

University of Groningen

## Hergebruik van overheidssoftware

Paapst, Mathieu; van der Wees, Pieter

*Published in:*  
Tijdschrift voor Staatssteun

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

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

*Publication date:*  
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Paapst, M., & van der Wees, P. (2020). Hergebruik van overheidssoftware. *Tijdschrift voor Staatssteun*, 2020(4), 182-187. [UDH:TVS/16443].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

### Take-down policy

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

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Hergebruik van overheidssoftware

*mr. dr. M.H. Paapst en P.J.R. van der Wees<sup>1</sup>*

## Inleiding

In april 2020 heeft staatssecretaris Knops in een brief aan de Tweede Kamer laten weten dat het kabinet wil gaan inzetten op het vrijgeven en actief delen van de broncode van overheidssoftware.<sup>2</sup> Bij het vrijgeven stelt de overheid de broncode van software die ze zelf ontwikkeld heeft, of heeft laten ontwikkelen, actief ter beschikking aan de maatschappij. Vrijgeven van deze broncode biedt een aantal belangrijke voordelen voor burgers, het bedrijfsleven en de maatschappij.

Zo worden er onnodige ontwikkelingskosten voorkomen, zodat de algemene middelen van de overheid en de financiële middelen in het bedrijfsleven efficiënter besteed kunnen worden, en er meer middelen beschikbaar komen voor het verbeteren van bestaande broncodes en het (laten) ontwikkelen van nieuwe software. Alleen al bij de overheid zou jaarlijks zo'n 1,1 miljard euro kunnen worden bespaard.<sup>3</sup> Dit stimuleert technologische vooruitgang en biedt mogelijkheden voor het ontwikkelen van nieuwe diensten en producten naar aanleiding van nieuwe software, waardoor de economie als geheel gestimuleerd zal worden. Het bedrijfsleven kan, binnen de grenzen van de open source licentie waaronder de broncode wordt verstrekt, ongehinderd gebruik maken van de door de overheid gepubliceerde broncodes. Ze kan daarmee en daardoor niet alleen nieuwe diensten ontwikkelen, zoals support en trainingen, maar is ook in staat om de broncode aan te passen en verder te verspreiden. Daardoor is ieder bedrijf, in tegenstelling tot datgene wat bij closed source software gebruikelijk is, in staat om economisch voordeel te trekken uit de beschikbaarstelling van de broncode.

Daarmee hangt samen dat de aanpassingsmogelijkheden bevorderend zullen zijn voor de kwaliteit en de interoperabiliteit van de software. Zo kunnen mogelijke problemen makkelijker worden verholpen, zullen ontwikkelaars meer aandacht besteden aan kwaliteit, leesbaarheid en veiligheid, en kunnen overheden binnen heel Europa hun software

makkelijker met elkaar uitwisselen en aan elkaar verbinden.

Tot slot zorgt het als open source beschikbaar stellen van broncode voor meer transparantie, doordat algoritmes en beslisregels achter overheidsbeslissingen daarmee bekend gemaakt kunnen worden. Hierdoor kunnen burgers en bedrijven meer inzicht verkrijgen in de wijze waarop de overheid beslissingen neemt, wat de controleerbaarheid, en daarmee de legitimiteit, van de overheidsbeslissingen ten goede zal komen.

Volgende argumenten voor het kabinet om hier met steun van de Tweede Kamer vol mee aan de slag te gaan. Toch lijken sommige overheidsorganisaties minder enthousiast te zijn, waarbij ze verwijzen naar de Wet Markt en Overheid. In dit artikel zullen wij betogen dat overheidsorganisaties ten onrechte denken dat er vanuit deze Wet Markt en Overheid juridische belemmeringen worden opgeworpen. Tevens zullen wij onderbouwen dat de Wet hergebruik overheidsinformatie de beschikbaarstelling van broncode juist aanmoedigt.

## 1. De Wet Markt en Overheid

Enkele typische kenmerken van een overheidsorganisatie, zoals een feitelijk onvermogen om failliet te gaan en de mogelijkheid van kruissubsidiëring met collectieve middelen, zorgen ervoor dat economische activiteiten van overheidsorganisaties marktversturend kunnen werken. De Wet Markt en Overheid (WMO) heeft tot doel om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen overheden die als aanbieder van goederen of diensten optreden enerzijds en andere, particuliere ondernemingen anderzijds. Daardoor neemt de ruimte om te ondernemen voor het private bedrijfsleven toe, en dat komt weer het innovatieve vermogen van de Nederlandse economie ten goede.<sup>4</sup>

De WMO is van toepassing op de meeste overheidsorganisaties, zoals organisatieonderdelen van het Rijk, provincies, gemeenten, waterschappen, gemeenschappelijke regelingen, en publiekrechtelijk zelfstandige bestuursorganen.<sup>5</sup> Openbare scholen, onderwijs- en onderzoeksinstituten, en omroepen zijn uitgezonderd.<sup>6</sup> De WMO geldt indien de overheidsorganisatie een economische activiteit

1. Mathieu Paapst is universitair docent aan de Rijksuniversiteit Groningen; Pieter van der Wees is onderzoeksstagiair Mededingingsrecht Rijksuniversiteit Groningen.

2. *Kamerstukken II 2019/20*, 26643, 676.

3. *Onderzoek publiceren Open Source Software. Een rapport voor: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*, Gartner 2017.

4. *Kamerstukken II 2007/08*, 31354, 3, p. 2–4.

5. Art. 25g lid 1 Mw.

6. Art. 25h lid 1 Mw.

verricht.<sup>7</sup> Te denken valt aan het aanbieden van cursussen voor brandveiligheid of het verzorgen van personenvervoer.<sup>8</sup>

De WMO geldt dus grofweg indien de overheid als ondernemer handelt en met particuliere ondernemingen in een concurrentieverhouding komt te staan. Voor die situaties geeft de WMO vier gedragsregels: de verplichting tot het doorberekenen van integrale kosten, het bevoordelingsverbod, het verbod op exclusief gegevensgebruik, en de verplichting tot functiescheiding.<sup>9</sup> Bij de keuze om broncode van overheidssoftware beschikbaar te stellen zijn vooral het doorberekenen van integrale kosten (de integrale kosteneis) en het verbod op exclusief gegevensgebruik relevant.

## 2. Economische activiteit vs. publieke taak

Een bestuursorgaan dat de broncode van software openbaar maakt, verricht geen economische activiteit als het handelt in de uitoefening van een bevoegdheid van openbaar gezag. De WMO is immers niet van toepassing. Staatssecretaris Knops herhaalt die regel in eerdergenoemde brief aan de Tweede Kamer.<sup>10</sup> Maar wanneer hangt de publicatie van broncode samen met een publieke taak? In deze paragraaf zal blijken dat het criterium weinig uitkomst biedt, omdat de beschikbaarstelling van broncode van software slechts in weinig gevallen onscheidbaar is van een publieke taak.

Een belangrijk aanknopingspunt biedt de Clic-uitspraak die het College van Beroep voor het bedrijfsleven vorig jaar heeft gedaan.<sup>11</sup> Het Kadaster bood al een tijd kabel- en leidinginformatie aan voor graafwerkzaamheden. Voorheen was die informatie alleen in te zien met software van derde partijen, maar vanaf 2016 bood het Kadaster ook een eigen, gratis Clic-viewer aan. Een softwarebedrijf diende een handhavingsverzoek in bij de ACM, omdat het aanbieden van de Clic-viewer in strijd zou zijn met de Wet Markt en Overheid. De ACM concludeerde dat er geen sprake was van een economische activiteit, en de rechtbank bevestigde deze slotsom in de beroepsprocedure.

Het CBB oordeelde dat de rechtbank in de beoordeling van de vraag of sprake was van een economische activiteit, terecht aansluiting had gezocht bij de Europese jurisprudentie. De WMO gebruikt hetzelfde ondernemingsbegrip als de rest van de Mededingingswet en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie hebben activiteiten in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag geen

economisch karakter, en zijn zij daarom uitgezonderd van de mededingingsregels.<sup>12</sup> Het doorslaggevende criterium voor de vraag of een activiteit onder de uitvoering van een publieke taak valt, is of de economische activiteit niet kan worden gescheiden van de uitoefening van de bevoegdheden van openbaar gezag.<sup>13</sup> Bij die beoordeling wordt gelet op de aard en het doel van de activiteiten en de regels waaraan zij zijn onderworpen.<sup>14</sup>

De Clic-viewer valt onder deze publieke taak, aldus het CBB. De wet spreekt over het bevorderen van de kenbaarheid van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen, het verstrekken van gebiedsinformatie, en het bevorderen van de toegankelijkheid en uitwisselbaarheid van deze gegevens.<sup>15</sup> Er is dus geen expliciete verplichting in de wet opgenomen om een softwareprogramma te schrijven dat deze gegevens inzichtelijk maakt, maar de door de software geboden functionaliteit hangt samen met, en is dienstbaar aan de publieke taak. De door het Kadaster aangeleverde bestanden kunnen niet geopend en bekeken worden zonder geschikte software en aan die omstandigheid kent het CBB doorslaggevende betekenis toe. De omstandigheid dat software met een soortgelijke functionaliteit tevens door een marktpartij aangeboden wordt, is in dat kader volgens het CBB niet relevant. In dit geval kunnen de publieke taak van het Kadaster en de ontwikkeling en beschikbaarstelling van de Clic-viewer niet van elkaar worden gescheiden.

Een ander voorbeeld is het beschikbaar stellen van voertuiginformatie door de RDW. Hoewel de Wegenverkeerswet de dienst niet expliciet verplicht om een online programma aan te bieden waarmee gegevens kunnen worden opgevraagd, is de dienst wel gehouden om deze gegevens aan eenieder te verstrekken. De ACM heeft daarom geoordeeld dat ook deze activiteit samenhangt met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. Wanneer de gegevensverstrekking verder zou gaan dan een 'eenvoudige verstrekking', kan echter wel sprake zijn van een economische activiteit, aldus de ACM. Er zou dan sprake moeten zijn van een waardetoevoeging aan de kale gegevens.<sup>16</sup>

Volgens de ACM levert het exploiteren van ICT-producten in beginsel een economische activiteit op.<sup>17</sup> We kunnen uit bovenstaande zaken concluderen dat de beschikbaarstelling van (gecompileerde) software onder voorwaarden kan worden aangemerkt als samenhangend met een publieke taak,

7. Art. 1 sub f Mw jo. art. 101 lid 1 VWEU; HvJ EU 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner en Elser*).

8. *Kamerstukken II* 2007/08, 31354, 3, p. 4.

9. Art. 25i–25l Mw.

10. *Kamerstukken II* 2019/20, 26643, 676, p. 2.

11. CBB 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204 (*Klic-viewer*).

12. HvJ EU 11 juli 1985, ECLI:EU:C:1985:332 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 14; HvJ EU 19 januari 1994, ECLI:EU:C:1994:7 (*Eurocontrol*), r.o. 30; HvJ EU 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*), r.o. 25.

13. HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank*), r.o. 38.

14. CBB *Klic-viewer*, r.o. 4.5.

15. Art. 3 lid 1 sub h en k Kadasterwet jo. art. 5 Wion.

16. *Analyse activiteiten RDW in het licht van de bepalingen van de Wet Markt en Overheid* (ACM-besluit 12.0266.01), 3 februari 2014.

17. M. Mijnlief, 'Voorbeelden economische activiteiten markt en overheid', 27 februari 2014, acm.nl.

zelfs als het aanbieden van software niet expliciet in de taakomschrijving is opgenomen. Het is echter de vraag of deze conclusie ook kan gelden voor de beschikbaarstelling van de broncode. Indien het Kadaster bijvoorbeeld de broncode van de Klic-vierer gratis publiceert of op verzoek ter beschikking stelt, dan is daarmee het doel van het bevorderen van de kenbaarheid van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen niet extra gediend. Evenmin bevordert de beschikbaarstelling van de broncode van de RDW-voertuiginformatie de publieke taak van het RDW, namelijk het verstrekken van voertuiggegevens. Het draagt hooguit bij aan de controlebaarheid door derden van de uitvoerbare software. Met andere woorden: zijn de te verstrekken gegevens daadwerkelijk op de beoogde wijze door de software verwerkt. In paragraaf 4 zullen wij hier nog iets dieper op in gaan.

### 3. Integrale kosten

Bij het publiceren van de broncode van overheidssoftware wordt ook de verplichting tot doorberekenen van de integrale kosten als struikelblok gezien. Art. 25i Mw verplicht een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht om de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening te brengen. De memorie van toelichting wijst expliciet af dat het bestuursorgaan een *marktconforme prijs* vraagt voor het product of de dienst. Het vragen van de marktprijs zou leiden tot rechtsonzekerheid voor betrokken overheden en ondernemers, omdat in dat geval de relevante product- en geografische markt afgebakend moeten worden. Die afbakening is complex, arbeidsintensief, en kan volgens verschillende methodes plaatsvinden. De wetgever heeft daarom gekozen voor de verplichting om de *integrale kosten* door te berekenen, zodat de vraagprijzen van de producten of diensten ten minste kostendekkend zijn.<sup>18</sup>

De integrale kosten bestaan uit alle relevante kosten van het betreffende product of dienst. Te denken valt aan variabele kosten, een passende bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten, een vergoeding voor het gebruikte eigen kapitaal (vermogenskosten), en de eventuele kosten voor investeringen in infrastructuur. Ook andere relevante kosten moeten in aanmerking worden genomen. Kosten voor beleidsvoorbereiding en inspraak, toezicht en handhaving, en bezwaar en beroep hoeven niet doorberekend te worden.<sup>19</sup>

In het geval dat een overheidsorganisatie zich opstelt als een commerciële softwareleverancier die programmatuur schrijft, verkoopt, en gebruiker-

sondersteuning biedt, is de WMO vanzelfsprekend van toepassing. Het door de WMO beoogde gelijke speelveld tussen overheidsorganisaties en private ondernemers komt in zo'n geval in het geding. De integrale ontwikkelkosten moeten dan worden doorberekend. In deze paragraaf gaan wij echter uit van een overheidsorganisatie die reeds beschikt over software ter uitvoering van een publieke taak en de broncode daarvan openbaar wil maken.

Om vast te stellen wat het integralekostenvereiste betekent voor het hergebruik van overheidssoftware, moeten we eerst kijken welke kosten een rol spelen bij de beschikbaarstelling van broncode. De (integrale) kosten van beschikbaarstelling behelzen niet veel meer dan de uurvergoeding voor het verzamelen van de broncode en die te uploaden naar een platform zoals GitHub. Daarbij hoeven nauwelijks kosten te worden gemaakt.

Wij zijn van mening dat het niet in lijn met de strekking van de WMO is om tevens de kosten voor het schrijven en ontwikkelen van de software mee te nemen in de integrale kostenberekening. Indien we ervan uit moeten gaan dat de beschikbaarstelling van de broncode van de software een economische activiteit is, dan is dat te beschouwen als een andere economische activiteit dan het ontwikkelen van de software. De software zal immers zoals we hiervoor in paragraaf 3 hebben betoogd, veelal geschreven zijn ter uitvoering van een ander beleidsdoel. De operationele kosten van de software ontwikkeling moeten naar onze mening conform het kostenveroorzakingsbeginsel voor het grootste gedeelte worden toegerekend aan dat andere beleidsdoel. Op grond van het kostenveroorzakingsbeginsel moeten productiemiddelen van een economische activiteit worden toegerekend aan die activiteit naar de mate waarin het productiemiddel daarvoor wordt aangewend. Naast de beschikbaarstellingskosten van de broncode moet dus een klein gedeelte van de operationele en afschrijvingskosten van de software worden doorberekend.<sup>20</sup>

Doordat onzes inziens enkel de publicatiekosten en een klein gedeelte van de reguliere onderhoudskosten van de software hoeven te worden doorberekend, zullen de integrale kosten zeer laag zijn, zeker als er gebruik wordt gemaakt van (gratis) online platforms om de broncode aan te bieden. In dat geval zijn er zelfs in het geheel geen variabele kosten. De extra kosten van het innen van integrale kosten van een opvraging via leges zullen naar verwachting niet in verhouding staan tot de opbrengsten. Hoewel de WMO en de jurisprudentie geen melding maken van een de-minimisregel, pleiten wij ervoor om een dergelijke minimale kostenpost uit te sluiten van de WMO.

18. *Kamerstukken II 2007/08, 31354, 3, p. 13.*

19. Art. 5 Besluit markt en overheid; zie ook §3.4 van de Nota van Toelichting en de aangehaalde 'Handreiking kostentoerekening leges en tarieven', Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2010, rijksverheid.nl.

20. Vgl. Cbb 11 juni 2019, ECLI:NL:CBB:2019:233, r.o. 4.7.

#### 4. Overheidssoftware als overheidsgegevens

De wetgever heeft een aantal uitzonderingen gegeven op de integralekosteneis. Een daarvan is de situatie waarin een bestuursorgaan gegevens verstrekt die het heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden, met inbegrip van gegevensbestanden die daaruit zijn samengesteld.<sup>21</sup> Situaties waarin de overheid gegevens(bestanden) verstrekt, zoals op basis van de Wet openbaarheid bestuur of de Wet hergebruik overheidsinformatie, worden in deze bepaling uitgezonderd van de regels uit de WMO. Geldt die uitzondering ook voor de broncode van software?

De wetgever erkent met deze bepaling dat het verstrekken van overheidsgegevens een economische activiteit kan vormen, zoals we hierboven al hebben aangenomen. De bewoording van het artikel versterkt het punt uit de voorgaande paragraaf dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen het schrijven van de software en het latere verstrekken van de broncode. De bepaling maakt immers ook onderscheid tussen de verkrijging van gegevens en de verstrekking ervan.<sup>22</sup> Men kan bij het lezen van de bepaling denken aan de initiële 'verkrijging' van overheidssoftware – het (laten) schrijven van de software – en de latere verstrekking van de broncode.

De WMO geeft geen definitie van 'gegevens', zodat we niet uit die wet kunnen opmaken of de uitzondering mede ziet op de broncode van overheidssoftware. Blijkens de parlementaire geschiedenis kunnen onder andere gegevensbestanden met persoonsgegevens of een bestand met geologische gegevens over bodemschatten onder het begrip vallen.<sup>23</sup> Maar ook overheidssoftware wordt geschreven ter uitvoering van een publieke taak. De broncode van die software lijkt dus onder die definitie te vallen. Het kantoor van de landsadvocaat deed reeds in 2001 gezamenlijk onderzoek met de Katholieke Universiteit Brabant naar juridische aspecten van de broncode van overheidssoftware. De onderzoekers achten het destijds al 'niet ondenkbaar' dat broncode van overheidssoftware informatie in de zin van de Wob is. De software houdt immers verband met de voorbereiding van beleid, en in een aantal gevallen is informatie zonder de bijbehorende software niet goed te raadplegen. Dat kan betekenen dat de overheid op grond van de Wob verplicht is om die

broncodes ter beschikking te stellen aan burgers, aldus het onderzoek.<sup>24</sup>

Het documentbegrip uit de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet hergebruik overheidsinformatie geeft uitsluitel. Beide wetten geven dezelfde definitie van het begrip document: 'een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat'.<sup>25</sup> De term 'ander materiaal' moet ruim worden genomen. Het gaat daarbij om alle informatiedragers inclusief nieuwe vormen die nog zullen gaan ontstaan. Het feit dat de informatie van de drager gewist zou kunnen worden doet daar niet aan af.<sup>26</sup> Daarmee is verdedigbaar dat bijvoorbeeld ook een harddisk of een server onder deze term valt.

De Wet hergebruik overheidsinformatie is gebaseerd op de gelijknamige Europese richtlijn. In de eerste versie van de richtlijn uit 2003 werden computerprogramma's nog expliciet uitgezonderd van de reikwijdte van de regeling.<sup>27</sup> Dat betekent dat er vanuit de richtlijn geen verplichting is om het mogelijk te maken om verzoeken tot hergebruik in te dienen voor informatie die vastgelegd was in de vorm van een computerprogramma. De wetgever heeft er echter bij de implementatie van de richtlijn voor gekozen om computerprogramma's wel hieronder te laten vallen door uitdrukkelijk aan te sluiten bij het reeds bestaande nationale documentbegrip uit de Wob.<sup>28</sup> Zowel de Wob als de Who zien dus ook op (uitvoerbare) computerprogramma's.

Als de software zelf onder de reikwijdte van de Wob en Who valt, dan geldt dat zonder meer ook voor de bijbehorende broncode. Broncode is immers een schriftelijk stuk dat gegevens bevat. Nu we hebben vastgesteld dat de broncode van software onder de Wob en Who valt, kunnen we vaststellen dat gelet op het bepaalde in art. 25i lid 2, sub b. Mw, overheden niet in strijd met de integralekosteneis handelen door de broncode van software gratis beschikbaar te stellen, voor zover deze software aangeschaft of geschreven is ter uitvoering van een publieke taak.

De beschikbare richtlijn hergebruik van overheidsinformatie voorziet bovendien expliciet in de mogelijkheid om computerprogramma's in de reikwijdte van de nationale wetgeving op te nemen.<sup>29</sup> De Nederlandse wetgever heeft deze richtlijn nog niet omgezet. Wij pleiten voor een expliciete vermelding van broncode in de nationale wetgeving waarmee

21. Art. 25i lid 2 sub b Mw.

22. Art. 25i lid 2, aanhef en sub b Mw luidt: 'Het eerste lid is niet van toepassing: b) indien de economische activiteiten inhouden het *verstrekken* van gegevens die het bestuursorgaan heeft *verkregen* in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden of het verstrekken van gegevensbestanden die uit de genoemde gegevens zijn samengesteld;' (cursivering auteurs).

23. *Kamerstukken II 2007/08, 31354, 3, p. 14.*

24. *Aansprakelijkheid voor overheidsinformatie*, Pels Rijken & Droogleevers Fortuijn en K.U. Brabant 2001, p. 73.

25. Art. 1 sub a Wob.

26. ABRvS 5 maart 1982, AB 1982, 352.

27. Overweging 9 van richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie (*PbEU* 2003, L 345, p. 90). De richtlijn is in Nederland aanvankelijk omgezet in de Wet openbaarheid bestuur (*Stb.* 2006, 25); later zijn de regels verplaatst naar een nieuwe Wet hergebruik van overheidsinformatie (*Stb.* 2015, 271).

28. *Kamerstukken II 2004/05, 30188, 3, p. 6.*

29. Overweging 30 van richtlijn (EU) 2019/1024 inzake inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie (herschikking) (*PbEU* 2019, L 172, p. 56).



de richtlijn voor 17 juli 2021 geïmplementeerd moet worden, om elke verwarring omtrent de toepasselijkheid van de WMO weg te nemen.

Ook de Europese Commissie onderschrijft nu de insteek dat broncode gezien zou moeten worden als gegevens in de zin van de hergebruikrichtlijn. De Commissie publiceerde in oktober 2020 een nieuwe strategie over het gebruik van open source software, waarin zij stelt dat broncode een grote, diverse en waardevolle bijdrage kan leveren aan de kenniseconomie. Het delen van deze gegevens zal het groeipotentieel van de digitale economie optimaliseren, aldus de Commissie. Dit sluit aan bij haar Digital Single Market-strategie, die gebaseerd is op het feit dat informatietechnologie niet langer een specifieke sector is, maar het fundament voor alle moderne innovatieve economische systemen. Om die reden streeft de Commissie naar het delen van software op een manier die gelijk is aan het delen van haar documenten.<sup>30</sup>

## 5. Verbod op exclusief gegevensgebruik

De WMO staat niet alleen de publicatie van broncode toe: onder omstandigheden zijn overheden zelfs verplicht om de broncode van hun software ter beschikking te stellen. Dat is het geval indien een bestuursorgaan commerciële activiteiten ontplooit op basis van de software die verkregen is ter uitvoering van een publieke taak. Dit volgt uit het verbod op exclusief gegevensverbruik.<sup>31</sup> De economische activiteit is toegestaan, op voorwaarde dat de gegevens waarop die gebaseerd is ook voor derden beschikbaar zijn.

Ratio van het verbod op exclusief gegevensgebruik is het groeiende belang van gegevens voor de economie. De gedragsregel zorgt ervoor dat de overheid haar gegevensbestanden niet kan monopoliseren. Een voorbeeld: gemeente X inventariseert welke bomen besmet zijn met de eikenprocessierups. Vervolgens biedt de gemeente aan om deze bomen – tegen een kleine vergoeding – te kappen. Het kappen van de bomen is een economische activiteit. Die kan ook door hoveniersbedrijven worden uitgevoerd. Daarom is de gemeente verplicht om deze gegevens ook ter beschikking te stellen aan private ondernemingen.<sup>32</sup>

Deze gedragsregel is ook van toepassing indien een overheidsorganisatie software verkoopt. Een denkbare situatie is de volgende: een waterschap bouwt en onderhoudt computergestuurde rioolgemalen. Het besturingssysteem van deze gemalen is door het waterschap zelf ontwikkeld. Stel nu dat het waterschap exemplaren van dit besturingssys-

teem, dat ook voor andere rioolgemalen kan worden gebruikt, wil verkopen aan private partijen. Het ontwikkelen van de software hangt samen met de publieke taak van het waterschap om zorg te dragen voor het watersysteem en de zuivering van afvalwater.<sup>33</sup> De broncode van de software bestaat dus uit gegevens die het waterschap heeft verkregen in de uitvoering van zijn publieke taak. Als het waterschap vervolgens die uitvoerbare software zou verkopen, verricht zij dus een commerciële activiteit op basis van gegevens die zijn verkregen in de uitoefening van een publieke taak. Art. 25k Mw bepaalt dat het waterschap in dit geval de gegevens – de broncode dus – ook voor derden beschikbaar moet maken.

## 6. Overige gedragsregels

De WMO stelt nog twee gedragsregels voor overheidsinstanties. Ten eerste mag een bestuursorgaan geen overheidsbedrijven bevoordelen (bevoordelingsverbod).<sup>34</sup> Van deze situatie zal geen sprake zijn bij de openbare beschikbaarstelling van broncode, want daarvan kan iedereen gelijkelijk profiteren. Ten tweede mag een functionaris niet tegelijkertijd betrokken zijn bij de uitvoering van een publieke taak en bij de uitvoering van een economische activiteit die met die taak samenhangt (verplichting tot functiescheiding).<sup>35</sup> Dat betekent concreet dat dezelfde functionaris die betrokken is bij de uitvoering van de publieke taak waarvoor software wordt geschreven, zich niet tegelijk mag bezighouden met de verstrekking van de broncode van die software. Het lijkt er echter niet op dat deze gedragsregel veel problemen oplevert als een overheidsinstantie besluit om broncode te publiceren.

## 7. Algemeenbelangbesluit

De enkele publicatie van broncode verschilt dus van het archetype economische activiteit dat de wetgever voor ogen had, zoals de exploitatie van een gemeentelijk zwembad, een haven of een parkeergarage. De publicatie van broncode verschilt van zo'n archetypische economische activiteit omdat de broncode voortvloeit uit een publiekrechtelijke bevoegdheid. De overheid stelt zich niet primair ten doel om software te ontwikkelen met het oog op de verkoop hiervan. In plaats van de broncode te exploiteren, wordt deze gratis aangeboden waardoor iedereen deze kan hergebruiken, inzien, en verbeteren.

Voor een economische activiteit van algemeen belang geeft de WMO ruimte aan overheidsinstanties om de wet buiten toepassing te verklaren door middel van het nemen van een algemeenbelangbe-

30. *Open Source Software Strategy 2020 – 2023. Think Open*, C(2020) 7149 final, ec.europa.eu, p. 7.

31. Art. 25k Mw.

32. Voorbeeld ontleend aan *Als ambtenaren ondernemers worden. Met de Wet Markt en Overheid kansen en keuzes bieden voor bedrijven en consumenten*, Den Haag: Autoriteit Consument en Markt 2014, p. 24.

33. Art. 1 lid 2 Waterschapswet jo. art. 3.4 lid 1 Waterwet.

34. Art. 25j Mw.

35. Art. 25l Mw.

sluit.<sup>36</sup> Deze uitzondering op de toepasselijkheid is per amendement ingevoerd om de autonomie van decentrale overheden bij de behartiging van het algemeen belang volledig te respecteren.<sup>37</sup> Indien decentrale overheden of bestuursorganen van het Rijk een economische activiteit als algemeen belang beschouwen, kunnen zij de WMO als het ware eenzijdig buiten toepassing verklaren.

De wetgever erkent dat de beoordeling van het algemeen belang bij uitstek een politieke aangelegenheid is en biedt het bestuursorgaan daarom een ruime beoordelingsvrijheid.<sup>38</sup> De beoordelingsruimte van het betrokken bestuursorgaan is echter niet onbegrensd. Er moet een balans worden gevonden tussen de hoofdregel van art. 25i Mw en de uitzonderingsmogelijkheid van het algemeenbelangbesluit. Het besluit moet daarom deugdelijk en draagkrachtig worden gemotiveerd. Naar oordeel van het CBb moet een bestuursorgaan kunnen aantonen dat de economische activiteit noodzakelijkerwijs onder de kostprijs moet worden aangeboden om het algemeen belang te dienen. Van noodzakelijkheid is in elk geval geen sprake indien marktpartijen deze dienst ook zouden kunnen aanbieden. Bovendien moet het bestuursorgaan ervoor zorgen dat alle belangen worden gewogen en dat het nadeel voor commerciële partijen zoveel mogelijk wordt beperkt.<sup>39</sup>

Zoals wij in de inleiding al hebben betoogd, is er een veelheid aan redenen om de beschikbaarstelling van broncode als dienstbaar aan het algemeen belang aan te merken. Denk daarbij aan het stimuleren van technologische vooruitgang, het bevorderen van interoperabiliteit van systemen, en het vergroten van de legitimiteit van overheidsbeslissingen. Hoewel het nemen van een algemeenbelangbesluit de vertwijfeling van overheden voor een groot deel zou kunnen wegnemen, gelden er zware formele en motiveringseisen. Bovendien valt te betwijfelen of een bestuursorgaan een besluit kan nemen voor beschikbaarstelling van broncode in het algemeen, of dat elk stuk broncode een eigen besluit vereist.

## 8. Conclusie

In dit artikel is gekeken naar de juridische toelaatbaarheid van het beschikbaar stellen van de broncode van overheidssoftware, voornamelijk in het licht van de Wet Markt en Overheid en de Wet hergebruik overheidsinformatie. Verschillende bepalingen in de WMO zijn op het eerste gezicht niet verenigbaar met het beschikbaar stellen van software. Een uitgebreide analyse laat echter zien dat de WMO hergebruik van overheidssoftware in

beginsel toestaat en onder omstandigheden zelfs verplicht stelt.

Indien de beschikbaarstelling van broncode van overheidssoftware samenhangt met een publieke taak, dan is de WMO niet van toepassing. Die situatie komt echter weinig voor. Een overheidsorganisatie dat zich juridisch geheel wil indekken, kan een besluit nemen waarin het de WMO buiten toepassing verklaart op de beschikbaarstelling van bepaalde broncode. Deze procedure is echter omslachtig, en bovendien niet noodzakelijk.

De integralekosteneis leidt namelijk nauwelijks tot problemen, omdat de beschikbaarstelling van de broncode ons inziens moet worden losgekoppeld van de initiële ontwikkeling van de software. Bij de publicatie van broncode zullen de integrale kosten van deze economische activiteit verwaarloosbaar klein zijn. Wij pleiten ervoor om een dergelijke minimale kostenpost uit te sluiten van toepassing van de WMO.

Enige onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van het begrip 'document' uit de Wet openbaarheid bestuur en de Wet hergebruik overheidsinformatie. Indien dit begrip zich, zoals wij in dit artikel tot uitgangspunt nemen, inderdaad uitstrekt tot software en de bijbehorende broncode, dan is zelfs de integralekosteneis bij die beschikbaarstelling niet van toepassing. Sterker nog: een overheidsorganisatie die een economische activiteit wil ontplooiën bestaande uit de exploitatie van software, is zelfs verplicht om de broncode van die software publiek ter beschikking te stellen.

Hoewel de WMO dus al enige uitwegen en aanknopingspunten lijkt te bieden waarmee een overheidsorganisatie de haar toebehorende broncode beschikbaar kan stellen, pleiten wij desondanks voor een expliciete wettelijke regeling. Door de beschikbaarstelling van broncode expliciet uit te zonderen van het toepassingsbereik van de WMO hoeven overheidsorganisaties zich geen zorgen te maken over de toelaatbaarheid van hun handelen. Bovendien zou broncode van software onder hetzelfde hergebruikstelsel moeten vallen als overheidsdocumenten op grond van de Wet hergebruik overheidsinformatie. Op die manier kan de maatschappij maximaal profiteren van alle voordelen van open source software.

36. Art. 25h lid 5 en 6 Mw.

37. *Kamerstukken II* 2008/09, 31354, 32.

38. *Kamerstukken I* 2009/10, 31354, C, p. 2 en 7.

39. CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660 (*Parkeergarage Hengelo*); CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661 (*Jachthaven Zeewolde*).