

---

# Openbaarheid

T.A. Schiphof

---

|      |                                                                         |         |
|------|-------------------------------------------------------------------------|---------|
| 1.   | Inleiding                                                               | 1530- 3 |
| 2.   | Informatiemonopolies versus informatievrijheid                          | 1530- 3 |
| 3.   | Archiefwet 1995                                                         | 1530- 4 |
| 4.   | Beperkingen in de Archiefwet 1995: de grote lijnen                      | 1530- 5 |
| 5.   | Beperkingen ten aanzien van particuliere archieven                      | 1530- 5 |
| 6.   | De relatie Archiefwet 1995 – Wbp                                        | 1530- 6 |
| 7.   | Wet openbaarheid van bestuur                                            | 1530- 6 |
| 7.1. | Grondwettelijke basis, verhouding tot andere wetten                     | 1530- 7 |
| 7.2. | Wob en ‘openbaarheid’                                                   | 1530- 7 |
| 7.3. | Beperkingen in de Wob                                                   | 1530- 8 |
| 7.4. | Wetsvoorstel ‘Nieuwe Wet openbaarheid van bestuur’                      | 1530- 8 |
| 8.   | Auteursrecht en ‘openbaar maken’                                        | 1530-10 |
| 9.   | Licenties; Creative Commons                                             | 1530-12 |
| 10.  | Uitzonderingen – beperkingen van het auteursrecht m.b.t. openbaarmaking | 1530-12 |
| 11.  | Wet bescherming persoonsgegevens                                        | 1530-13 |
| 12.  | Afsluiting                                                              | 1530-14 |



## 1. Inleiding

De woorden ‘openbaar’ en ‘openbaarheid’ komen vaak en in veel verschillende betekenissen voor: openbare orde, openbare gebouwen, openbaarheid van bestuur. Deze bijdrage onderzoekt het juridische begrip ‘openbaarheid’ en afgeleide woorden met betrekking tot documentaire informatie: informatie die op de een of andere manier is vastgelegd. Is er een definitie te geven van deze betekenis van het woord? Bestaat absolute openbaarheid? En als informatie in de openbaarheid is gebracht, mag deze dan onbelemmerd verder verspreid worden? Kan iets meer of minder openbaar zijn? Wat voor soort criterium is ‘openbaarheid’ eigenlijk?

In het navolgende zal ik laten zien dat openbaarheid geen vastomlijnd criterium is waar een heldere, algemene definitie van bestaat. Men zou kunnen denken dat de wetgever voor verschillende regelingen waarin de term gebruikt wordt eenzelfde definitie hanteert, maar dat blijkt niet zo te zijn. De reikwijdte van de term hangt sterk af van het doel van de regeling, en zelfs binnen eenzelfde regeling zijn verschillende invullingen waar te nemen. Dat het doel van een regeling van invloed is kan worden geïllustreerd met het volgende voorbeeld. Openbaarheid wordt in de Archiefwet 1995 in verband gebracht met onder meer een inzagemogelijkheid. In contrast daarmee wordt in het auteursrecht het voor inzage ter beschikking stellen (zoals bibliotheken en archiefdiensten doen) *niet* als een openbaarmakingshandeling gezien die onder het verbodsrecht van de rechthebbende valt. De verklaring schuilt hierin dat in de Archiefwet 1995 het woord ‘openbaar’ wordt gebruikt als een verwoording van een bevoegdheid van de burger, terwijl het perspectief van de Auteurswet meer gericht is op de vraag of een bepaalde handeling gezien kan worden als een relevante exploitatievorm voor de auteursrechthebbende. De woorden ‘openbaar’ en ‘openbaar maken’ zijn in beide gevallen een hulpmiddel. Voor een antwoord op de vraag wat nu eigenlijk onder welke voorwaarden openbaar is en beschikbaar voor de burger moet de context van de betreffende regeling in ogenschouw worden genomen.

In deze bijdrage worden voor de leesbaarheid naast ‘openbaarheid’ ook termen als ‘beschikbaarheid’ en ‘toegankelijkheid’ gebruikt, hoewel het geen perfecte synoniemen zijn.

## 2. Informatiemonopolies versus informatievrijheid

We kunnen, vanuit een juridische invalshoek, naar de mate van beschikbaarheid van informatie kijken als een glijdende schaal tussen twee extremen. Aan de ene kant van het spectrum is vastgelegde informatie geheel afgeschermd. We kunnen dan spreken van een informatiemonopolie. Het is de rechthebbende

(auteursrecht), de betrokkene (privacy/persoonsgegevens) of de overheid (staatsgeheimen) die de grootst mogelijk zeggenschap heeft over de informatie. Aan de andere zijde van het spectrum plaatsen we de informatievrijheid: de grootst mogelijk openbaarheid en feitelijke beschikbaarheid. Op deze schaal zijn vele tussenposities en grijstinten. Het auteursrecht introduceert in wezen een informatiemonopolie, maar dit recht wordt op allerlei manieren beperkt zodat er toch vaak gebruik van de informatie in kwestie mogelijk is. De bescherming van de persoonsgegevens is weer in een iets ander vat gegoten, omdat het daar vaak over verplichtingen gaat van de ‘verwerker’ van persoonsgegevens. Zeker voor wat betreft de bijzondere persoonsgegevens (persoonsgegevens over ras, geslacht, medische aspecten en dergelijke) zitten we in de buurt van een informatiemonopolie. Overheidsinformatie is in principe voor een ieder toegankelijk, maar ook hier zijn veel uitzonderingen zodat van absolute openbaarheid vaak geen sprake is. Oudere informatie die in het ‘publiek domein’ is, kent de grootste openbaarheid, maar zelfs hier kunnen weer beperkingen opdoemen in de vorm van bijvoorbeeld eigenaarsbevoegdheden of rechten op vormgeving.

Het is belangrijk om te zien dat ook het woord ‘beperking’ sterk afhankelijk is van de context: in de sfeer van het auteursrecht betekent het een begrenzing van de bevoegdheid van de rechthebbende – en daarmee vaak een vergroting van de mogelijkheden om het werk te gebruiken. In de context van een openbaarheidsregeling betekent een beperking het tegenovergestelde: de informatie is niet, of alleen onder voorwaarden beschikbaar voor de gebruiker. Deze laatste betekenis sluit meer aan bij het begrip ‘beperking’ in het alledaagse taalgebruik.

Het gaat in deze bijdrage dus om een juridische exploratie van het begrip openbaarheid en verwante termen. De materie wordt aan de hand van een aantal wetten besproken, die uit principieel of conceptueel oogpunt interessant zijn. Naar volledigheid is niet gestreefd: er zijn teveel verschillende wettelijke openbaarheidsregimes. Aan de orde komen: de Archiefwet 1995, de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en de Auteurswet. Op het moment van het schrijven van deze bijdrage is een wetsvoorstel aanhangig bij de Tweede Kamer om de Wob te wijzigen. Omdat het om een meer dan cosmetische wijziging gaat en omdat het voorstel raakt aan de kern van het begrip ‘openbaarheid’ wordt dit voorstel besproken, hoewel niet zeker is of en hoe het wetsvoorstel het Staatsblad zal halen.

### 3. Archiefwet 1995

Het openbaarheidsbegrip van de Archiefwet 1995 is daar niet gedefinieerd, maar wordt omschreven in de artikelen 14-17. Uitgangspunt is dat ‘archiefbescheiden’ die in een ‘archiefbewaarplaats’ berusten openbaar zijn,

behoudens beperkingen. Voor een goed begrip is van belang te weten dat de Archiefwet 1995 is gebaseerd op het documentenstelsel, wat betekent dat de aanvrager een specifiek document of dossier moet specificeren. De openbaarheid bestaat hieruit dat een ieder de archiefbescheiden kosteloos mag raadplegen en daarvan of daaruit afbeeldingen, afschriften, uittreksels en bewerkingen mag maken of mag laten maken op zijn kosten (art. 14). In de terminologie van de later te bespreken Wet openbaarheid van bestuur kan dit passieve openbaarheid worden genoemd: openbaarheid op verzoek. Er is geen wettelijke opdracht om actief archiefbescheiden (of zelfs maar registers of inventarissen) te publiceren. Het openbaarheidsregime van de Archiefwet 1995 ziet dus alleen toe op wat we een ‘klassieke’ archieftaak kunnen noemen: het bieden van een inzage- en reproductiemogelijkheid ter plekke, tussen de muren van de instelling. Voor de regels die gelden bij andere vormen van ter beschikking stellen aan het publiek, door middel van internet bijvoorbeeld, moet men te rade gaan bij andere regelgeving, zoals de Wbp of de Auteurswet.

#### **4. Beperkingen in de Archiefwet 1995: de grote lijnen**

Normaal gesproken vervallen beperkingen op de openbaarheid van archiefbescheiden als deze 75 jaar oud zijn (artikel 15 lid 4). Beperkingen worden vastgesteld bij de zogenaamde overbrenging naar de archiefbewaarplaats, als regel geldt dat als de archiefbescheiden 20 jaar oud zijn. Er zijn drie gronden voor beperkingen: de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, het belang van de Staat of zijn bondgenoten en het ‘voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden’ (artikel 15 lid 1 aanhef en sub a-c). Na de overbrenging mogen niet alsnog beperkingen worden ingesteld, tenzij zich sindsdien omstandigheden hebben voorgedaan die tot het stellen van beperkingen zouden hebben geleid als ze bij de overbrenging bekend waren geweest (artikel 15 lid 2). De ‘zorgdrager’ is bevoegd om beperkingen op te heffen (voor een ieder) of buiten toepassing te laten (voor een verzoeker, artikel 15 lid 3).

#### **5. Beperkingen ten aanzien van particuliere archieven**

Voor archiefbescheiden die in de archiefbewaarplaats worden opgenomen op grond van een overeenkomst (ruwweg: particuliere archieven) kunnen in beginsel veel meer beperkingen worden overeengekomen (artikel 16 lid 1). Het komt veel voor dat particuliere archieven voor een bepaalde periode gesloten blijven of dat er voor gebruik toestemming gevraagd moet worden aan de persoon of instelling die materiaal ter opname heeft aangeboden (die geclausuleerd kan worden verleend).

## 6. De relatie Archiefwet 1995 – Wbp

Artikel 2a van de Archiefwet 1995 bevat nog een belangrijke beperking, die verband houdt met persoonsgegevens. Hier wordt bepaald dat het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken (zie elders in deze bijdrage) niet geldt voor een aantal typische archieftaken: vervanging, overbrenging, opname en beheer, maar dat het verbod juist *wel* geldt voor het ter raadpleging of gebruik beschikbaar stellen van archiefbescheiden waarin bijzondere persoonsgegevens voorkomen. Dit roept de vraag op wat de verhouding is tussen Archiefwet 1995 en Wbp. Juristen spreken in dit verband over de *lex generalis* en de *lex specialis*: als een regeling met betrekking tot een bepaald onderwerp kwalificeert als een *lex specialis* heeft deze voorrang boven de algemene regeling. Het criterium is of er sprake is van een ‘uitputtende regeling’. De vraag kan dus gesteld worden of de Archiefwet 1995 een uitputtende regeling bevat met betrekking tot persoonsgegevens. Als dat het geval is zou de wet op dit punt een *lex specialis* zijn en hoeven de door de Archiefwet 1995 bestreken handelingen niet ook nog aan de Wbp getoetst te worden. Dit is niet de plek om diep op deze kwestie in te gaan. Ik neig ernaar de Archiefwet inderdaad als *lex specialis* te beschouwen. De zaak is niet helemaal helder en er zijn ook contra-indicaties. Het is lastig om de Archiefwet 1995 als een uitputtende regeling te zien ten aanzien van de bescherming van persoonsgegevens, maar een andere opvatting zou tot ongerijmde en onacceptabele gevolgen leiden. Zo zou de openbaarheid, geregeld in artikel 14, volkomen op losse schroeven komen te staan als er bij iedere aanvraag een toetsing aan de Wbp voltrokken moet worden. Ook de regel dat na overbrenging niet alsnog beperkingen gesteld mogen worden (dus ook niet met betrekking tot persoonsgegevens) zou ontkracht worden door een toetsing van elk inzageverzoek aan de Wbp. Het is dus zinvol altijd ook op artikelniveau te kijken welke regel redelijkerwijs voorrang heeft.

## 7. Wet openbaarheid van bestuur

Deze paragraaf onderzoekt de betekenis van het woord ‘openbaarheid’ in de context van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). De Wob stipuleert dat informatie die bij de overheid berust in principe beschikbaar is voor de burgers, uiteraard met de nodige beperkingen en uitzonderingen. De paragraaf sluit af met een bespreking van eerdergenoemd wetsvoorstel Nieuwe Wet openbaarheid van bestuur.

### 7.1. Grondwettelijke basis, verhouding tot andere wetten

De Wob vindt zijn grondslag in artikel 110 van de Grondwet, dat zegt: ‘de overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen’. Deze bepaling staat in hoofdstuk 6 ‘Wetgeving en bestuur’ en niet in hoofdstuk 1 ‘Grondrechten’. Dit laat zien dat openbaarheid van bestuur is geconcipieerd als plicht voor de overheid en niet als recht van de burger.

De Wob is de algemene regeling, die moet wijken voor meer specifieke regelingen. Juristen zeggen dat de Wob de *lex generalis* is, die de *lex specialis* moet laten voorgaan. Voorbeelden van specifieke openbaarheidsregelingen zijn de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de Wet basisregistratie personen, die specifieke en uitputtende regels bevatten met betrekking tot het verstrekken van gegevens.

### 7.2. Wob en ‘openbaarheid’

Artikel 2 van de Wob is het enige artikel in hoofdstuk II ‘Openbaarheid’. Het valt op dat hier geen poging is ondernomen om het begrip te definiëren of zelfs maar duidelijk te omlijnen:

1. Een bestuursorgaan verstrekt bij de uitvoering van zijn taak (...) informatie overeenkomstig deze wet en gaat daarbij uit van het algemeen belang van openbaarheid van informatie.
2. Het bestuursorgaan draagt er zo veel mogelijk zorg voor dat de informatie die het overeenkomstig deze wet verstrekt, actueel, nauwkeurig en vergelijkbaar is.

De Wob onderscheidt actieve en passieve openbaarheid. Actieve openbaarheid, ‘informatie uit eigen beweging’, houdt in dat een door de wet bestreken bestuursorgaan informatie over zijn beleid geeft – ook over de voorbereiding en uitvoering ervan. Dit moet in een begrijpelijke vorm, op een manier dat zoveel mogelijk burgers worden bereikt en op een zodanig moment dat burgers hun inzichten nog tijdig ter kennis van het bestuursorgaan kunnen brengen (artikel 8). De passieve vorm is ‘informatie op verzoek’. De meeste regels in de Wob hebben hierop betrekking. De wetgever heeft gekozen voor het informatiestelsel, wat betekent dat een informatie zoekende burger geen concrete documenten hoeft te noemen, maar kan volstaan met het aangeven van een ‘bestuurlijke aangelegenheid’. Dit laatste begrip wordt in de praktijk zeer ruim geïnterpreteerd, zodat het bijna samenvalt met ‘onderwerp’. Het bestuursorgaan is vervolgens verplicht de documenten die op het onderwerp of de aangelegenheid betrekking hebben te selecteren. De tegenhanger van het

informatiestelsel is het documentstelsel, wat een recht op raadpleging inhoudt. De Archiefwet 1995 en de zogenaamde ‘EuroWob’ zijn hierop gebaseerd. Beide systemen hebben voor- en nadelen: het informatiestelsel is vriendelijk voor de informatievrager, maar is lastiger uit te voeren voor het bestuursorgaan. De informatievrager zal ook vaak door de twijfel bekropen worden dat hij niet alle relevante documenten onder ogen heeft gekregen. Het documentstelsel is eenvoudiger uit te voeren voor de informatieverstrekker, maar stelt de informatievrager voor het probleem de juiste documenten te identificeren. In Nederland lijken de praktijken naar elkaar toe te groeien: in het kader van een Wob-aanvraag kunnen specifieke documenten worden gevraagd, en archiefdiensten kennen archieftoegangen waarmee burgers eenvoudig samenhangende documenten ter inzage krijgen.

Als een bestuursorgaan niet tijdig beslist kan het een dwangsom verbeuren op basis van paragraaf 4.1.3.2 van de Algemene wet bestuursrecht. Deze kan oplopen tot maximaal € 1180 euro.

### 7.3. *Beperkingen in de Wob*

De Wob bevat beperkingen die een bestuursorgaan kan aanvoeren om informatie niet of niet geheel te hoeven geven. Zo is er de mogelijkheid om informatie uit documenten die zijn opgesteld voor ‘intern beraad’ niet te verstrekken voor zover het gaat om ‘persoonlijke beleidsopvattingen’. De informatie kan weer wel worden gegeven als de betrokkene daar mee heeft ingestemd; de informatie kan ook worden geanonimiseerd (artikel 11). De gedachte achter deze beperking is dat ambtenaren en andere betrokkenen bij het besluitvormingsproces zich vrij moeten kunnen uiten, zonder de angst te hebben daar later op aangesproken te kunnen worden. In dit verband wordt ook wel de term ‘bestuurlijke intimiteit’ of ‘bestuursintimiteit’ gebruikt. In de wet vinden we verder twee lijsten met weigeringsgronden: de absolute en de relatieve. Bij de toepassing van een absolute weigeringsgrond (artikel 10 lid 1) hoeft er geen afweging plaats te vinden tussen het belang van geheimhouding en het belang van openbaarheid. Voorbeelden zijn de ‘veiligheid van de staat’ en in geval van bijzondere persoonsgegevens. Als men een relatieve weigeringsgrond inroept (artikel 10 lid 2) moet de genoemde afweging wel gemaakt worden. Een voorbeeld is de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (waar het dus gaat om gewone, niet-bijzondere persoonsgegevens).

### 7.4. *Wetsvoorstel ‘Nieuwe Wet openbaarheid van bestuur’*

Enkele aspecten van het wetsvoorstel komen hier aan de orde omdat ze zeer relevant zijn voor deze beschouwing. De memorie van toelichting bij het



voorstel biedt overigens een goed overzicht van de ontwikkelingen in het denken over openbaarheid van bestuur en de geschiedenis van de Wob.<sup>1</sup>

Het voorstel formuleert een recht op toegang: ‘een ieder heeft recht op toegang tot publieke informatie zonder daartoe een belang te hoeven stellen, behoudens bij deze wet gestelde beperkingen’ (artikel 1 lid 1). Publieke informatie is informatie, neergelegd in documenten die berusten bij een door de wet bestreken orgaan, persoon of college. Deze groep is flink uitgebreid ten opzichte van de organen die nu onder Wob vallen. Toegevoegd zijn onder meer Tweede en Eerste Kamer en besturen van koepelorganisaties van openbare lichamen. De rechterlijke macht valt niet onder de huidige Wob en dit voorstel brengt daar geen verandering in.

Nieuw is een artikel over ‘zorgplicht en openbaarmaking’ dat bestuursorganen verplicht er zorg voor te dragen dat de documenten die het onder zich heeft zich in goede, geordende en toegankelijke staat bevinden (artikel 2.4 lid 1), een formulering die is overgenomen uit artikel 3 van de Archiefwet 1995. Dezelfde bepaling stelt dat openbaar te maken informatie op een algemeen toegankelijk wijze beschikbaar moet komen, waarbij de elektronische vorm, in een machinaal leesbaar formaat, en samen met de metadata, de voorkeur heeft. Over het belang van openbaarheid zegt het voorstel: ‘Bij de toepassing van deze wet wordt uitgegaan van het algemeen belang van openbaarheid van publieke informatie voor de democratische samenleving’. Dit is een iets andere formulering vergeleken met het eerder genoemde artikel 2 lid 1 van de huidige Wob. Hiermee wordt nog eens duidelijk gemaakt dat een burger nooit het belang van de informatie die hij wil ontvangen hoeft te stellen of te bewijzen.

Het voorstel houdt vast aan het informatiestelsel en aan de tweedeling in actieve en passieve openbaarheid. Wat betreft de actieve openbaarheid is nieuw dat er een lijst is met informatie die in elk geval uit eigen beweging openbaar gemaakt moet worden (tenzij er een uitzondering op van toepassing is), en de plicht om een register aan te houden van bij het bestuursorgaan berustende documenten. Voorbeelden van wat verplicht openbaar gemaakt moet worden is informatie die inzicht biedt in de organisatie en de werkwijze, taken en bevoegdheden van organisatieonderdelen (artikel 3.3 lid 1 sub d), en adviezen van adviescolleges of –commissies (artikel 3.3 lid 2 sub e).

Wat betreft de passieve openbaarheid, de informatieverstrekking op verzoek, hoeft de aanvrager geen ‘bestuurlijke aangelegenheid’ meer te noemen (artikel 4.1 lid 4). Dit begrip is in de loop van de tijd al erg verwaterd. Voldoende is nu een ‘aangelegenheid’ of een document. Verder is er een nieuw element in de

1 *Kamerstukken II* 2011/12, 33328, 3.

vorm van een antimisbruikbepaling (artikel 4.6). In het geval dat de aanvrager een ander doel heeft dan het verkrijgen van publieke informatie (bijvoorbeeld het sarren van een bestuursorgaan) of als het evident niet om een bestuurlijke aangelegenheid gaat, kan het bestuursorgaan besluiten het verzoek niet te behandelen.

Ten aanzien van de mogelijke uitzonderingen kent het voorstel geen onderscheid meer tussen absolute en relatieve weigeringsgronden: er is één enkele lijst en een belangenafweging is in alle gevallen aangewezen. Dit laatste is in lijn met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Dit Hof is de laatste jaren bereid een weigering van een overheid om informatie te verstrekken te toetsen aan artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Artikel 10 EVRM schrijft voor dat elke beperking van de vrijheid van meningsuiting (in dit geval de vrijheid om informatie te vergaren) moet voldoen aan het criterium ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’. Deze toetsing verdraagt zich slecht met de huidige absolute weigeringsgronden in de huidige Wob, die juist een belangenafweging uitsluiten. Nederlandse rechters zullen artikel 10 ongetwijfeld op dezelfde manier gaan toepassen. Ook het vergroten van het bereik van de wet in termen van overheidsorganen is in lijn met de rechtspraak.

Het principe dat informatie voor iedereen gelijkelijk openbaar of niet openbaar is wordt in het voorstel enigszins doorbroken met de bepaling dat niet-openbare informatie om een klemmende reden aan een verzoeker verstrekt zal kunnen worden (artikel 5.6). Aan die verstrekking kunnen voorwaarden verbonden worden. Een verbod om de informatie verder te verspreiden ligt hierbij voor de hand.

Nieuw in het voorstel is ook de figuur van de ‘informatiecommissaris’ die de toepassing van de wet moet bevorderen. De dwangsom bij niet tijdig beslissen vervalt in het voorstel.

## 8. Auteursrecht en ‘openbaar maken’

Het auteursrecht stelt in wezen een informatiemonopolie in: wie een auteursrecht heeft op een bepaalde creatieve prestatie (een ‘werk’) beschikt over enkele exclusieve bevoegdheden. Eén daarvan is ‘openbaar maken’. Het gaat dus niet om het openbaar *zijn*, maar om de handeling van het openbaar *maken*. In het kader van deze bijdrage moeten we bezien wat de Auteurswet daaronder verstaat en welke uitzonderingen er bestaan op de bevoegdheden van de rechthebbende (‘beperkingen’ in de zin van de wet).

Er is een onderscheid tussen de onstoffelijke prestatie (het ‘werk’) waarop het recht betrekking heeft en de fysieke uitdrukking (de ‘weergave’ van het ‘werk’) daarvan. De eerste houdt verband met het begrip ‘intellectuele eigendom’ waar het auteursrecht onder valt. Deze prestatie wordt ook wel het auteursrechtelijke ‘werk’ genoemd. Verder zijn er de uitdrukkingen van deze intellectuele prestatie in tastbare voorwerpen, zoals boeken, schilderijen: exemplaren. Van exemplaren die rechtmatig in het verkeer zijn gebracht wordt gezegd dat het auteursrecht is ‘uitgeput’: de rechthebbende kan dus niet verhinderen dat exemplaren worden verkocht of weggegeven. Het ter inzage geven van fysieke exemplaren geldt in elk geval niet als een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking (bij digitale inzage ligt dat ingewikkelder). Zoals we hierna zullen zien valt verhuur wel onder het begrip openbaar maken, en het uitlenen van exemplaren door openbare instellingen ook. Bij de verkoop van een werk van beeldende kunst kan het zogenaamde volgrecht (ook wel: ‘droit de suite’) een rol spelen, waarbij de maker of diens erfgenamen recht kunnen hebben op een percentage van de verkoopprijs. Met uitzondering van het leenrecht en verhuur zal het in het navolgende steeds gaan om het onstoffelijke ‘werk’ en de openbaarmaking daarvan.

Wat is openbaarmaking in de zin van de Auteurswet? Het gaat om een verzamelbegrip, dat hier niet tot in detail uit de doeken gedaan kan worden. Men moet er op bedacht zijn dat ‘openbaarmaking’ in de zin van de Auteurswet ruimer is dan in het normale spraakgebruik. De wetgever wilde namelijk (in het begin van de twintigste eeuw) alle relevante handelingen per se onder twee begrippen laten vallen: openbaar maken en verveelvoudigen. Kern van de zaak is dat een werk ter beschikking komt van een publiek. Elke keer dat een (potentieel) nieuw publiek wordt bereikt is er sprake van een openbaarmaking, waar dus in principe de toestemming van de rechthebbende voor nodig is. Dat iets beschikbaar is, betekent niet dat het zonder meer verder verspreid mag worden. Telkens als een nieuw publiek bereikt wordt of kan worden is er sprake van een openbaarmaking. Het doel daarvan doet niet ter zake, of het binnen de muren van een instelling gebeurt ook niet (maar zie hierna de uitzondering voor erfgoedinstellingen). Artikel 12 van de Auteurswet geeft een aantal voorbeelden van wat onder openbaarmaking verstaan moet worden, maar dit is geen uitputtende lijst. Zo is de openbaarmaking van een verveelvoudiging van een werk een openbaarmaking. Een vertaling, arrangement of bewerking geldt vaak als verveelvoudiging van het onderliggende werk. Wie dus een vertaling openbaar maakt heeft niet alleen toestemming nodig van de vertaler maar ook van de oorspronkelijke schrijver, wiens werk door de vertaling verveelvoudigd is. Verhuur of uitleen (dit laatste door een openbare instelling) geldt ook als openbaarmaking. Verder geldt als openbaarmaking de voordracht, opvoering, uitvoering of voorstelling van een werk of een gedeelte daarvan, en ook het uitzenden op radio en televisie. Dat een handeling niet in artikel 12 wordt

genoemd heeft weinig betekenis, omdat het geen uitputtende lijst is maar om voorbeelden gaat. Zo is beschikbaar stellen via internet zonder twijfel een openbaarmaking, ook al is het niet opgenomen in het bewuste artikel.

## 9. Licenties; Creative Commons

Het auteursrecht is mede gebaseerd op de gedachte dat een gebruiker in een voorkomend geval in onderhandeling zal treden met de rechthebbende, om – meestal onder voorwaarden – toestemming voor een bepaald gebruik te krijgen. Zo’n toestemming wordt ook wel een licentie genoemd. Deze kan de simpele vorm aannemen van ‘ja doe maar’, maar ook die van een pagina’s lang contract. Omdat dit contact tussen gebruiker en rechthebbende in de praktijk niet zo makkelijk is te leggen, en werken daarom onderbenut zullen blijven of zonder toestemming gebruikt worden, is het idee van de Creative Commons ontstaan. De rechthebbende (en alleen deze) kan daarmee bij voorbaat aangeven hoe het werk gebruikt mag worden. Dit gebeurt met standaard licenties en iconen ([www.creativecommons.nl](http://www.creativecommons.nl)).

## 10. Uitzonderingen – beperkingen van het auteursrecht m.b.t. openbaarmaking

Het hierboven geschetste stelsel, waarbij voor iedere openbaarmaking (in de zin van de Auteurswet) toestemming van de rechthebbende nodig zou zijn, zou in de praktijk vaak niet werken of het zou tot onbillijke resultaten leiden. Daarom zijn er op verschillende punten uitzonderingen geformuleerd. De belangrijkste is wel dat een auteursrecht niet eeuwigdurend is. Het vervalt 70 jaar na het overlijden van de maker als dit een natuurlijke persoon is, om precies te zijn op de daaropvolgende eerste januari. Als het auteursrecht is ontstaan bij een rechtspersoon (vaak de werkgever van degene die het werk feitelijk maakte) vervalt het auteursrecht 70 jaar na de eerste openbaarmaking, weer op de daaropvolgende eerste januari. Voor werken waarvan de maker (natuurlijke- of rechtspersoon) niet kan worden vastgesteld vervalt het auteursrecht op de eerste januari na het verstrijken van een periode van 70 jaar na totstandkoming van het werk (artikel 37-39). Voor deze termijnen is niet relevant of een auteursrecht in de tussentijd overgedragen is (en hoe vaak). Er rust geen auteursrecht op wetten, besluiten en verordeningen, en ook niet op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen (artikel 11). Voor werken die door of vanwege de overheid openbaar worden gemaakt geldt dat openbaarmaking geen inbreuk is op auteursrecht, tenzij het auteursrecht is voorbehouden. Een voorbeeld van dit laatste betreft het beeldmerk en de huisstijl van de rijksoverheid. Lastig is dat het voor degene die openbaar zou willen maken, moeilijk kan zijn om kennis te

nemen van een dergelijk voorbehoud, omdat dit bij wet, besluit of verordening kan zijn bepaald.

Eerder zagen we dat uitlenen door een voor het publiek toegankelijke instelling (in de regel een bibliotheek) een openbaarmaking is, waarvoor dus in principe toestemming van de rechthebbende nodig zou zijn. Dat is niet het geval, want de wetgever heeft het verbodsrecht afgezwakt tot een vergoedingsrecht: uitlenen mag zonder toestemming, mits een redelijke vergoeding wordt betaald. Deze regeling wordt wel het ‘leenrecht’ genoemd. Er is een Stichting Leenrecht die deze bedragen int en weer verdeelt onder de rechthebbenden ([www.leenrecht.nl](http://www.leenrecht.nl)).

Voor erfgoedinstellingen is van belang dat ten behoeve van bibliotheken, archieven en musea een uitzondering is gemaakt voor het ter beschikking stellen van de eigen collectie via een besloten netwerk binnen de muren van de instelling (artikel 15h). Men kan hiertoe overgaan als openbaarmaking via internet niet mogelijk is. Individuele gebruikers hebben dan toegang tot het materiaal, maar ze moeten daarvoor naar de instelling komen. Eenmaal daar kunnen ze wel gebruik maken van weer een andere beperking op het auteursrecht, namelijk de kopie voor eigen gebruik (artikel 16b/c).

## 11. Wet bescherming persoonsgegevens

De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is een wet die beoogt de omgang met gegevens over natuurlijke, levende personen te beperken en te kanaliseren. In die zin zou de wet in het spectrum informatiemonopolies – informatievrijheid aan de eerstgenoemde zijde geplaatst moeten worden. Anderzijds streeft de wet juist transparantie na ten aanzien van wat er met persoonsgegevens gebeurt. Het woord ‘openbaar’ wordt maar op een enkele plaats gebezigd. De terminologie van de wet is dus anders dan men wellicht zou verwachten, maar verenigbaar met de gedachte die in deze bijdrage wordt ontwikkeld dat aan het begrip weinig zelfstandige betekenis toekomt. Naast het begrip ‘persoonsgegeven’ staat de term ‘verwerking’ centraal. Onder verwerking valt vrijwel alles wat men met persoonsgegevens zou kunnen doen: het verzamelen, opslaan, ordenen maar volgens de wet uitdrukkelijk ook de ‘verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling’ (artikel 1 sub b). Onder ‘verstrekken van persoonsgegevens’ verstaat de wet: ‘het bekend maken of ter beschikking stellen van persoonsgegevens’ (artikel 1 sub n). Het gaat ook om hergebruik van gegevens die al circuleren. Zodra men daar iets mee wil doen is sprake van een (nieuwe) verwerking die de toets aan de Wbp moet kunnen doorstaan. Dat geldt ook binnen de organisatie (bij gebruik van een intranet bijvoorbeeld).

Slechts op een enkele plek wordt het woord ‘openbaar’ gebruikt. Het gaat daar om het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken. Bijzondere persoonsgegevens zijn persoonsgegevens die iets zeggen over iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven, het lidmaatschap van een vakvereniging en strafrechtelijke persoonsgegevens. Verwerking van deze gegevens is in beginsel niet toegestaan, behoudens een aantal uitzonderingen. Een van die uitzonderingen betreft de omstandigheid dat de betrokkene de gegevens zelf openbaar heeft gemaakt (23 lid 1 sub b).

In een wat verder verwijderd verband is nog het volgende vermeldenswaard. In principe moeten verwerkingen van persoonsgegevens bij het College bescherming persoonsgegevens worden gemeld. Er is een aantal uitzonderingen van verwerkingen waarvan men denkt dat die betrekkelijk weinig schade kunnen doen aan de persoonlijke levenssfeer. Deze staan genoemd in het zogenaamde Vrijstellingsbesluit. De aldus gemelde verwerkingen komen in een register, en dit kan door een ieder kosteloos worden geraadpleegd (artikel 30 lid 2). Dit is een aspect van openbaarheid zonder dat de term gebruikt wordt. Deze meldingsplicht is overigens een dode letter geworden; het College bescherming persoonsgegevens handhaaft de regel niet meer, en bij een volgende wijziging van de Europese regels – en daarmee ook de Nederlandse – zal de meldingsplicht vrijwel zeker worden geschrapt. Naar verwachting zullen verwerkers van persoonsgegevens tegelijkertijd een zwaardere verantwoordingsplicht krijgen ten aanzien van de manier waarop ze met persoonsgegevens omgaan.

## 12. Afsluiting

Openbaarheid en afgeleide woorden geven een begrip aan dat niet scherp omlijnd is en dat sterk contextafhankelijk is. Het gebruik van de term kan gezien worden als een instrument, een hulpmiddel. Soms om te komen tot een antwoord op de vraag onder welke omstandigheden en voorwaarden de burger bevoegd is om van bepaalde informatie kennis te nemen, maar soms ook om aan te geven wat de burger voor zichzelf mag houden (en juist niet beschikbaar hoeft te stellen). De Archiefwet 1995 is van de besproken regelingen op het punt van ‘openbaarheid’ het meest overzichtelijk. De Wet openbaarheid van bestuur kent veel uitzonderingsmogelijkheden op het principe van de openbaarheid van overheidsdocumenten, en over de toepassing er van door bestuursorganen wordt betrekkelijk veel geprocedeerd. Het wetsvoorstel voor een nieuwe Wob breidt het aantal organen dat onder de wet valt uit, het vereenvoudigt de beperkingsmogelijkheden, en geeft een lijst van zaken die verplicht actief openbaar gemaakt moeten worden. De Wet bescherming persoonsgegevens

gebruikt de term praktisch niet. In de context van de Auteurswet moet de term 'openbaar maken' gezien worden als een hulpmiddel bij het beantwoorden van de vraag of een bepaalde handeling als een exploitatiehandeling gezien kan worden.

We zien dat het (niet) gebruiken van termen als openbaarheid en openbaar maken ook te maken heeft met wetgevingstechniek. Een taalkundige interpretatie van de woorden heeft maar beperkt zin. Wel nuttig is een interpretatie die sterk kijkt naar het doel van de regeling. Juristen hebben daar een term voor: de teleologische interpretatie.