4.2 Kwalificatie kennisregels

De tweede kwalificatievraag ziet op de kwalificatie van productieregels en regelbestanden. Volgens artikel 10 lid 3 Aw worden verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met

¹²⁸ Zie paragraaf 2.4.3 en 2.5.3.

¹²⁹ *Kamerstukken II* 1993/94, 22 531, nr. 3, p. 9.

¹³⁰ Richtlijn 91/250/EEG (*PbEG* 1991, L 122/42), overweging 7.

elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn als zelfstandige werken beschermd. De kennisbank met daarin een verzameling geordende regels is door middel van de beheersinterface afzonderlijk met elektronische middelen toegankelijk. Dat deze toegang zich bij gesloten systemen beperkt tot kennisingenieurs doet daar niet aan af. Het lijkt mij daarom zondermeer verdedigbaar dat regelbestanden als verzameling in een kennisbank onder deze auteursrechtelijke bepaling kunnen vallen. Het gaat daarbij om de auteursrechtelijke bescherming vanwege een oorspronkelijke selectie of ordening.¹³¹

Indien de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering kan op de kennisbank tevens het 'sui generis' databankenrecht van toepassing zijn. Deze substantiële investering kan uit een financiële investering bestaan maar ook alleen uit geïnvesteerde tijd en moeite.¹³² Het vullen, de validatie en het onderhoud van de kennisbank zal in het algemeen de nodige tijd, moeite en kosten met zich mee brengen. In dergelijke gevallen voldoet een kennisbank aan de definitie van artikel 1 lid 1 sub a Dw en kan de producent in beginsel de opvraging of het hergebruik van de gehele kennisbank, of een substantieel deel daarvan, verbieden. Bij opvragingen op grond van de Wob van 'bestuurlijke' kennis kan hij zich echter niet beroepen op zijn rechten. Volgens artikel 5 sub c Dw is de opvraging of het hergebruiken van substantiële delen immers toegestaan voor de openbare veiligheid of in het kader van een administratieve of rechterlijke procedure. Een procedure in het kader van de Wob valt naar mijn mening zondermeer aan te merken als een administratieve procedure.

Men zou tot slot nog kunnen verdedigen dat ook productieregels in zekere zin instructies zijn met de bestemming om een informatieverwerkende machine een bepaalde functie te laten uitvoeren. Daarmee zouden de kennisbestanden tevens onder de definitie van het begrip 'computerprogramma' kunnen vallen. Het zou te ver voeren om deze problematiek binnen het kader van deze scriptie verder uit te werken. Wel zou het zich goed lenen als zelfstandig scriptie onderwerp.

4.5 Tussenconclusie

Er kan geconcludeerd worden dat er op juridische informatie- en kennissystemen verschillende auteursrechtelijke regimes van toepassing kunnen zijn. Zo is de softwareregeling uit de Auteurswet van toepassing op het redeneermechanisme en de interface. Daarnaast bestaan er systemen welke de te gebruiken kennis ophalen uit een databankachtige gegevensverzameling waardoor zowel het softwareregime als het databankenrecht op deze systemen als geheel van toepassing is. Tot slot zijn er systemen denkbaar waarbij de gebruikte databankstructuur voldoet aan de auteursrechtelijke oorspronkelijkheidstoets en daarom tevens onder het standaard auteursrecht valt. Deze kwalificatie is niet alleen relevant voor de bescherming van het intellectuele eigendom, maar ook omdat de hierna te bespreken licentievormen met deze verschillende regimes rekening moeten houden.

¹³¹ Zie paragraaf 4.3.

¹³² Empel & Geerts 2002, p. 140.

Hoofdstuk 5 Copyleft: licenties voor open content en open source

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik eerst aangeven op welke wijze een licentie-overeenkomst tot stand kan komen. Daarna zal ik de werking van een open content licentie (Creative Commons Public License) en een open source licentie (GPL) bespreken. Ik zal de vraag beantwoorden of deze licenties bruikbaar zijn voor juridische kennissystemen. Tot slot zal worden gekeken naar de mogelijke gevolgen van het octrooirecht op softwarelicenties. Aspecten van auteursrechtelijke handhaving, vrijwaring en aansprakelijkheid zullen in hoofdstuk 6 belicht worden.

5.2 Licentievormen

De licentie-overeenkomst bevat een auteursrechtelijke toestemming die de auteursrechthebbende aan een derde kan verlenen om ten aanzien van het werk de handelingen te verrichten die ex art. 1 Aw exclusief aan de auteursrechthebbende zijn voorbehouden.¹³³ Zonder een licentie is de derde dus in beginsel niet bevoegd om de auteursrechtelijk relevante handelingen te verrichten en pleegt hij een auteursrechtinbreuk.¹³⁴ Een speciale regeling voor de licentie kunnen we echter in de wet niet aantreffen. Hierdoor zijn er geen vormvereisten en lijken de algemene regels uit het verbintenissenrecht op de licentie-overeenkomst van toepassing te zijn.

Het ontbreken van een wettelijke regeling heeft aanleiding gegeven tot een groot aantal niet overeenstemmende standpunten over de verbintenisrechtelijke kwalificatie van de auteursrechtelijke licentie-overeenkomst. Ik noem een aantal ter illustratie. De Pous noemt de rechten uit een licentie een vorderingsrecht in de zin van art. 3:83 BW dat uit overeenkomst ontstaat.¹³⁵ In het arrest “VSF/IST-Fokker” merkte het Hof Den Haag op dat de softwarelicentie mogelijk als beperkt recht in de zin van artikel 3:8 BW zou kunnen worden aangemerkt.¹³⁶ Thole is van mening dat er zonder meer sprake is van huur omdat de wettelijke omschrijving van de huurovereenkomst het toe laat dat de licentie als een vermogensrecht voorwerp van huur kan zijn.¹³⁷ De Preter en Dekeyser beschouwen de licentie vooral als een set algemene voorwaarden waardoor de regeling van artikel 6:231 BW van toepassing zou zijn.¹³⁸ Koelman wijst op de mogelijkheid dat het bij een licentie niet zou gaan om algemene voorwaarden omdat de auteursrechtelijke toestemming als de kern van de prestatie van de licentiegever moet worden beschouwd.¹³⁹

In een licentie kan de rechthebbende voorwaarden opnemen met betrekking tot het gebruik van de software. Zo is het bij closed software vaak gebruikelijk dat het aantal gebruikers beperkt is, de broncode niet kan en mag worden ingezien en er een licentievergoeding aan de auteursrechthebbende betaald moet worden. In de meeste gevallen is het verboden de software (indien dat al mogelijk is) te bewerken of verder te verspreiden.

¹³³ Wichers Hoeth 2000, p. 327.

¹³⁴ Met uitzondering van de wettelijke beperkingen.

¹³⁵ De Pous 2004.

¹³⁶ Hof Den Haag 20 november 2003, *IER* 2004/21.

¹³⁷ Thole 1996, p. 45-46.

¹³⁸ Preter & Dekeyser 2004, p. 216-217.

¹³⁹ Koelman 2000, p. 152.

Het centrale idee van open source en open content is gebaseerd op licentievoorwaarden die veel toestaan aan een derde. In plaats van de auteursrechthebbende te beschermen tegen ongevraagd gebruik, verspreiding, openbaarmaking of bewerking door derden, geeft het aan een derde juist het recht om dit (onder in de licentie bepaalde voorwaarden) te doen. Dit idee noemt men ook wel ‘copyleft’.

Elk gebruik wat buiten de in de licentie aangegeven grenzen valt en daarmee niet voldoet aan de door de auteursrechthebbende gestelde voorwaarden is een inbreuk op het auteursrecht. Zo zijn in veel copyleft licenties bepalingen opgenomen die de verveelvoudiging van het werk door derden toestaan mits deze verveelvoudiging onder dezelfde licentie blijft vallen. Ook zijn er vaak bepalingen met restricties voor verder commercieel gebruik. De handhaving van dergelijke voorwaarden zal in hoofdstuk 6 aan de orde komen. Ik zal nu eerst aangeven hoe een licentie-overeenkomst tot stand komt.

5.2.1 *Totstandkoming licentie-overeenkomst*

Om bij de fysieke levering van standaard software op een praktische wijze licentie-overeenkomsten te kunnen sluiten, maken veel leveranciers gebruik van een zogenaamde shrink-wrap licentie. Daarbij worden de licentievoorwaarden leesbaar onder het krimpfolie aangebracht op de doos met de softwaredrager. Door het openen van de folie stem je (volgens de licentie) in met de voorwaarden. Over de geldigheid van een shrink-wrap licentie in een verbintenisrechtelijke situatie heeft de president van de Rechtbank Amsterdam zich als volgt uitgelaten:

“(dat) het enkele openen van een verpakking geen licentie-overeenkomst tussen de producent van een computerprogramma en de gebruiker daarvan tot stand (doet) komen. Wil daarvan sprake zijn, dan zal de gebruiker, voordat hij tot de aankoop van het programma overgaat, zich ervan bewust moeten zijn dat hij op de door TM Data beschreven manier een licentie-overeenkomst zal aangaan. Bovendien zal voor hem op voorhand duidelijk moeten zijn wat de voorwaarden van de overeenkomst zullen inhouden. Bij het ontbreken van genoemde omstandigheden komt immers geen wilsovereenstemming tot stand.”¹⁴⁰

Deze uitspraak lijkt tot gevolg te hebben dat licentie-overeenkomsten alleen geldig tot stand kunnen komen door middel van aanbod en aanvaarding. De licentienemer moet in ieder geval de kans krijgen om kennis te nemen van de licentievoorwaarden alvorens er sprake is van een overeenkomst.

De internet variant van het sluiten van een licentie-overeenkomst is de zogenaamde ‘browse-wrap’ licentie waarbij een gebruiker van een website door middel van een hyperlink of een button toegang kan krijgen tot de licentievoorwaarden. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam heeft zich in de zaak Netwise/NTS als volgt uitgelaten over de gebondenheid van NTS aan algemene voorwaarden via de ‘browse-wrap’ methode:

“NTS heeft voorts aangevoerd dat zij niet gebonden was aan de algemene voorwaarden daar haar, toen zij de site bezocht, niet is gevraagd akkoord te gaan met die voorwaarden. (...) Anders dan NTS meent, leidt dat niet tot het oordeel dat die voorwaarden niet van toepassing zijn. Zelfs indien moet worden aangenomen dat op de openingspagina van de site niet was vermeld "*door in deze gids te zoeken stemt u in met de voorwaarden*", doch dat slechts een button "*voorwaarden*" werd getoond en dat door het

¹⁴⁰ Pres. Rb Amsterdam 24 mei 1995, *Computerrecht* 1997-2, p. 63-65.

aanklikken van die button de voorwaarden konden worden geraadpleegd, moet worden aangenomen dat NTS door de gids te raadplegen zich aan die voorwaarden heeft gebonden.”¹⁴¹

NTS maakte in deze zaak gratis gebruik van de emailgids van Netwise terwijl ze in de gelegenheid was geweest om de gebruiksvoorwaarden te lezen. Volgens artikel 3:37 lid 1 BW kunnen verklaringen in iedere vorm geschieden en ook in een gedraging besloten liggen. Het feit dat NTS gebruik heeft gemaakt van de emailgids, is hier kennelijk voldoende om te kunnen spreken van aanvaarding welke besloten lag in de gedraging.¹⁴²

Naast de ‘browse-wrap’ licenties bestaat er nog een enigszins vergelijkbare digitale variant. In de gevallen waarbij de licentievoorzwaarden tijdens het installatieproces van de software worden getoond spreken we over een zogenaamde ‘click-wrap’ licentie. Over de ‘click-wrap’ licentie bestaat nog geen Nederlandse rechtspraak. Volgens St. Laurent is het feit dat de gebruiker ‘verplicht’ is om de voorwaarden te lezen waarna deze op een bevestigingsknop moet drukken voldoende om aan te nemen dat er een afdwingbare verbintenis is ontstaan.¹⁴³

5.2.2 *Auteursrechtelijk dilemma*

Aan het verbintenisrechtelijke punt van aanbod en aanvaarding weet de copyleft licentie in zekere zin te ontsnappen doordat het de licentienemer voor een “duivels” dilemma zet. Dit dilemma kwam in 1996 al naar voren in een Amerikaanse rechtzaak over de geldigheid van een shrink-wrap licentie. Rechter Easterbrook verwoorde dit dilemma als volgt:

“(…) Copyright law forbids duplication, public performance, and so on, unless the person wishing to copy or perform the work gets permission; silence means a ban on copying. A copyright is a right against the world. Contracts, by contrast, generally affect only their parties; strangers may do as they please, so contracts do not create "exclusive rights." Someone who found a copy of (a copyrighted work) on the street would not be affected by the shrinkwrap license - though the federal copyright laws of their own force would limit the finder's ability to copy or transmit the application program.”¹⁴⁴

De derde die zich beroept op het ontbreken van aanvaarding van de licentievoorzwaarden en daarmee aangeeft dat er geen overeenkomst bestaat tussen hem en de licentiegever, doet tevens een beroep op de ‘default’ status van het auteursrecht. Daarmee is de derde weliswaar niet gehouden aan de restricties welke mogelijk volgen uit de licentievoorzwaarden maar bevindt hij zich tevens in een situatie waarbij het hem op grond van de Auteurswet niet toegestaan is om het werk te verveelvoudigen of te openbaren zonder toestemming van de rechthebbende.¹⁴⁵ Op grond van artikel 45i Aw is zelfs het enkele gebruik van de software niet toegestaan zonder toestemming. Deze toestemming heeft hij echter afgewezen door het afwijzen van de licentievoorzwaarden.¹⁴⁶ Voor het inroepen van het auteursrecht maakt het derhalve niet uit hoe de licentie-overeenkomst tot stand is gekomen en of een derde aan de licentievoorzwaarden gebonden is.¹⁴⁷

¹⁴¹ Vzng. Rb Rotterdam 5 december 2002, KG 2003/15, r.o. 3.1.

¹⁴² Zie ook: Koelman 2000, p. 152; Anders: De Preter & Dekeyser 2004, p. 217.

¹⁴³ St.Laurent 2004, p. 150.

¹⁴⁴ 7th Circuit court of appeals, 1996, 86 F.3d 1447, ProCD v. Zeidenberg, < http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/86_F3d_1447.htm > (geraadpleegd: 4 juni 2005).

¹⁴⁵ Aldus ook: Holst & van Mullem 2004, p. 97.

¹⁴⁶ St.Laurent 2004, p. 152.

¹⁴⁷ Koelman 2000, p. 152.

Gelet op dit dilemma denk ik dat Koelman gelijk heeft indien hij zegt dat de auteursrechtelijke toestemming de eigenlijke kern van de prestatie is.¹⁴⁸ Daarbij dient men de twee verschijningsvormen van software te onderscheiden: de stoffelijke drager van de software (het corpus mechanicum) waarop men eigendomsrechten kan vestigen en de intellectuele creatie waarop de auteursrechten rusten (het corpus mysticum).¹⁴⁹ In het “VSF/IST-Fokker” arrest van het Hof Den Haag kwamen beide verschijningsvormen uitdrukkelijk aan de orde.¹⁵⁰ Het ging daarbij om de levering van software aan IST door de curatoren van Fokker. Het bedrijf VSF is de auteursrechthebbende van de software. Het feit dat er een koopovereenkomst was tussen Fokker en IST met betrekking tot (de drager van) de software brengt volgens het Hof nog niet met zich mee dat er daarom tevens een gebruikslicentie is overgedragen:

“In casu is aan Fokker een aantal malen, steeds tegen een eenmalig te betalen prijs, een (niet-exclusieve) gebruikslicentie voor onbepaalde tijd verleend met betrekking tot de onderhavige programmatuur (...). De onderhavige software is vastgelegd op stoffelijke dragers (diskettes). Gelet op het bovenstaande moet ervan worden uitgegaan dat slechts de dragers in eigendom zijn overgedragen aan Fokker, terwijl met betrekking tot de programmatuur een licentie is gegeven.

Het hof is voorshands van oordeel dat de levering van de onderhavige licenties (het recht om de overeengekomen handelingen te verrichten) dient te geschieden door een daartoe bestemde akte. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep heeft VSF gesteld dat geen sprake is van rechtsgeldige overdracht omdat de vereiste akte ontbreekt. Nu IST op deze stelling niet heeft gereageerd en ook geen stuk heeft overgelegd dat als een zodanige akte kan worden aangemerkt (dat ten minste de verklaring van de overdragende partij inhoudt dat hij levert), gaat het hof er voorshands van uit dat de vereiste akte ontbreekt en de licenties niet zijn overgedragen.”¹⁵¹

Ik beperk mij vanaf nu tot twee licenties waarvan de bepalingen mogelijk als voorbeeld kunnen dienen voor het vrijgeven van juridische kennissystemen. Gelet op de hiervoor in 4.4 besproken kwalificatie van kennissystemen en kennisregels, zal ik daarbij vooral aandacht besteden aan de toepasselijkheid van de licentie op meerdere regimes. Allereerst komt Creative Commons Public License aan de orde. Dit is een open content licentie. Daarna komt de open source licentie GPL aan bod welke men kan beschouwen als de meest vergaande licentie op het gebied van free software. Naast deze licenties bestaan er vermoedelijk nog vele honderden andere licenties met een copyleft karakter. Daarvan voldoen er op dit moment 58 aan de specificaties van het Open Source Initiative (OSI).¹⁵²

5.3 Creative Commons Public License (CCPL)

Een van de bekendste licentiemodellen voor open content is de Creative Commons Public License (CCPL).¹⁵³ Deze CCPL is in beginsel te gebruiken op alle auteursrechtelijk beschermde werken. Met dit model behoudt de maker van een werk zelf het auteursrecht en kan door het gebruik van symbolen op het werk of op een website bijvoorbeeld aangeven dat hij bij gebruik door een derde naamsvermelding wil en ook of het werk door die derde voor commerciële doeleinden gebruikt mag worden. Het systeem wil op deze wijze vooral de uitwisseling van auteursrechtelijk beschermde werken stimuleren.

¹⁴⁸ Zie paragraaf 5.2.

¹⁴⁹ Van der Steur 2003, p. 174.

¹⁵⁰ Hof Den Haag 20 november 2003, IER 2004/21.

¹⁵¹ Hof Den Haag 20 november 2003, IER 2004/21, r.o. 13.

¹⁵² Zie voor een actueel overzicht: < <http://www.opensource.org/licenses/> >


¹⁵³ Opgenomen als bijlage.


In 2004 is dit van oorsprong Amerikaanse model in Nederland geïntroduceerd door Creative Commons Nederland, een samenwerking van DISC (Domein voor innovatieve Software en Content)¹⁵⁴ en het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam. Het wordt financieel ondersteund door het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en het Nationaal Actieplatform Elektronische Snelwegen. Kort na de introductie heeft Minister van Justitie Donner aan de Tweede Kamer laten weten Creative Commons te zien als mogelijke oplossing tegen een uitdijend auteursrecht waardoor de toegang tot informatie in het gedrang kan komen:


“Ook moet ertegen worden gewaakt dat de ontwikkeling van technische beschermingsmaatregelen ertoe leidt dat de toegang tot informatie in het gedrang komt, bijvoorbeeld omdat deze slechts tegen hele hoge tarieven mogelijk is. Mocht die situatie zich ooit voordoen, en zelfregulering geen uitkomst bieden, dan acht ik wetgevend ingrijpen nodig. (...)Tegen deze achtergrond verwelkom ik uiteraard initiatieven zoals Creative Commons, waarmee de verspreiding van auteursrechtelijk beschermde werken via Internet op basis van een stelsel van standaardlicenties wordt gestimuleerd zonder dat inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt”.¹⁵⁵


De licenties werken onder een aantal door de auteursrechthebbende specifiek te kiezen voorwaarden. Deze voorwaarden kunnen volgens artikel 2 van de CCPL geen afbreuk doen aan de wettelijke beperkingen welke uit de Auteurswet voortvloeien: “Niets in deze Licentie strekt ertoe om de rechten te beperken die voortvloeien uit de beperkingen en uitputting van de uitsluitende rechten van de rechthebbende krachtens het auteursrecht, de naburige rechten, het databankenrecht of enige andere toepasselijke rechten.”

De vier te kiezen voorwaarden zijn:

 Naamsvermelding: Anderen krijgen toestemming om het werk (en indien van toepassing afgeleide werken) te gebruiken, te kopiëren, te verspreiden, te vertonen en op te voeren, mits zij de naam vermelden van de auteursrechthebbende.

 Niet-commercieel: Anderen mogen het werk kopiëren, vertonen, verspreiden en opvoeren, alsmede materiaal wat op het werk gebaseerd is, mits het voor niet-commerciële doeleinden is.

 Geen afgeleide werken: Anderen mogen het werk kopiëren, verspreiden, vertonen en opvoeren mits het in de originele staat blijft. Het is niet toegestaan het werk te gebruiken als basis voor nieuw materiaal.

 Gelijk delen: Anderen mogen van jouw werk afgeleide werken maken en verspreiden onder de voorwaarde dat zij deze werken onder dezelfde licentie vrijgeven als het originele werk.

¹⁵⁴ DISC is een project van de Stichting Nederland Kennisland en de Waag society. Het geeft ondersteuning aan maatschappelijke en culturele organisaties op het gebied van opensource software. Zie ook <www.disc.nl>.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II 2004/05, 29 838, nr. 1, p.3.*

Deze laatste twee licentievoorwaarden zijn niet samen te combineren omdat “gelijk delen” alleen betrekking kan hebben op afgeleide werken.¹⁵⁶

Na het kiezen van de licentievoorwaarden en een jurisdictie kan de auteursrechthebbende een Creative Commons *'Sommige Rechten Voorbehouden'* melding aanbrengen op of in de buurt van het betreffende werk. Deze melding geeft een HTML link naar de voorwaarden van de licentie. De CCPL wordt derhalve aangeboden als zijnde een ‘browse-wrap’ licentie. De licentie wordt vervolgens beschikbaar gesteld in drie formats:

- Commons Overeenkomst: Een eenvoudig overzicht van de gekozen licentievoorwaarden, inclusief de relevante iconen.
- Juridische Overeenkomst: Dit is de daadwerkelijke licentie.
- Digitale Code: Metadata voor het Resource Description Framework (RDF).¹⁵⁷

De juridische overeenkomst bevat naast de gekozen voorwaarden een groot aantal standaard bepalingen. Zo is ondermeer opgenomen dat de licentie en de daarin verleende rechten automatisch vervallen op het moment dat de gebruiker in strijd handelt met de voorwaarden van deze licentie. Het is de gebruiker daarnaast niet toegestaan om het werk onder enige afwijkende voorwaarden aan te bieden waardoor de voorwaarden van deze licentie dan wel de uitoefening van de rechten van de ontvangers krachtens deze licentie, worden gewijzigd of beperkt.

Omdat de teksten van de licenties in eerste instantie waren gericht op de Amerikaanse wet- en regelgeving en er in de juridische overeenkomst geen rechtskeuze is gemaakt, is men in diverse landen begonnen aan vertalingen en juridische aanpassingen. Zo heeft men in Nederland in de juridische overeenkomst aanpassingen gemaakt met betrekking tot de naburige rechten en de bescherming van databanken.¹⁵⁸ Als gevolg van de aanpassing is in artikel 1 (e) CCPL de volgende aanvullende definitie van het woord “Werk” opgenomen: “Voor de toepassing van deze Licentie wordt onder het Werk mede verstaan de geluidsoptname in de zin van de Wet op de naburige rechten en de databank in de zin van de Databankenwet.” In artikel 3 (e) CCPL is in een speciale databankbepaling opgenomen dat de licentienemer het werk mag “opvragen en hergebruiken”. Deze aanpassingen hebben tot gevolg dat de CCPL ook bruikbaar is bij databankrechtelijk beschermde werken.

De CCPL lijkt zich door de databankbepalingen uitstekend te lenen voor het beschikbaar stellen van de kennisbestanden. Indien deze bestanden onder het auteursrecht zouden vallen dan zou deze uitkomst vanwege de reikwijdte van de CCPL feitelijk niet anders zijn. Ook de vrije beschikbaarstelling van het kennisstelsel als software zou in beginsel onder de voorwaarden van de licentie mogelijk zijn. Hierdoor ontstaan goede mogelijkheden om te kunnen voldoen aan de door Franken gestelde eis van de toegankelijkheid.¹⁵⁹ Daarentegen moet ook geconstateerd worden dat de CCPL een aantal beperkingen heeft door het ontbreken van specifieke bepalingen over de openheid van broncode. Hierdoor kan dit model geen

¹⁵⁶ Naast deze vier standaard voorwaarden waar, afhankelijk van de onderling gemaakte combinatie, zes verschillende Nederlandstalige licenties voor beschikbaar zijn, heeft Creative Commons nog zeven andere licenties ontworpen welke hier verder buiten beschouwing zullen blijven.

¹⁵⁷ Het Resource Description Framework (RDF) is een standaard van het World Wide Web consortium bedoeld om informatie te labelen en kennis op het internet uit te wisselen. Licenties en het bijbehorende werk worden uitgeschreven in een RDF/XML notatie en kunnen op die wijze gemakkelijk door middel van speciale RDF zoekmachines gevonden worden. Zie voor meer informatie: < <http://www.w3.org/2001/sw/>>.

¹⁵⁸ De Wet op de naburige rechten blijft in deze scriptie buiten beschouwing.

¹⁵⁹ De beginselen van behoorlijk ICT-gebruik, zie 2.1.

waarborg geven voor de (blijvende) transparantie van het kennissysteem. Voor de openheid van broncode zal daarom gekeken moeten worden naar een open source licentie.

5.4 General Public License (GPL)

De General Public License is een zogenaamde open source licentie. Het geeft iedereen het recht om software onder deze licentie te gebruiken, te kopiëren, te wijzigen en verder te verspreiden. Er zijn echter ook de nodige restricties. Zo mag de software bijvoorbeeld niet zonder de broncode geleverd worden en eist het van gebruikers dat gemodificeerde versies ook onder de licentie vallen. De broncode en de gebruiksvrijheden zijn daarmee onafscheidelijk geworden van de software. Inmiddels werken vele projecten onder de sinds juni 1991 bestaande tweede versie van de GPL.¹⁶⁰ Op dit moment zijn er op de ‘SourceForge’ website meer dan 44.000 computerprogramma’s beschikbaar met een GPL licentie.¹⁶¹

Voor de juridische geldigheid van de GPL staat al enige jaren in de belangstelling en is er vermoedelijk de oorzaak van dat er een wildgroei aan andere licenties is ontstaan.¹⁶² Voor zover bekend is er echter geen Nederlandse jurisprudentie over de rechtsgeldigheid van de GPL. Er is wel Duitse rechtspraak. Op 19 mei 2004 wees het ‘Landgericht München’ vonnis tussen Netfilter en Sitecom GmbH in een beroep tegen een eerdere voorlopige voorziening.¹⁶³

De feiten van de casus zijn als volgt: Eiser de heer Welte is de verantwoordelijke voor het open source project ‘Netfilter/iptables’. Netfilter stelt haar software onder de voorwaarden van de GPL ter beschikking op het internet. Gedaagde Sitecom bewerkte deze software en bood haar samen met andere producten op haar website aan. Sitecom hield zich hierbij niet aan de voorschriften van de GPL door op haar website geen verwijzing te maken naar de (tekst van de) GPL en door na te laten om de broncode van de bewerkte software aan te bieden.

Volgens Netfilter heeft het handelen van Sitecom tot gevolg dat er conform artikel 4 GPL een verbod is ontstaan voor Sitecom op verdere openbaarmaking en verspreiding. De rechten daartoe zijn op grond van de GPL automatisch vervallen. Men betoogde daarnaast dat het niet uitmaakt of de GPL rechtsgeldig tussen partijen tot stand is gekomen omdat Sitecom op grond van het auteursrecht in beginsel geheel geen exploitatierechten heeft op de software.

In een inleidende beschouwing overweegt het Landgericht allereerst dat de GPL niet betekent dat er afstand gedaan is van het auteursrecht door de auteursrechthebbende. De rechthebbende kan het auteursrecht juist aanwenden als men zich niet aan de GPL houdt:

“To begin with, the Panel shares the view that one cannot perceive the conditions of the GPL (General Public License) as containing a waiver of copyright and related legal positions. On the contrary, the users avail themselves of the conditions of copyright law in order to secure and carry into effect their concept of the further development and dissemination of software”¹⁶⁴

¹⁶⁰ Naar verwachting zal de derde versie nog dit jaar uitkomen.

¹⁶¹ Zie < <http://www.sourceforge.net> > (geraadpleegd 2 juli 2005).

¹⁶² Zie bijvoorbeeld Holst & van Mullem 2004; Koelman 2000.

¹⁶³ Landgericht München 19 mei 2004, < http://www.jbb.de/urteil_lg_muenchen_gpl.pdf >; Zie voor Engelse vertaling: < http://www.jbb.de/judgment_dc_munich_gpl.pdf > (geraadpleegd: 20 mei 2005).

¹⁶⁴ Landgericht München 19 mei 2004, < http://www.jbb.de/judgment_dc_munich_gpl.pdf > (geraadpleegd: 20 mei 2005).

De Duitse auteurswet (Urheberrechtsgesetz) kent in tegenstelling tot de Nederlandse Auteurswet een uitgebreide regeling met betrekking tot de licentie-overeenkomst.¹⁶⁵ De via een licentie verkregen “nutzungsrechte” mogen volgens art. 31 lid 1 UrhG ‘sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden.’ Een automatische terugval van “nutzungsrechte” zoals beschreven in artikel 4 GPL valt hier dus niet onder.

Artikel 4 GPL:

“You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License.

Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will **automatically terminate your rights** under this License.

However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance.”¹⁶⁶

Het Landgericht komt tot de constatering dat de tweede bepaling uit artikel 4 GPL, de automatische terugval van rechten bij niet naleving van de licentievoorwaarden, mogelijk in technische zin strijdig is met de op ‘nutzungsrechte’ toegestane beperkingen. Dit doet voor de uitkomst van het geschil echter niet terzake omdat het eerste deel van art. 4 GPL volgens het Landgericht onverkort van toepassing blijft.

Uit de verdere overwegingen blijkt dat de verwijzing op de website van Netfilter naar de GPL (in casu te beschouwen als browse-wrap) voldoende is om aan te nemen dat de GPL in de relatie met Sitecom naar Duits recht kan worden beschouwd als een door Sitecom geaccepteerde set algemene voorwaarden. Dat de licentie in het Engels is opgesteld doet daar volgens het Landgericht verder niets aan af omdat het Engels de gangbare taal is binnen de softwarebranche. Het Landgericht besluit met een overweging ten overvloede waarin men ingaat op de mogelijkheid dat art. 3 en/of 4 van de GPL in een toekomstig geschil ongeldig zou worden verklaard:

“Even if one was of the opinion, that GPL No. 4 or No. 3 do – eventually – not withstand as to their validity when examined according to German Civil Code Section 307, one would – in the opinion of the Panel – have to very closely examine if the contract was not invalid as a whole according to Section German Civil Code 306 Para. 33. If the open development of the software is endangered by the invalidity of the clause and a fundamental concept of open source software is affected, there is – in the opinion of the Panel – considerable ground for the argument that in such cases there has been no agreement *in rem* at all with the consequence that any use of the software is illegal.”¹⁶⁷

Uit deze laatste zin is op te maken dat het Landgericht het eens is met de stelling van Netfilter dat partijen zonder rechtsgeldige GPL terugvallen op het ‘Urheberrechtsgesetz’. In dat geval is er sprake van de auteursrechtelijke ‘default’ status en zou ieder gebruik van de software door Sitecom onderworpen zijn aan de auteursrechtelijke toestemming van Netfilter. Zonder deze toestemming is er sprake van een auteursrechtinbreuk. Het is derhalve niet van belang of de voorwaarden van de GPL in haar huidige vorm door Sitecom zijn geaccepteerd. Of er tussen Sitecom en Netfilter daadwerkelijk een contractuele relatie is ontstaan blijft daarom verder in het midden. Sitecom moet volgens het Landgericht de bepalingen uit de GPL nakomen.

¹⁶⁵Zie < <http://www.gema.de/engl/copyright/urhg/index.shtml> > (geraadpleegd: 20 mei 2005).

¹⁶⁶ De GPL is opgenomen in de bijlage.

¹⁶⁷ < http://www.jbb.de/judgment_dc_munich_gpl.pdf > (geraadpleegd: 20 mei 2005).

Hoewel de GPL oorspronkelijk naar Amerikaans recht is opgesteld en er in de licentie geen rechtskeuze wordt gemaakt en geen bevoegde rechter wordt aangewezen, lijkt het er dus op dat GPL naar Duits recht afdwingbaar is. Er lijkt daarnaast niet echt een reden aanwezig om er van uit te gaan dat dit naar Nederlands recht anders zal zijn. Ook Visser denkt dat de inhoud van de GPL weinig aanleiding geeft om aan te nemen dat de GPL niet afdwingbaar zou zijn.¹⁶⁸ De Preter en Dekeyser zijn daarnaast van mening dat de tegenstanders van open source software de rechtsonzekerheid van ondermeer de GPL schromelijk hebben overdreven.¹⁶⁹

Software onder de GPL mag in beginsel altijd voor eigen gebruik worden toegepast. De eindgebruiker kan dus zonder auteursrechtelijk probleem de software bewerken en koppelen aan andere programma's. Pas indien de software of een bewerking daarvan opnieuw openbaar wordt gemaakt zal men rekening moeten gaan houden met de extra restricties in de licentie. Als hoofdregels gelden dan dat de (gewijzigde) programmacode ook onder de GPL moet worden verspreid en dat de broncode meegeleverd wordt. Een distributeur moet zich aan deze voorwaarden houden omdat hij anders een auteursrechtinbreuk pleegt. Daarnaast vervallen ook de rechten voor het eigen gebruik op het moment dat de gebruiker in strijd handelt met deze voorwaarden.

De reikwijdte van de GPL lijkt zich overigens niet specifiek te beperken tot software. Uit artikel 0 van de licentie blijkt dat: "This License applies to any program or other work which contains a notice placed by the copyright holder saying it may be distributed under the terms of this General Public License". De licentie geeft verder niet aan wat onder '*other work*' moet worden verstaan, maar bepaald vervolgens wel dat het woord '*program*' in de rest van de licentie tevens verwijst naar de andere werken. Waar de licentie spreekt over '*work based on the program*' kan volgens de licentie tevens worden gelezen '*any derivative work under copyright law*'. In artikel 3 is voor deze overige werken een speciale bepaling opgenomen voor de term *broncode*: "The source code for a work means the preferred form of the work for making modifications to it". De GPL lijkt zich daarmee in beginsel te profileren als een brede auteursrechtelijke licentie welke ook toepasbaar is op werken welke niet als software zijn te beschouwen. Ook auteursrechtelijk beschermde databanken kunnen derhalve onder de GPL vallen.¹⁷⁰

Voor het sui generis databankenrecht ligt dat echter iets genuanceerder. De GPL verwijst in haar bepalingen immers voornamelijk naar het auteursrecht en niet naar het "distributierecht" van databankproducenten. Omdat de databankrechtelijke begrippen "opvragen" en "hergebruiken" echter in grote lijnen overeenkomen met de auteursrechtelijke begrippen "verveelvoudigen" en "openbaarmaken", is het naar mijn mening verdedigbaar dat een producent die zijn databank onder de GPL heeft vrijgegeven daarmee tevens wilde bereiken dat er geen afzonderlijke databankrechtelijke toestemming nodig zou zijn.

Geconcludeerd kan worden dat de GPL zich laat toepassen op kennissystemen inclusief kennisbestanden, ongeacht de auteursrechtelijke kwalificatie daarvan. Door de bepalingen in artikel 3 GPL is de vereiste transparantie van broncode ook toepasselijk op de bewerkbare vorm van andere "werken". Regelbestanden moeten op basis van deze bepaling transparant en open zijn. Hierdoor ontstaan mogelijkheden om te kunnen voldoen aan de door Franken

¹⁶⁸ Visser 2004, p. 229.

¹⁶⁹ Preter & Dekeyser 2004, p. 220.

¹⁷⁰ Zie paragraaf 4.3 voor een uiteenzetting over auteursrecht op een databank.

gestelde eis van de transparantie.¹⁷¹ Daarentegen moet ook geconstateerd worden dat de GPL een mogelijke beperking heeft door het ontbreken van specifieke bepalingen over het distributierecht. Hierdoor kan dit model geen volledige waarborg geven voor de vrije toegankelijkheid van de kennisbank.

5.5 Patentleft

Hiervoor werd in 4.2.4 reeds duidelijk dat er op software auteursrecht kan rusten. Dit auteursrecht beschermt enkel de uitdrukkingswijze van de software in broncode of objectcode.¹⁷² De ideeën en beginselen welke aan de softwaretoepassing ten grondslag liggen worden niet auteursrechtelijk beschermd waardoor er geen toestemming nodig is van de auteursrechthebbende om dezelfde ideeën en beginselen in een andere broncode uit te drukken. Daarentegen beschermt het octrooirecht onder bepaalde voorwaarden wel de achterliggende ideeën van een toepassing. Ter afsluiting van dit hoofdstuk over de aspecten van intellectueel eigendom dient daarom nog kort te worden stilgestaan bij het zogenaamde software-octrooi. Vragen over de wenselijkheid en de werking van deze octrooibescherming zal ik hier slechts zijdelings beantwoorden. Wel zal ik ingaan op de vraag in hoeverre het octrooirecht een bedreiging is voor de gebruikers van open source software.

Een octrooi geeft de octrooihouder, behoudens een aantal wettelijke beperkingen, het uitsluitend recht om de geoctrooierde toepassing in of voor zijn bedrijf te vervaardigen, te gebruiken, in het verkeer te brengen of verder te verkopen, te verhuren, af te leveren of anderszins te verhandelen, dan wel voor een of ander aan te bieden, in te voeren of in voorraad te hebben.¹⁷³ Hij kan zijn recht handhaven jegens een ieder die, zonder daartoe gerechtigd te zijn, deze handelingen verricht.

In tegenstelling tot het auteursrecht verkrijgt men geen octrooirecht door de enkele schepping van het werk. Octrooirecht moet allereerst worden aangevraagd en wordt pas verkregen indien het voldoet aan een aantal voorwaarden. Overeenkomstig artikel 52 lid 1 van het Europees Octrooi Verdrag (EOV) moeten alle octrooieerbare uitvindingen nieuw zijn, op uitvindingswerkzaamheid berusten en vatbaar zijn voor toepassing op het gebied van de nijverheid. Dit laatste vereiste ziet vooral op een voldoende technisch karakter. Uit artikel 52 lid 2 jo lid 3 EOV volgt vervolgens dat computerprogramma's als zodanig van octrooieerbaarheid zijn uitgesloten. Deze verdragtekst komt overeen met artikel 2 Rijksoctrooiwet 1995. De woorden "als zodanig" geven echter enige interpretatieruimte en daarom moet worden opgemerkt dat octrooi op software al vele jaren min of meer mogelijk is.

In 1985 besloot de Nederlandse Octrooiraad voor het eerst dat een octrooi kon worden toegestaan op een programma dat is ingevoerd in het werkgeheugen van een computer en dat zich kenmerkte door 'rechtstreekse adresseerbaarheid'.¹⁷⁴ Het was vooral dit technische aspect van de software waardoor de Octrooiraad 'om' ging nadat zij in de jaren daarvoor altijd weigerde om octrooi te verlenen op software. In computers geïmplementeerde uitvindingen kunnen derhalve als octrooieerbaar worden beschouwd indien ze een technisch karakter hebben. Aan dit vereiste kan worden voldaan indien er, naast het algemene technische karakter dat inherent is aan de uitvoering door middel van een computer, ook een specifiek of

¹⁷¹ De beginselen van behoorlijk ICT-gebruik, zie 2.1.

¹⁷² Artikel 10 lid 1 TRIPs-agreement.

¹⁷³ Artikel 53 lid 1 sub a Row 1995.

¹⁷⁴ Octrooiraad, Afdeling van Beroep 12 september 1985, *BIE* 1985 p.435 (schakelnetwerk).

verder technisch karakter aanwezig is.¹⁷⁵ Hiervoor is het reeds voldoende dat alleen het probleem of alleen de oplossing daarvan technisch van aard is.¹⁷⁶ In de literatuur wordt daarom aangenomen, dat computerprogramma's 'als zodanig' het tegendeel zijn van computerprogramma's die een 'technisch' karakter hebben.¹⁷⁷

De Europese Commissie is in februari 2002 gekomen met een ontwerprichtlijn om het octrooirecht op software te harmoniseren en de bestaande praktijk te codificeren. Vervolgens heeft vooral de open source gemeenschap laten weten grote gevaren te zien in de mogelijkheden van het software-octrooi. Volgens hen zal een octrooi op een programma andere softwareontwikkelaars beletten om verder te bouwen op het bestaande idee.¹⁷⁸ Dit zou geen stimulans zijn voor de verdere innovatie. Valgaeren omschrijft de gevoelde bedreiging als volgt: "Voor de open source gemeenschap is het zaak om soepel te kunnen omspringen met software en broncode, stukken code te kunnen uitwisselen en hergebruiken. Octrooien op programmaproducten houden echter in dat men reeds een inbreuk maakt op het ogenblik dat men experimenteert met softwarecode die zou overeenstemmen met de specificaties van het programmaproduct-octrooi, deze downloadt, test, (en) aan anderen overmaakt(...)." ¹⁷⁹ In juli 2005 is de ontwerprichtlijn echter door het Europees Parlement verworpen.

Als gevolg van de bedreiging zijn inmiddels wel een groot aantal open source-licenties op een dergelijke wijze aangepast dat het risico voor de gebruikers enigszins beperkt wordt. Zo werden er ondermeer bepalingen in licenties opgenomen die er op zijn gericht om ook octrooirechten vrij te geven. Dit werkt uiteraard alleen indien de licentieverlener ook de octrooirechthebbende is. Daarnaast zijn er nu ook bedrijven die kosteloos octrooilicenties uitgeven indien hun uitvinding onder de GPL in open source software wordt gebruikt.¹⁸⁰ In navolging van de *copyleft* noemt men dit inmiddels de *patentleft*.¹⁸¹ In de GPL zijn richting de gebruikers bepalingen opgenomen die hen verbieden om extra beperkingen aan te brengen op een vrijgegeven werk. Mocht een gebruiker onverhoopt een octrooi vestigen op een dergelijk open source programma dan vervallen automatisch de auteursrechtelijke gebruiksrechten waardoor hij deze software niet meer mag gebruiken. Tegen een dergelijk octrooi kan bij de rechter tevens vernietiging worden ingeroepen vanwege het ontbreken van de vereiste nieuwheid.¹⁸²

Het risico dat (een deel van) een computerprogramma inbreuk maakt op een octrooirecht van een ander is overigens ook bij closed source software aanwezig. Wel is het risico op ontdekking bij open source software groter door de openheid van de broncode. Mogelijk blijft daardoor echter een bewuste inbreuk achterwege. Schadevergoeding kan pas van de gebruiker gevorderd worden indien deze zich bewust was van de inbreuk.¹⁸³ In het volgende hoofdstuk zal ik aandacht besteden aan de handhaving van intellectuele eigendomsrechten en de vrijwaring tegen inbreukclaims.

¹⁷⁵ Wichers Hoeth 2000, p. 21.

¹⁷⁶ Verkade 2004, p. 237.

¹⁷⁷ Bakels 2003, p. 213.

¹⁷⁸ Valgaeren 2004, p. 235.

¹⁷⁹ Valgaeren 2004, p. 234.

¹⁸⁰ Zie bijvoorbeeld < www.fsmlabs.com/rtlinuxfree.html > (geraadpleegd: 3 juli 2005).

¹⁸¹ Valgaeren 2004, p. 237.

¹⁸² Zie: Wichers Hoeth 2000, p. 56-61.

¹⁸³ Artikel 70 lid 3 Row 1995.

Hoofdstuk 6 Ervaringen met open source gemeenschappen

6.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is besproken hoe de toegankelijkheid en de transparantie van juridische kennissystemen met behulp van copyleft-licenties kan worden gerealiseerd. Om te kijken of en hoe deze toegankelijkheid en transparantie kan leiden tot kwaliteitsverbetering van juridische kennissystemen, zal ik in dit hoofdstuk aandacht besteden aan de ervaringen van zogenaamde open source communities. Na een korte inleiding over de ontstaansgeschiedenis zal ik mij richten op de door hen gebruikte ontwikkelmethodes en de organisatievormen. Daarna zal ik aangeven op welke wijze open source software binnen een commerciële context toepasbaar is en welke business-methoden daarbij gebruikt worden. Tot slot zal nog aandacht worden geschonken aan de handhaving van het auteursrecht door de community en zal worden onderzocht wie aansprakelijk is voor fouten in de software.

6.2 Ontstaansgeschiedenis free software communities

De free software beweging is ontstaan rond 1984 met de ontwikkeling van GNU, een met Unix applicaties compatibel besturingssysteem. Unix was ontworpen in de jaren 70 door Bell labs in samenwerking met de University of Berkeley als besturingssysteem voor mainframes. De broncode werd vrij gedeeld tussen universiteiten en onderzoeksinstituten, zodat iedereen de werking van het systeem kon zien en zelf aanvullingen en verbeteringen kon schrijven. Begin jaren 80 zocht AT&T (eigenaar van Bell Labs) manieren om winst te maken op Unix en verzocht de gebruikers van een nieuwe Unix-versie daarom een “nondisclosure agreement” te tekenen. De Unix broncode mocht daarmee niet langer vrij gelezen en uitgewisseld worden.¹⁸⁴ Andere producenten van software volgden vervolgens door ook hun eigen software gesloten te maken.

6.2.1 Richard Stallman en GNU.¹⁸⁵

De aan het Massachusetts Institute of Technology (MIT) verbonden programmeur Richard Stallman was van mening dat software “free” moest zijn en dat er een fundamenteel recht bestaat op toegang tot de broncode van een softwareproduct en op de verdere verspreiding ervan. In de door hem gebruikte context slaat “free” op vrijheid zoals in de vrijheid van meningsuiting. Dat is niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als ‘vrij’ van kosten. Stallman gebruikt de volgende vier vrijheden waaraan “free software” moet voldoen:¹⁸⁶

1. De vrijheid om het programma voor elk doel te gebruiken.
2. De vrijheid om het programma te bestuderen en te wijzigen.
3. De vrijheid om het programma te kopiëren.
4. De vrijheid om gemodificeerde en ongemodificeerde versies van het programma te herdistribueren.

¹⁸⁴ Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002, p. 8.

¹⁸⁵ Zie ook <www.gnu.org>.

¹⁸⁶ Zie <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>(geraadpleegd 3 juli 2005).

Om deze vrijheden te bewerkstelligen moest Stallman allereerst met een alternatief komen voor het nu gesloten Unix. Daarom ontwikkelde hij zijn eigen besturingssysteem onder de naam GNU, hetgeen een recursief acroniem is voor “GNU’s Not Unix”. Om te voorkomen dat iemand de open GNU-software zou wijzigen en deze vervolgens als gesloten zou gaan verkopen, schreef Stallman de eerste opensource licentie: de GNU General Public License oftewel “GPL”.

Naarmate er meer mensen interesse kregen in het project en de verkoop van het eerste GNU programma Emacs¹⁸⁷ op gang begon te komen, richtte hij in 1985 de Free Software Foundation op (FSF). De FSF nam de distributie op zich van de tapes waarop de free software werd verkocht en ondersteunde de verdere ontwikkeling van de GNU software. De jaren daarna groeide het aantal medewerkers en werden er diverse onderdelen van het besturingssysteem ontworpen. Desondanks slaagde men er niet in om een stabiele kernel voor GNU te ontwerpen.¹⁸⁸ Daardoor was men niet in staat een geheel open besturingssysteem op de markt te brengen. De grote doorbraak voor GNU kwam echter met de ontwikkeling van de Linux-kernel door de Finse student Linus Torvalds.

6.2.2 *Linus Torvalds en Linux.*

Om de gesloten varianten van Unix voor studenten inzichtelijk te maken ontwierp de Nederlandse hoogleraar Andrew S. Tanenbaum in 1987 een open maar zeer beperkte variant op Unix onder de naam Minix.¹⁸⁹ De Finse student Linus Torvalds¹⁹⁰ kwam er in 1990 mee in aanraking en besloot vanwege de beperktheid van het systeem een eigen kernel te ontwerpen. Een jaar later was hij klaar met de eerste versie van zijn kernel welke hij de naam Linux mee gaf.

Torvalds plaatste de broncode van Linux in nieuwsgroepen op het internet, waarbij hij gebruik maakte van de door Stallman ontwikkelde GPL-licentie. Hij verwachtte dat de vrijheid van de licentie zou leiden tot een hogere kwaliteit en nodigde daarom overige programmeurs uit om verbeteringen voor te stellen aan zijn kernel. Een groot aantal reageerden door 'bugfixes', verbeteringen en aanvullingen op te sturen. Torvalds voegde vervolgens de aanpassingen door welke in zijn ogen de meest gewenste waren en vervolgens stelde hij de nieuwere versie beschikbaar in de nieuwsgroepen. Nadat men in 1992 bij FSF de Linux kernel met de reeds ontwikkelde GNU software combineerde, namen steeds meer programmeurs deel aan deze vorm van software ontwikkeling en werd het project en de ontwikkelmethode steeds succesvoller.¹⁹¹ De ‘uitvinding’ door Linus van dit decentrale ontwikkelingsmodel is daarom volgens Raymond meer prijzenswaardig dan de constructie van de Linux kernel.¹⁹²

¹⁸⁷ Emacs is een text editor voor linux-achtige systemen.

¹⁸⁸ De kernel is de basis van het besturingssysteem. Het zorgt ervoor dat softwareprogramma's uitgevoerd kunnen worden en dat de hardware gebruikt kan worden.

¹⁸⁹ Zie ook <<http://www.cs.vu.nl/~ast/minix.html>> (geraadpleegd 5 april 2005).

¹⁹⁰ Torvalds werkt tegenwoordig fulltime aan de verdere ontwikkeling van Linux bij het Open Source Development Labs (OSDL), een non-profit organisatie opgericht door een consortium van grote ICT bedrijven. Hij heeft het merkenrecht op de naam “Linux”. Zie ook <www.osdl.org>.

¹⁹¹ Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002, p. 11.

¹⁹² Raymond 2001, p. 27.

6.3 Ontwikkelmethodes

In zijn boek “The Cathedral and the Bazaar” beschrijft en vergelijkt Eric S. Raymond de centrale en verticale ontwikkelmethode van traditionele leveranciers met de decentrale horizontale ontwikkelmethode van een open source community.¹⁹³ Hij vergelijkt de eerste methode met de bouw van een kathedraal waarbij individuele bouwvakkers het ontwerp volgen van de architect. Er zijn vaak strakke oplevertermijnen en beperkte budgetten hetgeen ten koste kan gaan van de kwaliteit. De open source methode lijkt daarentegen op een bazaar vol mensen met verschillende agenda’s en uiteenlopende benaderingen.¹⁹⁴ De openheid schept echter wel mogelijkheden voor kwaliteitscontrole en verbetering. De afnemer van de software is in dit geval zelf in staat zijn om te bepalen of het product aan de kwaliteitseisen voldoet.

6.3.1 Kwaliteitsverbetering

Door de openheid van de broncode is het mogelijk om een computerprogramma volledig te onderwerpen aan een validatie-onderzoek. Volgens Feller en Fitzgerald is een voordeel van de ontwikkeling in een open source community dat de kwaliteitscontrole van software op een onafhankelijke wijze kan plaatsvinden.¹⁹⁵ Omdat de meeste gebruikers en programmeurs elkaar niet persoonlijk kennen zal volgens hen de feedback eerlijker zijn.

Torvalds zag de openheid van broncode voornamelijk als een mogelijkheid tot kwaliteitsverbetering. De meest ongecompliceerde weg naar snelle verbetering van de code is door de gebruikers van de software te beschouwen als mede-ontwikkelaar. Gebruikers kunnen meehelpen om code te verbeteren, problemen te diagnosticeren en suggesties doen voor oplossingen. De openheid van de code maakt het voor gebruikers mogelijk om exact aan te geven waar zich een fout voordoet. Hierdoor zijn de ontwikkelaars minder tijd kwijt met het zoeken naar de fout en zal er sneller aan een oplossing gewerkt kunnen worden.

Fouten in de Linux software worden volgens Raymond sneller ontdekt omdat de software en de broncode worden blootgesteld aan duizenden mede-ontwikkelaars die elke nieuwe release uittesten.¹⁹⁶ Hij vat deze ‘wet van Linus’ als volgt samen:

“Given enough eyeballs, all bugs are shallow”.¹⁹⁷

Een belangrijke voorwaarde om aan deze regel te kunnen voldoen is het hebben van voldoende gebruikers. Feller en Fitzgerald nuanceren deze ‘wet van Linus’ enigszins door zich over de samenstelling van de gebruikers het volgende af te vragen: “is it a matter of enough eyeballs, or the right eyeballs?”¹⁹⁸ Hoewel ze nalaten deze vraag te beantwoorden, lijkt uit de vraagstelling te volgen dat de ontwikkelingsmethode alleen succesvol kan zijn indien er voldoende gebruikers met relevante programmeerkennis zijn. De andere gebruikers moeten er daarnaast in ieder geval positief tegenover staan om mee te helpen aan de kwaliteitsverbetering door mogelijke fouten te melden. Ook St.Laurent wijst op deze

¹⁹³ Raymond 2001.

¹⁹⁴ Raymond 2001, p. 21.

¹⁹⁵ Feller & Fitzgerald 2002, p. 88.

¹⁹⁶ Raymond 2001, p. 32.

¹⁹⁷ Raymond 2001, p. 19.

¹⁹⁸ Feller & Fitzgerald 2002, p. 160.

vereisten: "It depends on the commitment and knowledge of its user base to succeed. Such users simply may not be available for every type of program."¹⁹⁹

6.3.2 *Organisatievorm*

Voordat door middel van open source tot kwaliteitsverbetering kan worden gekomen is het van belang om te kijken hoe een gemiddelde open source community georganiseerd is. Het heeft immers weinig zin om broncode beschikbaar te stellen indien er vervolgens niet naar gekeken wordt.

De organisatie van open source communities is vergelijkbaar met de ringen van een ui:²⁰⁰

- De buitenste ring bestaat uit mensen en organisaties die alleen maar gebruik maken van de software. Zij nemen niet actief deel aan de ontwikkeling van de software en hebben geen programmeerkennis.
- De tweede laag bestaat uit gebruikers die de anderen in de community op de hoogte stellen van fouten welke zij tegen komen in de software. Ook in de Linux-community zijn de meeste personen die de fouten vinden niet noodzakelijkerwijze dezelfde personen die de fouten begrijpen en kunnen oplossen.²⁰¹
- De derde laag bestaat uit de gebruikers die 'patches' schrijven voor de geconstateerde fouten en daarnaast zelf ook software-aanvullingen schrijven. Dit is het niveau waarop de meeste vrijwillige programmeurs actief zijn.
- De vierde laag bestaat uit gebruikers die zich actief bezig houden met de verdere ontwikkeling van de software. Zij hebben over het algemeen de mogelijkheid om veranderingen en aanpassingen in de software daadwerkelijk door te voeren. Volgens St. Laurent is het van belang om de vierde laag in het begin van een open-source project zo klein mogelijk te houden. Het toevoegen van extra programmeurs zou de ontwikkeling van de software mogelijk kunnen afremmen doordat er meer onderling overleg nodig is. Het Linux-ontwikkelingsmodel is volgens hem mede een succes geworden door een klein gehouden kern van programmeurs.²⁰²

In sommige communities bestaat er nog een vijfde laag welke bestaat uit een projectleider en de leden van een overkoepelende stichting of organisatie. Zij kunnen beslissen welke code aan de oorspronkelijke versie wordt toegevoegd en welke code gewist zal gaan worden. Ook beslissen zij over de rechten van gebruikers binnen de community. Met deze macht zullen ze echter voorzichtig omgaan omdat er het risico bestaat dat de community zich anders tegen hen zal keren. Projecten waarbij niet geluisterd wordt naar de mening van de gebruikers lopen een groot risico om te mislukken; De innovatie van de software zal dan verdwijnen.²⁰³

¹⁹⁹ St.Laurent 2004, p. 170.

²⁰⁰ Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002, p. 18.

²⁰¹ Raymond 2001, p. 30.

²⁰² St. Laurent 2004, p. 168.

²⁰³ Een voorbeeld hiervan is Red Hat. Dit bedrijf groeide dankzij Red Hat Enterprise Linux uit van een relatief kleine organisatie tot een grote speler op de Linux-markt, met al even grote klanten. Vice-president Michael Tiemann zegt hierover: "Een van onze fouten tijdens de lancering van Enterprise Linux was dat we ons exclusief richtten op de bedrijfsmarkt en we niet meer omkeken naar onze allereerste gebruikers. Dat was een belediging van onze beste aanhangers. Erger is dat we daardoor door klanten gedreven innovatie misliepen."

6.3.3 CVS

De meeste communities maken gebruik van een Concurrent Versions System (CVS).²⁰⁴ Dat is een soort projectdatabase waar de broncode in opgeslagen is. Elke nieuwe bijdrage aan het project komt op een nieuwe plaats in de database te staan. Hierdoor wordt voorkomen dat er schade kan ontstaan aan de oudere versies. De andere ontwerpers die zich hebben ingeschreven op de mailinglijst ontvangen na plaatsing van de nieuwe bijdrage een email-bericht waarna men de nieuwe versie kan uitproberen. Via een forum kan men vervolgens aangeven hoe men over de modificatie denkt en of er mogelijk fouten in voorkomen. Afhankelijk van de reacties wordt een modificatie definitief toegevoegd aan een nieuwe versie van het project. De CVS of een ander vergelijkbaar databasesysteem is vaak in eigendom of beheer bij de projectleiding.

6.4 Open source voor commerciële toepassingen

Ondanks de openheid en vrije beschikbaarheid van de broncode bestaan er voor het bedrijfsleven vele mogelijkheden om inkomsten te verwerven met open source software. Open source hoeft dan ook niet per definitie gratis te zijn. Een aantal van deze commerciële mogelijkheden zal ik kort beschrijven.

6.4.1 Service en support

In het service en support model kiest de leverancier er voor om zich te richten op aanvullende diensten naast de open source software. Bedrijven als Red Hat en SuSe passen naar behoefte van de klant de software aan, branden dit op CD-rom waarna het met garantie en handleiding verkocht wordt.²⁰⁵ In dit geval verkoopt men dus niet de software als zodanig maar wel ondersteunende supportdiensten. Dergelijke distributeurs houden zich daarnaast vaak bezig met consultancy en opleidingen op het gebied van implementatie van open source.

Een afwijkend voorbeeld van dit model is te vinden bij Digital Creations. Dit bedrijf ontwikkelde in 1998 het closed source programma Zope. De latere vrijgave van de broncode zag men vooral als een marketinginstrument om daarmee naar de buitenwereld aan te kunnen geven dat de werkelijke waarde van het bedrijf zit in de kennis en kunde van haar medewerkers.²⁰⁶ Men verkoopt nu vooral aangepaste applicaties waarvoor men Zope als basis gebruikt.

6.4.2 Dual licensing

In het *Dual licensing* model is de software onder twee verschillende licenties uitgebracht. De ene versie is verkrijgbaar onder een open source licentie en wordt verder ontwikkeld door een open source community terwijl de commerciële versie onder een iets afwijkende licentie verkocht wordt. Dit is uiteraard alleen mogelijk indien het bedrijf op de eerste versie de volledige auteursrechten heeft. De afwijkende bepaling in de commerciële licentie bestaat dan

< <http://www.zdnet.nl/news.cfm?id=43356&mxp=89>> (geraadpleegd: 1 maart 2005).

²⁰⁴ Gebaseerd op informatie van de CVS homepage < <http://www.cvshome.org> > (geraadpleegd: 1 Maart 2004).

²⁰⁵ Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002, p. 94-95.

²⁰⁶ Raymond 2001, p. 138.

bijvoorbeeld uit een verbod voor de licentienemer om de software verder te verkopen. De aanvullingen en verbeteringen welke voortvloeien uit de open source community gebruikt men vervolgens in de commerciële versie. Omdat veel afnemers van de software zekerheid en ondersteuning willen, zullen ze na een eerste kennismaking met de gratis open source versie toch kiezen voor de commerciële versie.²⁰⁷

Het gebruik van een open source licentie in een dergelijk model brengt echter ook risico's met zich mee. Zo kan het voorkomen dat gebruikers een zogenaamde 'fork' beginnen. Een fork is een afsplitsing van het originele project waarbij een nieuwe community wordt opgezet naast de reeds bestaande community. Een fork is compleet wanneer tussen de twee projecten onverzoenlijke verschillen bestaan. De projectleiding van het originele project heeft dan geen invloed meer op de verdere ontwikkeling.²⁰⁸

6.4.3 *Shared source licenties*

Bij 'shared source' wordt gebruik gemaakt van een licentie welke in haar bepalingen afwijkt van de standaard open source licenties. In de licentie kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat commercieel gebruik zonder betaling van een licentievergoeding verboden is. Ook is het mogelijk de software in een open vorm te leveren onder een licentie met een verloopdatum waarbij de software een jaar na de release of bij een faillissement van de leverancier onder de GPL zal vallen. De afnemers van de software zijn dan verzekerd van continuïteit omdat ze al in het bezit zijn van de broncode. Raymond noemt deze methode "Free the future, sell the present" waarbij hij softwareleverancier Alladin Enterprises als succesvol voorbeeld noemt.²⁰⁹

Een andere verschijningsvorm van dit model is te vinden bij softwareleverancier Sun. De Sun Community Source License (SCSL) wordt gebruikt bij de ontwikkeling van Jini en Java, twee commerciële Sun producten. Gebruikers ontvangen ook in dit geval de software met een open broncode welke ze vrij en naar eigen behoefte mogen aanpassen. De licentie geeft de leden van de Sun community een royalty-vrije licentie op basis van wederkerigheid. De leden moeten op hun beurt het recht geven aan Sun om royalty-vrij gebruik te kunnen maken van de aanpassingen en aanvullingen welke in de community beschikbaar worden gemaakt.²¹⁰ Bij commercieel gebruik van de software kan Sun echter wel een licentievergoeding vragen en is het de commerciële gebruikers niet toegestaan de software verder te verspreiden.

6.5 Handhaving

In hoofdstuk 5 gaf ik al aan dat het auteursrecht de mogelijkheden biedt om voorwaarden te verbinden aan het gebruik van open source software. Bij het niet nakomen van de licentievoorwaarden is het noodzakelijk om de auteursrechten te handhaven. Dit kan echter problematisch zijn indien er bij een project vele auteursrechthebbenden zijn.

Bij handhaving van licentievoorwaarden zijn in beginsel alle auteurs voor hun eigen bijdrage bevoegd om te handhaven. Het gezamenlijk samengestelde werk moet dan wel deelbaar zijn

²⁰⁷ Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002, p. 95

²⁰⁸ Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002, p. 21-22.

²⁰⁹ Raymond 2001, p. 139.

²¹⁰ St. Laurent 2004, p. 126.

in afzonderlijke beschermingswaardige bijdragen.²¹¹ Indien er echter sprake is van een gemeenschappelijk auteursrecht voor twee of meer personen op hetzelfde ondeelbare werk, dan kan elke auteursrechthebbende voor het gehele werk op grond van artikel 26 Aw het auteursrecht handhaven. In de meeste gevallen zitten deze programmeurs echter niet te wachten op het juridische steekspel dat volgt bij een handhavingsactie.²¹² Daarom spelen de overkoepelde projectorganisaties een belangrijke rol in de handhaving. De hiervoor in 5.2.1 besproken FSF staat bijvoorbeeld bekend als auteursrechtelijk handhaver van de GPL licentie.²¹³ Programmeurs die een bijdrage hebben geleverd aan een project worden door de FSF gevraagd hun auteursrecht aan hen over te dragen. Daarmee wordt een effectieve handhaving bevorderd.

Een ander vergelijkbaar voorbeeld is de Apache Software Foundation (ASF). Deze stichting is opgericht door IBM en is het juridische aanspreekpunt voor de Apache server software. Programmeurs die code willen bijdragen aan de software zijn verplicht om eerst een overeenkomst te tekenen waarin is opgenomen dat zij de auteursrechthebbende zijn van alle bijdragen voor het project en dat zij deze rechten overdragen aan de ASF.²¹⁴

Een totaal andere vorm van handhaving is te vinden bij het Open Source Initiative (OSI).²¹⁵ In de vorige paragraaf heb ik reeds beschreven dat er veel bedrijven kiezen voor een aangepaste licentie vorm. Hoewel de broncode van deze software als zodanig open is, mag er niet van uit worden gegaan dat de licentie daarmee ook ‘open source’ genoemd mag worden. Om aan te kunnen geven wat nu precies open source software is, schreef Bruce Perens²¹⁶ de ‘Open Source Definition’ wat een bewerking is van de eerder door hem opgestelde ‘Debian Free Software Guidelines’. De definitie bestaat uit een tiental voorwaarden waar een open source licentie aan zou moeten voldoen om te kunnen spreken van open source. Met deze definitie in de hand schreef men de naam “Open Source” in bij de merkenbureaus als collectief merk voor open source licenties. Een collectief merk dient niet om waren of diensten van een onderneming te onderscheiden, maar geeft een garantie voor de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen.²¹⁷ In dit geval gaat het om de garantie dat softwarelicentie daadwerkelijk voldoet aan de eigenschappen uit de open source definitie. De OSI is verantwoordelijk voor de promotie van open source en de handhaving van het collectief merk.

Tot slot speelt handhaving een rol in de situatie waarbij software in een open source product wordt verwerkt zonder dat de auteursrechthebbende daar toestemming voor heeft gegeven. Koelman denkt daarbij vooral aan de werknemer die een bijdrage levert terwijl de werkgever de auteursrechthebbende is.²¹⁸ De werkgever zou dan op grond van zijn auteursrecht de verdere verspreiding en gebruik van de software, althans het inbreukmakende deel daarvan, kunnen verbieden. Hiermee vergelijkbaar is naar mijn mening de situatie waarbij de bijdrage onder octrooirechtelijke bescherming valt. Ook in dat geval kan de octrooirechthebbende optreden en het gebruik verbieden. Om te voorkomen dat een project hierdoor volledig vastloopt bestaat de broncode in het algemeen uit afzonderlijke modules.²¹⁹ Hierdoor is het

²¹¹ Wichers Hoeth 2000, p. 319.

²¹² Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002, p. 79.

²¹³ Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002, p. 80.

²¹⁴ Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002, p. 83.

²¹⁵ Zie voor meer informatie over het OSI: <www.opensource.org>.

²¹⁶ Bruce Perens gaf leiding aan de Debian GNU/Linux distributie. Hij schrijft regelmatig essays over het onderwerp “open source” welke op zijn website <<http://perens.com>> te lezen zijn.

²¹⁷ Zie voor een beschouwing over collectieve merken: Wichers Hoeth e.a. 2000, p. 246-251.

²¹⁸ Koelman 2004, p. 232.

²¹⁹ Feller & Fitzgerald 2002, p. 76.

mogelijk om het inbreukmakende onderdeel te vervangen of te verwijderen waarna distributie en het verdere gebruik van de open source software kan worden voortgezet.²²⁰

6.6 Vrijwaring en aansprakelijkheid

Vrijwel alle softwareproducenten hebben vrijwaringsbepalingen in de licenties opgenomen waarmee de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van fouten in de software wordt uitgesloten. Hierbij doet zich geen verschil voor tussen leveranciers van open source software en leveranciers van gesloten software. Omdat een volledige behandeling van het aansprakelijkheidsrecht op software het bestek van deze scriptie te buiten zou gaan, zal ik mij hier beperken tot het aangeven van een paar hoofdlijnen:

- In Nederland is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mogelijk om bij opzet of grove schuld een beroep te doen op een vrijwaring. Iemand die doelbewust of door roekeloosheid ‘fouten’ heeft veroorzaakt in de software is dus altijd aan te spreken voor de daardoor ontstane schade.
- Indien de licentie vanuit een verbintenisrechtelijke hoek wordt gezien als een set algemene voorwaarden dan volgt uit artikel 6:233 sub a jo 6:237 sub f. BW dat van een dergelijk beding wordt vermoed dat deze onredelijk bezwarend is. Het beding is in dat geval vernietigbaar tenzij de licentiegever kan aantonen dat het beding niet onredelijk is. Visser noemt hierbij het “niet hoeven te betalen” voor software een belangrijke factor.²²¹
- Ingeval er sprake is van een consumentenkoop kan de afnemer proberen om de exoneration te vernietigen op grond van artikel 7:24 jo. 7:6 lid 1 jo. 3:40 lid 2 BW. De software moet in een dergelijk geval niet aan het conformiteitsvereiste voldoen uit artikel 7:17 BW alwaar is opgenomen dat een afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden.²²²
- Een andere regeling is de produktenaansprakelijkheid uit artikel 6:185 ev. BW. De vraag of software een product is in de zin van deze regeling is in de literatuur omstreven en zal ik verder buiten beschouwing laten.²²³ Wel volgt uit artikel 6:192 lid 1 BW dat de aansprakelijkheid van een producent voor schade veroorzaakt door een gebrek niet kan worden uitgesloten of beperkt.

Met betrekking tot de toepasbaarheid van deze hoofdlijnen bestaat er weinig tot geen verschil tussen open source en closed source software. In beide gevallen bestaan er leveranciers en distributeurs die tegen een extra vergoeding wel aansprakelijkheid voor fouten aanvaarden. Daarnaast bestaan er inmiddels dienstverleners die de aansprakelijkheid willen aanvaarden voor het geval het softwareproduct inbreuk maakt op rechten van derden. Dit nieuwe fenomeen noemt men de broncode verzekering.²²⁴

²²⁰ Aldus ook: Koelman 2004, p. 232.

²²¹ Visser 2004, p. 229.

²²² In paragraaf 5.2.2 heb ik reeds aangegeven dat software als drager, het corpus mechanicum, naar mijn mening gezien kan worden als ‘zaak’ in de zin van artikel 3:2 BW. Het is echter maar zeer de vraag of dit ook opgaat voor het zogenaamde corpus mysticum.

²²³ Voor verdere literatuur over dit onderwerp: Klaauw-Koops 2004, p. 138-150.

²²⁴ Zie: < <http://www.blackducksoftware.com> > (geraadpleegd 3 juli 2005).

Een verschil op het gebied van de aansprakelijkheid voor softwaregebreken zou zich hooguit voor kunnen doen tussen gratis software en niet-gratis software. Volgens Visser brengt het niet hoeven betalen voor de software namelijk met zich mee dat van de afnemer een zekere mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht met betrekking tot het doel waartoe het programma wordt gebruikt.²²⁵ Van Holst en van Mullem zijn van mening dat het al dan niet betalen voor software niet relevant is voor de beantwoording van de vraag of iemand aansprakelijk is voor een gebrek in de software.²²⁶ Wel zou het volgens hen van belang kunnen zijn voor de vaststelling van de hoogte van een redelijke schadevergoeding. Het aanbod van gratis te downloaden software kan naar mijn mening vergeleken worden met de situaties waarbij er sprake is van een rechtshandeling om niet.²²⁷ Men hoeft zich immers geen voordeel te laten opdringen en kan het aanbod van de software inclusief haar licentievoorwaarden verwerpen. Uit art. 7:183 lid 1 BW volgt verder dat een schenker alleen aansprakelijk is voor gebreken in het recht of voor feitelijke gebreken, wanneer hij deze niet heeft opgegeven ofschoon ze hem bekend waren.

²²⁵ Visser 2004, p. 229.

²²⁶ Holst & van Mullem 2004, p. 97.

²²⁷ Daaronder vallen ook schenking, kwijtschelding en omzetting van een natuurlijke verbintenis.

Hoofdstuk 7 Behoorlijk ICT-gebruik door open source

7.1 Inleiding

In de vorige twee hoofdstukken heb ik aangegeven welke de juridische en organisatorische structuren zijn van het open source concept. In dit hoofdstuk zal ik deze structuren toepassen op de in hoofdstuk 2 besproken problemen welke zich voor kunnen doen bij juridische kennissystemen. Daarbij zal ik de vraag beantwoorden of het open source concept een oplossing kan zijn voor de problemen. Daarna zal ik aangeven op welke wijzen de overheid met deze concepten kan omgaan en hoe zij zelf een open source community zou kunnen inrichten. Na een korte behandeling van de licentiekeuze voor de overheid, zal ik tot slot aandacht besteden aan enkele praktijkvoorbeelden en het programma ‘Andere Overheid’.

7.2 Toepassing op de probleemstelling

De in hoofdstuk 2 genoemde problemen met juridische kennissystemen doen zich allen voor op het gebied van de toegankelijkheid, de transparantie en de integriteit van overheidssystemen. Doordat er voor de gebruiker geen inzicht bestaat in de volledigheid, de consistentie en de betrouwbaarheid van het systeem is de kwaliteit van dergelijke systemen slecht controleerbaar. Er kan daarom door de overheid niet voldaan worden aan de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik. De problemen bestaan grofweg uit vier onderdelen welke ik hierna per onderdeel zal toetsen aan oplossingen uit het open source concept.

7.2.1 Integriteit en kwaliteit van systemen

- De kwaliteit van de systemen is slecht controleerbaar doordat er geen inzicht bestaat in de regelbestanden en de werking van het systeem.²²⁸

Het open source concept kan op dit punt oplossingen aandragen door de toegankelijkheid en transparantie van de broncode en de regelbestanden. Hierdoor ontstaan goede uitvoerbare mogelijkheden voor de validatie en de kwaliteitsverbetering van juridische kennissystemen. De gebruiker kan bij een open systeem te weten komen hoe het beslisprogramma in elkaar zit, welke denkstappen erin zijn opgenomen en welke juridische keuzes daarbij zijn gemaakt. Hij kan zelf de werking en de kwaliteit van het systeem controleren en eventueel verbeteren. Wel moet dan rekening worden gehouden met de verdere organisatievorm. Het is allereerst noodzakelijk om gebruikers te hebben die daadwerkelijk mee willen en kunnen helpen aan de kwaliteitsverbetering. Dit is echter niet voldoende indien deze gebruikers geen juridische en technische achtergrond hebben. De nuancering van Feller en Fitzgerald op de ‘wet van Linus’ lijkt hier van toepassing te zijn.²²⁹ Om de open systemen te kunnen valideren moeten er juristen zijn met een zekere kennis van ICT. De mogelijke organisatievorm van de kwaliteitsbewaking zal hierna in 7.3 verder besproken worden.

²²⁸ Zie 2.2 voor de probleemstelling.

²²⁹ Zie 6.3.1.

7.2.2 Integriteit en vertrouwen in het systeem

- De prestaties van het systeem worden onvoldoende gecontroleerd door de gebruikers waardoor verkeerde beslissingen worden genomen.²³⁰

Het open source concept is slechts een gedeeltelijke oplossing voor dit probleem. Gebruikers zullen wellicht anders tegen een juridisch kennissysteem aankijken indien zij de werking daarvan zien. Om deze werking te kunnen begrijpen zijn ook hier juristen met kennis van ICT nodig. Het valt echter niet met zekerheid vast te stellen of de gebruiker de uitkomsten van een open systeem wel gaat controleren. Hier zou nader sociaal-psychologisch onderzoek gewenst zijn. Wel heeft een kwaliteitsverbetering van de systemen indirect invloed op de oplossing van dit probleem. Een eindgebruiker zal waarschijnlijk sneller vertrouwen stellen in kennissystemen waarvan hij weet dat de validatie in goede handen is. Hij zal dan geen noodzaak meer zien om zelf de prestaties van het systeem te controleren. Indien zijn vertrouwen op het kennissysteem terecht is dan hoeft het ontbreken van deze controle echter geen onoverkomelijk probleem meer te zijn.

7.2.3 Beschikbaarheid en transparantie van de kennis

- Door de geslotenheid van systemen kan er niet voldaan worden aan openbaarheidsverplichtingen op grond van de Wob. De kennis is niet beschikbaar en transparant.²³¹

Open source biedt daadwerkelijk mogelijkheden voor de overheid om te voldoen aan de openbaarheidsverplichtingen. De overheid heeft bij open systemen de beschikking over de ‘bestuurlijke kennis’ en inzicht in het beslisprogramma en kan deze kennis op basis van de Wob beschikbaar stellen aan burgers of andere belangstellenden. Belangenorganisaties worden hierdoor in staat gesteld om als buitenstaander de kwaliteit van het systeem te onderzoeken. Men weet dan hoe het beslisprogramma in elkaar zit, welke denkstappen erin zijn opgenomen en welke juridische keuzen daarbij zijn gemaakt. Volgens Knubben zal de controleerbaarheid en de verifieerbaarheid van het overheidshandelen toenemen met als gevolg een hogere mate van vertrouwen in de overheid.²³²

7.2.4 Equality of arms

- Belanghebbenden hebben geen toegang tot het systeem waardoor er ongelijkheid ontstaat tussen burger en overheid.²³³

Het open source concept en het open content concept kunnen oplossingen geven voor dit ‘equality of arms’ probleem. Software toegankelijk maken voor derden kan voornamelijk gerealiseerd worden door middel van de juiste licentiebepalingen. Daarvoor is het in beginsel niet noodzakelijk dat een systeem in een open vorm wordt aangeboden. Dit zal echter wel afbreuk doen aan de hierboven genoemde voordelen van kwaliteitsverbetering en transparantie. Van belang is hierbij dat de auteursrechtgebende toestemming geeft voor deze openbaarmaking. De in 5.3 besproken Creative Commons Public License (CCPL) zou in dat

²³⁰ Zie 2.3 voor de probleemstelling.

²³¹ Zie 2.4 voor de probleemstelling.

²³² Knubben 2004, p. 239.

²³³ Zie 2.5 voor de probleemstelling.

geval een geschikte open content licentie zijn voor de toegankelijkheid van het kennissysteem in een gesloten vorm. Volgens Verkade is een actieve openbaarmaking van werken op grond van artikel 8 Wob ‘in the game’ indien het werk in opdracht van de overheid is gemaakt. De auteur had dan maar moeten afzien van de opdracht of een extra vergoeding moeten bedingen.²³⁴ Deze redenering is echter ook andersom te gebruiken. Indien de overheid voorziet dat zij het werk (actief) openbaar moet gaan maken op grond van de Wob dan had zij het auteursrecht maar moeten kopen van de auteursrechthebbende.

7.3 Overheidscommunity

Uit de in hoofdstuk 6 beschreven ervaringen met open source communities bleek reeds dat de organisatievorm van een open source project voor de validatie en de kwaliteitsverbetering van doorslaggevend belang is. Het is daarbij van belang om voldoende gekwalificeerde gebruikers te hebben die onder de juiste randvoorwaarden met een systeem kunnen werken.

Vanuit het gezichtspunt van de overheid kan men er voor kiezen om een nieuw kennissysteem te laten ontwerpen of in te kopen bij een externe softwareleverancier. Bij een dergelijke aanbesteding kan men op grond van het aanbestedingsrecht de beschikbaarheid van de broncode opnemen in de gunningscriteria.²³⁵ Voor de softwareleveranciers bieden de in 6.4 besproken businessmodellen genoeg mogelijkheden om de broncode en de regelbestanden inzichtelijk en toegankelijk te maken voor de gebruikers. Ook kan de overheid er voor kiezen om zelf de kennissystemen te ontwikkelen binnen een open source overheidscommunity. Daarvoor dient men uiteraard wel een aantal programmeurs en juridische experts aan te trekken om de ontwikkeling van het systeem in gang te zetten. In deze beide gevallen kan men de validatie en de kwaliteitsverbetering laten doen door de open source community of door middel van externe (wetenschappelijke) validatie. Ook eventuele tussenvormen zijn hierbij denkbaar.

7.3.1 Inrichtingsmodel

Voor het inrichtingsmodel van een overheidscommunity kan worden gekeken naar de eerder beschreven organisatievorm van de open source communities. Een samenwerking tussen overheden op gemeentelijk of provinciaal niveau op het gebied van ICT zou van start kunnen gaan door de oprichting van een projectorganisatie. Deze krijgt de verantwoordelijkheid voor research en development van een nieuw juridisch kennissysteem en is te beschouwen als de overkoepelende organisatie. Ook zou op dit niveau een eventuele aanbesteding kunnen plaatsvinden. Onder dit niveau werken de lagere overheden samen binnen een online community.

Bij toepassing van de open source organisatievorm op bijvoorbeeld een samenwerking tussen gemeenten zou dit het volgende schillenmodel opleveren:

1. Burgers en/of afdelingsmedewerkers die alleen gebruik maken van de software. Dit is de buitenste schil van de open source community. De mogelijkheid van gebruik door burgers voldoet aan het toegankelijkheidscriterium uit de in hoofdstuk 2 beschreven beginselen

²³⁴ Verkade 1993, p. 3.

²³⁵ Zie: < <http://www.ososs.nl/article.jsp?article=12330> > (geraadpleegd 4 juli 2005).

- van behoorlijk ICT gebruik. Wel is deze openbaarmaking uiteraard afhankelijk van het soort kennisdomein en van de begrenzing door het vertrouwelijkheids criterium.
2. Burgers en/of afdelingsmedewerkers die anderen door middel van een forum op de hoogte stellen van fouten in de software. Dit kunnen zowel juridisch inhoudelijke fouten in de productieregels zijn als ook fouten in de broncode.
 3. Juristen met ICT kennis en ICT medewerkers met een juridische achtergrond die ‘patches’ schrijven voor de geconstateerde fouten in broncode en regelbestanden.
 4. Gemeentelijk projectverantwoordelijken die zich actief bezig houden met de verdere ontwikkeling van de software. Zij hebben over het algemeen de mogelijkheid om veranderingen en aanpassingen in de software daadwerkelijk door te voeren.
 5. De projectleiding en de leden van de overkoepelende organisatie. Binnen deze schil werken de gemeenten samen aan research en development. Daarnaast zou op dit niveau een samenwerking mogelijk kunnen zijn met private partijen.

Voor de validatie en kwaliteitsverbetering zijn 2 en 3 de belangrijkste niveaus in dit model. Zonder voldoende gekwalificeerde gebruikers op een van deze niveaus zal dit open source model niet werken. In dat geval zal men dit niveau mogelijk moeten ‘outsourcen’ door middel van externe ontwikkeling en validatie.

7.3.2 *Licentiekeuze overheid*

Artikel 15b Aw maakt het mogelijk dat werken welke door de overheid openbaar zijn gemaakt niet langer door het auteursrecht beschermd kunnen worden. Deze werken vallen derhalve in het publiek domein, tenzij er bij de openbaarmaking een uitdrukkelijk voorbehoud is gemaakt. In de praktijk blijkt de overheid bijna altijd een voorbehoud op haar auteursrecht te maken.²³⁶ Dit recht blijkt bestuursorganen in staat te stellen hun bestanden te exploiteren en kan in zekere zin een belemmering zijn voor het hergebruik van deze informatie. Burgers kunnen daardoor wel informatie opvragen of ontvangen op grond van de Wob maar zijn vervolgens voor hergebruik gebonden aan licentievoorwaarden.

In de Europese Richtlijn ‘inzake het hergebruik van overheidsinformatie’ is opgenomen dat openbare lichamen hun auteursrechten op dusdanige wijze moeten uit oefenen dat hergebruik wordt vergemakkelijkt.²³⁷ De richtlijn geeft voorschriften over de wijze waarop het hergebruik van overheidsdocumenten door de lidstaten moet worden geregeld. Zo zijn ondermeer voorschriften opgenomen over het gebruik van licenties. Indien openbare lichamen een licentie vereisen voor het hergebruik van documenten, dan dienen de licentievoorwaarden billijk en transparant te zijn.²³⁸ De richtlijn laat de intellectuele eigendomsrechten van derde partijen onverlet en zal naar verwachting omgezet worden in een aanvulling op de Wob.

Indien de overheid er voor kiest om het auteursrecht aan zich voor te behouden om daarmee te voorkomen dat het werk in het publieke domein terecht komt, dient men dus een licentiekeuze te maken of zelf een licentie te ontwerpen. Om te voorkomen dat het materiaal buiten de overheid gebruikt gaat worden door marktpartijen kan men in de licentie beperkende voorwaarden tegen commercieel gebruik of verdere verkoop opnemen. De besproken GPL en de CCPL licenties kunnen daarbij als voorbeeld dienen. Wel moet rekening worden gehouden met de door mij geconstateerde beperkingen binnen deze licenties. De overheidslicentie dient

²³⁶ *Kamerstukken II* 1999–2000, 26 387, nr. 7 p. 13.

²³⁷ Richtlijn nr. 2003/98/EG (*PbEG* 2003, L 345/90), overweging 22.

²³⁸ Richtlijn nr. 2003/98/EG (*PbEG* 2003, L 345/90), overweging 17.

zowel de toegankelijkheid als de transparantie te waarborgen. De keuze voor een definitieve licentie zal uiteindelijk maatwerk moeten zijn. Wel is het aan te bevelen dat de overheid zoveel mogelijk gebruik maakt van standaard licenties waardoor er onderling niet te veel afwijkingen zijn.

7.4 Praktijkvoorbeelden

Lagere overheden zijn voor ICT-beleid, software-ontwikkeling en validatie aangewezen op samenwerking met andere overheden en marktpartijen. Voorbeelden van samenwerking op het gebied van ICT zijn ondermeer te vinden bij de waterschappen. Een aantal van deze decentrale functionele overheden gaan binnen “Het Waterschapshuis” samenwerken aan een stroomlijning en standaardisatie van systemen en software binnen de waterschappen.²³⁹ Vanaf 2006 moet deze community volledig operationeel gaan worden waarna men wil doorgroeien naar een toekomst waarin nieuwe architectuurwensen kunnen worden opgepakt. Een andere doelstelling van deze community is het via internet digitaal aanbieden van overheidsproducten, -diensten en -documenten aan de burger om daarmee meer transparantie te bieden.

Een ander voorbeeld is te vinden bij de Belastingdienst. Het Centrum voor ICT (B/CICT) in Apeldoorn ontwikkelt, beheert en controleert de volledige automatisering van de Belastingdienst. De eigen medewerkers houden zich bezig met het ontwerpen, bouwen, inkopen, testen, aanpassen, implementeren, onderhouden en exploiteren van de geautomatiseerde processen bij de belastingdienst.²⁴⁰ Hoewel men een groot aantal fiscaaljuridische kennissystemen en rekenprogramma's online heeft gezet en op die wijze actief openbaar maakt, geeft men daarbij niet de mogelijkheid aan gebruikers om de gebruikte broncode en kennisregels in te zien.

Dat het ook anders kan bewijzen het ministerie van Justitie en het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het Nederlands Forensisch Instituut (NFI) is een onderdeel van het ministerie van Justitie en heeft eind 2004 eigen ontwikkelde software onder een open source licentie gepubliceerd.²⁴¹ Andere onderzoeksorganisaties kunnen deze software daardoor ook gebruiken en verder ontwikkelen. Hierdoor ontstaan nieuwe aanvullingen waardoor de software kwalitatief beter kan worden. Daarnaast maakt de organisatie zelf ook gebruik van door anderen ontwikkelde open source software.²⁴² Ook de broncode van de stemdienst Kiezen Op Afstand (KOA) is in 2004 door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties onder de GPL licentie openbaar gemaakt en op internet gezet.²⁴³ Het ministerie heeft hiervoor het auteursrecht verworven van de in Nijmegen door de Security of Systems onderzoeksgroep ontworpen software.²⁴⁴ Het belangrijkste argument voor het open source maken was de bevordering van de transparantie.

²³⁹ Zie: <<http://www.waterschapshuis.nl>> (geraadpleegd 5 juli 2005).

²⁴⁰ Zie: <<http://www.centrumvoorict.nl>> (geraadpleegd 5 juli 2005) .

²⁴¹ TULP2G onder de BSD-licentie.

²⁴² Zie: <<http://www.ososs.nl/article.jsp?article=14641>> (geraadpleegd 5 april 2005).

²⁴³ Zie: <<http://www.ososs.nl/article.jsp?article=9698>> (geraadpleegd 5 april 2005).

²⁴⁴ Zie voor meer informatie over de SoS: <<http://www.niii.ru.nl/sos/research/index.html>>.

7.5 Toekomstvisie e-Government

Het actieprogramma 'Andere Overheid' is een programma van het kabinet met als doel de hele overheid efficiënter en beter te laten werken.²⁴⁵ Het programma bestaat uit zesenvijftig verbeteracties en initiatieven welke verdeeld zijn over vijf actielijnen:

1. De overheid gaat haar dienstverlening aan de burger verbeteren;
2. De overheid gaat de bureaucratie verminderen;
3. De overheid gaat zichzelf intern beter organiseren;
4. Rijk, provincies en gemeenten moeten meer en beter samenwerken;
5. De overheid gaat beter luisteren naar de burgers.

Eén van de belangrijkste thema's binnen deze actielijnen is de gezamenlijke realisatie en verbetering van elektronische dienstverlening. Een goed gebruik van ICT biedt volgens het kabinet nieuwe kansen voor openbaarheid, transparantie, responsiviteit en het afleggen van verantwoording door de overheid. In de notitie 'Op weg naar de elektronische overheid' heeft het kabinet beschreven op welke wijze de architectuur van de elektronische overheid er uit zou moeten zien.²⁴⁶

Zo streeft het kabinet er naar dat in 2007 minimaal 65% van de publieke dienstverlening van rijk, provincies en gemeenten plaats kan vinden via het internet. In datzelfde jaar wil men ook de wettelijk verplichte openbaarmaking op elektronische wijze mogelijk maken.²⁴⁷ Dit begint bij het elektronisch beschikbaar stellen van informatie over documenten, diensten en producten van de overheid.²⁴⁸ De overheid moet daarbij inzichtelijk kunnen maken wat haar prestaties zijn om zodoende aan burgers en bedrijven de mogelijkheid te geven tot een beoordeling van die prestaties te komen.²⁴⁹

Daarnaast streeft men naar een samenwerking tussen de overheden op het gebied van de ontwikkeling van ICT voorzieningen. Gezamenlijke ontwikkeling heeft volgens het kabinet onmiskenbaar kostenvoordelen en zij maakt een beter dienstverlening mogelijk.²⁵⁰ Ook moet er samenhang worden aangebracht tussen de reeds lopende activiteiten van afzonderlijke overheidsonderdelen. Het kabinet ziet het daarom als een uitdaging om bestuurlijke arrangementen te treffen die het mogelijk maken om de kansen die ICT biedt maximaal te benutten.²⁵¹

Voor zowel de nagestreefde openbaarmaking via het internet als de samenwerking op het gebied van ICT ontwikkeling kan naar mijn mening gebruik worden gemaakt van open source en open content concepten. De door mij beschreven concepten bieden hiervoor nu reeds de juridische en organisatorische mogelijkheden. Zo kan de toegankelijkheid van bestuurlijke software en de openbaarmaking van bestuurlijke kennis via het internet plaatsvinden door gebruik te maken van open content licenties. De inzichtelijkheid en transparantie van die kennis kan men juridisch waarborgen door het opnemen van open source bepalingen in de

²⁴⁵ Zie: < <http://www.andereoverheid.nl> > (geraadpleegd 21 juli 2005).

²⁴⁶ Zie: < http://www.minbzk.nl/contents/pages/8995/notitie_el_overheid2_06_04.pdf > (geraadpleegd 21 juli 2005).

²⁴⁷ *Op weg naar de elektronische overheid* 2004, p. 20.

²⁴⁸ *Op weg naar de elektronische overheid* 2004, p. 4.

²⁴⁹ < <http://www.andereoverheid.nl/AndereOverheid/Web/Het+Programma/Elektronische+overheid.htm> > (geraadpleegd 21 juli 2005).

²⁵⁰ *Op weg naar de elektronische overheid* 2004, p. 2.

²⁵¹ *Op weg naar de elektronische overheid* 2004, p. 13.

licentie. Voor de samenwerking op het gebied van de ICT ontwikkeling kan worden gekeken naar de organisatiemodellen van open source gemeenschappen. Het in paragraaf 7.3.1 beschreven inrichtingsmodel van een overheidscommunity kan worden gezien als een innovatief bestuurlijk arrangement waarbij er niet alleen sprake is van een mogelijke kostenbesparing maar ook van een mogelijke kwaliteitsverbetering.

Concluderend zou de overheid er naar moeten en kunnen streven om in 2008 een groot deel van haar juridische kennissystemen te laten ontwikkelen en onderhouden binnen een open source gemeenschap en deze systemen voor burgers en bedrijven via het internet actief toegankelijk en transparant te maken.

Conclusie

In Nederland worden steeds meer juridische besluiten op geautomatiseerde wijze genomen. De overheid maakt daarbij ondermeer gebruik van juridische kennissystemen. Deze systemen zijn veelal opgebouwd uit een kennisbank, een redeneermechanisme en een gebruikersinterface. In deze kennisbank is de kennis van het systeem opgenomen welke bijvoorbeeld kan bestaan uit wet en regelgeving, beleidsregels of jurisprudentie. De gebruikte kennis kan op verschillende wijzen in een representatief formalisme worden weergegeven. Zo wordt bijvoorbeeld gebruik gemaakt van productieregels, beslissingsbomen en beslissingstabellen. Voor de bestudering van een dergelijk formalisme is geen grondige kennis van informatica nodig omdat het schema van denkstappen ook door een niet-informaticus kan worden doorgrond.

In de meeste gevallen worden juridische kennissystemen ontworpen en onderhouden door commerciële bedrijven die op de software het intellectueel eigendomsrecht bezitten. Door het gebruik van deze rechten kunnen de softwareleveranciers voorkomen dat de broncode van het systeem en de gebruikte juridische kennisregels openbaar worden gemaakt. Hierdoor zijn ze in staat om een eventuele voorsprong op concurrenten te behouden en om de klant te binden. Dergelijke software noemt men ook wel closed source.

De beslotenheid en ontoegankelijkheid van closed source juridische kennissystemen staat op gespannen voet met drie van de zes beginselen van behoorlijk ICT-gebruik. Daarbij gaat het om de transparantie, de integriteit en de toegankelijkheid van ICT systemen. Voor een transparant systeem moeten de werking en gevolgde redeneringen van een toepassing inzichtelijk en begrijpelijk zijn. Belanghebbenden moeten kunnen zien welke stappen zijn doorlopen om tot een bepaalde conclusie te komen. De eis van integriteit heeft betrekking op de inhoudelijke kwaliteit van ICT systemen. Een integer juridisch kennissysteem moet inhoudelijk correct en volledig zijn. De gebruiker moet op de output kunnen vertrouwen. De eis van de toegankelijkheid ziet ondermeer op de vrijheid om informatie uit ICT systemen te kunnen ontvangen. Dit heeft ook zijn weerslag op de openbaarheid welke de overheid op grond van de Wet openbaarheid van bestuur bij de uitvoering van haar taken moet betrachten.

Gebleken is dat sommige leveranciers van beslissingsondersteunende kennissystemen geen verantwoordelijkheid nemen voor de juridische kwaliteit van de eindbeslissing. De gebruiker van het systeem blijft zelf verantwoordelijk en zou in dat geval zelf eventuele tekortkomingen in de kwaliteit van het systeem moeten kunnen ontdekken. Indien de gebruikers echter niet het vereiste kennisniveau hebben om zonder het systeem tot een beslissing te kunnen komen, hoeft ook niet verwacht te worden dat ze de kennis bezitten om van een gesloten systeem de juridische kwaliteit te controleren. Door het ontbreken van inzicht in de regelbestanden en de werking van het systeem is het ook voor gebruikers met een voldoende kennisniveau niet mogelijk om zonder de medewerking van de leverancier de kwaliteit van het kennissysteem te controleren en eventueel te verbeteren.

Ondanks het gebrek aan transparantie en de daaruit voortvloeiende onmogelijkheid om de integriteit van het systeem te controleren, zien de meeste eindgebruikers de adviezen van een juridisch kennissysteem als objectief en rationeel en hebben ze bijna blindelings vertrouwen in de kwaliteit van het systeem. Juridische kennissystemen zijn kennelijk overtuigende adviseurs, zelfs indien zij een onjuist of onvolledig advies geven. De prestaties van het systeem worden hierdoor onvoldoende gecontroleerd door de gebruikers waardoor verkeerde beslissingen kunnen worden genomen.

Door de geslotenheid van de kennisbank kan er door overheden niet zonder meer worden voldaan aan mogelijke openbaarheidsverplichtingen die zij heeft op grond van de Wob. De bestuurlijke kennis is daarmee voor de burgers en bedrijven niet toegankelijk en daarmee niet transparant. Auteursrechthebbenden kunnen door levering van gesloten kennissystemen de openbaarheid van de Wob doelbewust frustreren. Verder blijkt er bij de overheid geen eenduidig landelijk beleid te zijn met betrekking tot de toegankelijkheid en beschikbaarheid van software waarmee de kennis kan worden ingezien. Het gevolg kan zijn dat een burger of een bedrijf een niet te overbruggen kennisachterstand heeft in zijn contacten met de overheid.

Om een transparante overheid te kunnen zijn die voldoet aan de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik is het noodzakelijk om oplossingen te vinden voor de hierboven genoemde problemen. Diverse schrijvers hebben de afgelopen jaren suggesties gedaan waarbij openbaarheid en transparantie van de systemen het meest wordt genoemd. Deze suggesties lijken echter haaks te staan op de belangen welke een softwareleverancier heeft bij het commercieel uit kunnen baten van zijn intellectuele eigendomsrechten. Voor deze voorgestelde openheid en transparantie zal een uitwerking moeten worden gevonden waarbij rekening kan worden gehouden met de rechten van intellectuele eigendom. Ik heb daarom onderzocht of aan de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik tegemoet kan worden gekomen door de juridische en organisatorische toepassing van zogenaamde open source concepten.

Open source software heeft als belangrijkste kenmerk dat de broncode vrij beschikbaar is. In het bijbehorende licentiemodel is het intellectueel eigendom dusdanig geregeld dat de licentienemer onder een aantal voorwaarden de broncode mag inzien, verbeteren, aanvullen en distribueren. Ondanks de openheid en vrije beschikbaarheid van de broncode bestaan er voor het bedrijfsleven vele mogelijkheden om inkomsten te verwerven met open source software. Open source hoeft dan ook niet per definitie gratis te zijn.

Het open source model heeft tevens de basis gelegd voor de open content beweging. Het gaat daarbij om het door auteursrechthebbenden aan derden beschikbaar stellen van wetenschappelijke werken, film, literatuur, muziek, fotografie en andere creatieve werken. Men gebruikt hierbij een licentiemodel welke onder bepaalde voorwaarden het recht verleent aan de derde om werken te kopiëren dan wel op andere manieren te gebruiken zonder toestemming te hoeven vragen en zonder auteursrechten te hoeven betalen.

Open source licenties stellen de softwaregebruikers voor een zeker dilemma. Bij het niet nakomen van de voorwaarden zal de licentie-overeenkomst automatisch vervallen. Het verdere gebruik van de software is dan niet meer toegestaan. De gebruiker die zich beroept op het ontbreken van aanvaarding van de licentievoorwaarden en daarmee aangeeft dat er geen overeenkomst bestaat tussen hem en de licentiegever, doet tevens een beroep op de 'default' status van het auteursrecht. Daarmee is de gebruiker weliswaar niet gehouden aan de restricties welke mogelijk volgen uit de afgewezen licentievoorwaarden maar bevindt hij zich tevens in een situatie waarbij het hem op grond van de Auteurswet in het geheel niet toegestaan is om het werk te verveelvoudigen of te openbaren zonder toestemming van de rechthebbende.

Op juridische kennissystemen kunnen verschillende intellectueel eigendomsrechtelijke regimes van toepassing zijn. Zo is de softwareregime uit de Auteurswet van toepassing op het redeneermechanisme en de interface van de kennissystemen. Daarnaast bestaan er systemen welke de te gebruiken kennis ophalen uit een databankachtige gegevensverzameling waardoor

zowel het softwareregime als het databankenrecht op deze systemen als geheel van toepassing is. Tot slot zijn er kennissystemen waarvan de gebruikte databankstructuur voldoet aan de auteursrechtelijke oorspronkelijkheidstoets en daarom tevens onder het standaard auteursrecht valt. Bij de toepassing van een open source of open content licentie op juridische kennissystemen moet voor een optimale werking van deze licenties rekening worden gehouden met verschillende auteursrechtelijke en databankrechtelijke regimes.

Van de CCPL en de GPL, respectievelijk een open content licentie en een open source licentie, heb ik onderzocht of deze voldoende rekening houden met de verschillende regimes. Voor het beschikbaar stellen van de kennisbestanden lijkt de CCPL zich door speciale databankbepalingen uitstekend te lenen. Indien de kennisbestanden onder het auteursrecht zouden vallen dan zou deze uitkomst feitelijk niet anders zijn vanwege de reikwijdte van de CCPL. Ook de vrije beschikbaarstelling van het kennissysteem als software zou in beginsel onder de voorwaarden van de licentie mogelijk zijn. Hierdoor ontstaan mogelijkheden om te kunnen voldoen aan de eis van de toegankelijkheid. Daarentegen moet ook geconstateerd worden dat de CCPL een aantal beperkingen heeft door het ontbreken van specifieke bepalingen over de openheid van broncode. Hierdoor kan dit model geen waarborg geven voor de transparantie van het kennissysteem. De open source licentie GPL zich laat zich ongeacht verschillende regimes altijd toepassen op kennissystemen en kennisbestanden. Door de bepalingen in artikel 3 GPL is de vereiste transparantie van broncode namelijk ook toepasselijk op de bewerkbare vorm van andere “werken”. Regelbestanden moeten op basis van deze bepaling transparant en open zijn. Hierdoor ontstaan mogelijkheden om te kunnen voldoen aan de eis van de transparantie. Daarentegen moet ook geconstateerd worden dat de GPL een mogelijke beperking heeft door het ontbreken van specifieke bepalingen over het databankrechtelijke distributierecht. Hierdoor kan dit model in tegenstelling tot de CCPL geen volledige waarborg geven voor de vrije toegankelijkheid van de kennisbestanden. Ik ben daarom tot de conclusie gekomen dat zowel de CCPL als de GPL in ongewijzigde vorm niet geschikt zijn als waarborg voor zowel de toegankelijkheid als de transparantie van juridische kennissystemen. Wel ben ik van mening dat de toegankelijkheid en de transparantie met behulp van copyleft-licenties kan worden gerealiseerd. De keuze voor een door de overheid te gebruiken licentie zal uiteindelijk maatwerk moeten zijn waarbij de CCPL en de GPL als voorbeeld kunnen dienen.

Om te kijken of en hoe deze toegankelijkheid en transparantie kan leiden tot een eventuele kwaliteitsverbetering van juridische kennissystemen, heb ik gekeken naar de ervaringen van zogenaamde open source communities. Daarbij gaat het om een decentrale ontwikkelmethode waarbij de gebruikers en de programmeurs van software in online communities samen werken aan controle, uitbreiding en verbetering van de broncode. De meest ongecompliceerde weg naar snelle verbetering van de code is door de gebruikers van de software te beschouwen als mede-ontwikkelaar. Gebruikers kunnen meehelpen om code te verbeteren, problemen te diagnosticeren en suggesties doen voor oplossingen. De openheid van de code maakt het voor gebruikers mogelijk om exact aan te geven waar zich een fout voordoet. Hierdoor zijn de ontwikkelaars minder tijd kwijt met het zoeken naar de fout en zal er sneller aan een oplossing gewerkt kunnen worden. Uit de ervaringen bij de Linux community blijkt dat kwaliteitsverbetering allereerst het gevolg is van het hebben van voldoende gebruikers die kunnen en willen meehelpen aan de gezamenlijke ontwikkeling van software. Daarnaast is het echter ook van belang dat deze gebruikers voldoende kennis van zaken hebben.

Bij toepassing van mijn bevindingen op de vier te onderscheiden onderdelen uit de probleemstelling ben ik tot de volgende deelconclusies gekomen:

- Door de toepassing van open source concepten is de kwaliteit van de kennissystemen beter controleerbaar doordat er volledig inzicht mogelijk is in de regelbestanden en de werking van het systeem. De gebruiker kan controleren hoe het beslisprogramma in elkaar zit, welke denkstappen erin zijn opgenomen en welke juridische keuzen daarbij zijn gemaakt. Deze kan zelf of samen met anderen de kwaliteit van het systeem onderzoeken en verbeteren. Een dergelijke validatie en de ontwikkeling van kennissystemen is eventueel organisatorisch onder te brengen in een open source overheidscommunity.
- Het open source concept is slechts een gedeeltelijke oplossing voor het probleem dat prestaties van het systeem onvoldoende worden gecontroleerd door de gebruikers. Het valt niet met zekerheid vast te stellen of de gebruiker de uitkomsten van een open systeem wel gaat controleren. Hier zou derhalve nader sociaal-psychologisch onderzoek gewenst zijn. Wel is het aannemelijk dat gebruikers anders tegen een juridisch kennissysteem aan zullen kijken indien zij de werking en de mogelijke onvolkomenheden kunnen zien. Om deze werking te kunnen begrijpen zijn juristen met ICT kennis nodig.
- Open source biedt mogelijkheden voor de overheid om te voldoen aan haar wettelijke openbaarheidsverplichtingen. De overheid heeft bij open systemen de beschikking over de ‘bestuurlijke kennis’ en inzicht in het beslisprogramma. Zij kan deze kennis op basis van de Wob beschikbaar stellen aan burgers of andere belangstellenden.
- Het open source en het open content concept kan een oplossing zijn voor het ‘equality of arms’ probleem dat ontstaat indien bepaalde software niet toegankelijk is voor burgers. Software openbaar toegankelijk maken kan voornamelijk gerealiseerd worden door middel van de juiste licentiebepalingen. Daarvoor is het in beginsel niet noodzakelijk dat een systeem in een open vorm wordt aangeboden. De open content licenties bieden hier voldoende mogelijkheden toe. De geslotenheid van de software zal echter wel afbreuk doen aan de hierboven genoemde voordelen van kwaliteitsverbetering en transparantie.

De eindconclusie op de onderzoeksvraag moet dan ook zijn dat bij de toepassing van open source concepten door de overheid inderdaad tegemoet kan worden gekomen aan de beginselen van behoorlijk ICT-gebruik.

Het toepassen van deze open source concepten past bovendien in de toekomstvisie van het kabinet op de verdere ontwikkeling van e-Government. Zo streeft het kabinet er naar dat in 2007 minimaal 65% van de publieke dienstverlening van rijk, provincies en gemeenten plaats kan vinden via het internet. In datzelfde jaar wil men ook de wettelijk verplichte openbaarmaking op elektronische wijze mogelijk maken. Daarnaast streeft men naar een samenwerking tussen de overheden op het gebied van de ontwikkeling van ICT voorzieningen. Voor zowel de nagestreefde openbaarmaking via het internet als de samenwerking op het gebied van ICT ontwikkeling kan naar mijn mening gebruik worden gemaakt van open source en open content concepten. De door mij beschreven concepten bieden hiervoor nu reeds de juridische en organisatorische mogelijkheden. Concluderend ben ik daarom van mening dat de overheid er naar zou moeten en kunnen streven om reeds in 2008 een groot deel van haar juridische kennissystemen te laten ontwikkelen en onderhouden binnen een open source gemeenschap en deze systemen voor burgers en bedrijven via het internet actief toegankelijk en transparant te maken.

Literatuurlijst

Backx 1988

A. Backx, 'Wet openbaarheid van bestuur en auteurswet', *Informatierecht/AMI* 1988-2, p. 30-32.

Bakels 2003

R.B. Bakels, 'Van software tot erger: op zoek naar de grenzen van het octrooirecht', *IER* 2003, p. 213-221.

Bergfeld 2004

J.P. Bergfeld, 'Toegang tot overheidsinformatie' in: H. Franken, H.W.K.Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 509-539.

Damen e.a. 2003

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Dijkstra 2000

J.J. Dijkstra, 'User interaction with legal knowledge-based systems' in: J. Breuker, R. Leenes & R. Winkels (red.), *Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2000: The Thirteenth Annual Conference*, Amsterdam: IOS Press 2000, p. 11-21.

Empel & Geerts 2002

G. van Empel & P.G.F.A Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2002.

Engers 2004

T.M. van Engers, *Goed geregeld? Het recht als ontwerpvraagstuk*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2004.

Feller & Fitzgerald 2002

J. Feller & B. Fitzgerald, *Understanding open source software development*, London: Addison-Wesley 2002.

Franken 2004

H. Franken, 'Juridisch theoretische achtergronden' in: H. Franken, H.W.K.Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 35-76.

Groothuis & Svensson 2000

M. Groothuis & J.S. Svensson, 'Expert system support and juridical quality' in: J. Breuker, R. Leenes & R. Winkels (red.), *Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2000: The Thirteenth Annual Conference*, Amsterdam: IOS Press 2000, p. 1-10.

Groothuis 2005

M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Holst & van Mullem 2004

W.H. van Holst & N.K. van Mullem, 'De (on)geldigheid van de GPL', *JAVI*, 2004-3, p. 94-99.

Hoorn 2002

E. Hoorn, 'Ook een CD-rom voor de verdediging?', *Ars aequi*, 2002-9, p. 703-707.

Klaauw-Koops 2004

F.A.M. van der Klaauw-Koops, 'Productenaansprakelijkheid', in: H. Franken, H.W.K.Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 138-150.

Knubben 2004

B.S.J. Knubben, 'Van overheid en openheid', *Computerrecht*, 2004-38, p. 237-241.

Koelman 2000

K.J. Koelman, 'Terug naar de bron: open source en copyleft', *Informatierecht/AMI*, 2000-8, p. 149-155.

Koelman 2004

K.J. Koelman, 'Brothers in arms: open source en auteursrecht', *Computerrecht*, 2004-36, p. 230-233.

Linden-Smith 2000

T. van der Linden-Smith, *Een duidelijk geval: geautomatiseerde afhandeling*, Den Haag: Sdu uitgevers 2000.

Lodder & Oskamp 2004

A.R. Lodder & A. Oskamp, 'Informatietechnologie en AI voor juristen' in: H. Franken, H.W.K.Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 619-658.

Lodder & Oskamp 2005

A.R. Lodder & A. Oskamp, 'ICT-toepassingen in het strafrecht', in: B.J. Koops (red.), *Strafrecht en ICT*, Den Haag; Sdu uitgevers 2005, p. 228-234.

Noortwijk 1990

C. van Noortwijk, 'Criteria in the JURICAS project', in: D. Kracht, C.N.J. de Vey Mestdagh & J.S. Svensson (red.), *Legal knowledge based systems. An overview of criteria for validation and practical use*, Lelystad: Vermande 1990, p. 36-42.

Op weg naar de elektronische overheid 2004

Op weg naar de elektronische overheid, WWW

< http://www.minbzk.nl/contents/pages/8995/notitie_el_overheid2_06_04.pdf >

(geraadpleegd 21 juli 2005)

Paapst & de Vink 2005

M.H. Paapst & M. de Vink, *Rechtsvragen online. Vervolgonderzoek elektronische rechtshulp* (Verslag Multidisciplinair onderwijs Rijksuniversiteit Groningen, sectie Recht & ICT) 2005.

De Pous 2004

V. A. de Pous, *Open source software en politiek*, WWW

< <http://www.depous.com/DEPOUS-OSSP.pdf> >, publicatie september 2004.

Petty & Cacioppo 1986

R.E. Petty & J.T. Cacioppo, *Communication and persuasion, central and peripheral routes to attitude change*, New York: Springer 1986.

Preter & Dekeyser 2004

Chr. De Preter & H. Dekeyser, 'De totstandkoming en draagwijdte van open source-licenties', *Computerrecht*, 2004-33, p. 216-220.

Raymond 2001

E.S. Raymond, *The cathedral and the bazaar*, Sebastopol: O'Reilly 2001.

Snellen 2003

I.Th.M. Snellen, *Naar een verbeterde ICT-huishouding van de overheid*, WWW <<http://www.rfv.nl/help/rob-publicaties/overige-publicaties/2004/verslag-symposium-trias-informatica.htm>>, publicatie januari 2004.

St. Laurent 2004

A.M. St. Laurent, *Understanding open source & free software licensing*, Sebastopol: O'Reilly media 2004.

Svensson 2002

J.S. Svensson, 'The use of legal expertsystems in administrative decision making' in: Åke Grönlund (red.), *Electronic Government: Design, Applications and Management*, Hershey (etc.): Idea Group Publishing 2002, p. 1-20.

Thole 1996

E.P.M. Thole, 'de juridische kwalificatie van de aanschaf van software' in: H. Struik e.a., *10 jaar IT en recht: verleden, heden en toekomst*, Alphen aan den Rijn: Samson's bedrijfsinformatie 1996, p. 29-53.

Valgaeren 2004

E. Valgaeren, 'Open source-code en octrooien-van copyleft naar patent-left', *Computerrecht*, 2004-37, p. 233-237

Van der Hof 1997

S. van der Hof, *Overheidsinformatie in de etalage (IteR nr. 5)*, Alphen aan den Rijn: Samson's bedrijfsinformatie 1997

Van der Steur 2003

J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten*, diss. Leiden 2003.

Verkade 1993

D.W.F. Verkade, 'Wob en auteursrecht', *Mediaforum* 1993-1, p. 2-6

Verkade 2004

D.W.F. Verkade, 'Intellectuele eigendom', in: H. Franken, H.W.K.Kaspersen & A.H. de Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 227-289.

Vey Mestdagh 1999

C.N.J. de Vey Mestdagh, 'Validatie van juridische informatiesystemen', in: A. Oskamp & A.R. Lodder (red.), *Informatietechnologie voor juristen. Handboek voor de jurist in de 21ste eeuw*, Deventer: Kluwer 1999, p. 161-178.

Vey Mestdagh, Dijkstra & Oskamp 2002

C.N.J. de Vey Mestdagh, J.J. Dijkstra & A.Oskamp, 'Kwaliteitsbewaking van juridische informatie- en kennistechnologie', in: A. Oskamp & A.R. Lodder (red.), *Informatietechnologie voor juristen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 137-163.

Visser 2004

E.N.M. Visser, 'GNU General Public License – All rights reversed?', *Computerrecht*, 2004-33, p. 226-229.

Wendel de Joode, de Bruijn & van Eeten 2002

R. van Wendel de Joode, J.A. de Bruijn & M.J.G. van Eeten, *Protecting the Virtual Commons*, Den Haag: T.M.C. Asser 2003.

Wichers Hoeth 2000

L. Wichers Hoeth / Ch. Gielen & N. Hagemans (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.