

Raad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
Kneuterdijk 22
2514 EN Den Haag

**Hoger beroep tegen de uitspraak van de
Rechtbank Overijssel**
zittingsplaats Zwolle
d.d. 27 januari 2020
zaaknummer AWB 19/1102

inzake

De heer J.M.P. van den Oever
wonende te Borne
eiser

tegen

Tweede Kamer der Staten-Generaal
zetelend te Den Haag
verweerder

Borne, 8 maart 2020.

Geacht college,

Op 23 januari 2018 heb ik aan verweerder een verzoek gericht om de broncode van de *Debat Direct App*, zijnde de herbruikbare versie van deze app, alsmede de computerleesbare instructies voor het compileren van de broncode tot door de computer (of smartphone) uitvoerbare software, hierna 'de broncode', aan mij ter beschikking te stellen. Zoals uit het dossier blijkt is dit verzoek geweigerd, is mijn bezwaarschrift hiertegen afgewezen en is mijn beroepschrift bij de rechtbank eveneens afgewezen. Ik ben van oordeel dat de gronden die de rechtbank hiervoor heeft aangevoerd de beslissing niet kunnen dragen en dat deze derhalve dient te worden vernietigd.

Het geschil heeft zich toegespitst op de vraag of de broncode van de Debat Direct app (hierna: 'de App') voor hergebruik beschikbaar zou moeten zijn op grond van de Wet hergebruik van overheidsinformatie (Who). Daarbij is cruciaal de vraag of de broncode de herbruikbare vorm is van de App. In rechtsoverweging 5 blijkt de rechtbank deze mening niet toegedaan: "Met verweerder is de rechtbank van oordeel dat de vrij te downloaden app niet hetzelfde is als de broncode die daaraan ten grondslag ligt." In dezelfde alinea stelt de rechtbank: "Eiser erkent dat de app en de broncode in vorm verschillen", daarmee ten onrechte implicerende dat ik eveneens de mening zou zijn toegedaan dat app en broncode verschillende zaken zijn. Het verschil in bewoording is echter cruciaal.

Naar mijn mening verschillen broncode en App weliswaar in vorm, maar zijn zij daardoor voor de Who niet als 'ander document' op te vatten. Voor het onderscheid tussen de verschijningsvormen van computercode vinden we bij Regine Scholten en Nico Hollebeek een heldere beschrijving:

Software heeft twee verschillende verschijningsvormen: de broncode, ook vaak source code genoemd, en de objectcode. De broncode bevat de door de programmeur geschreven instructies in een bepaalde programmeertaal, terwijl de objectcode de voor de computer leesbare versie hiervan is. Er is meestal een vertaalprogramma nodig om de broncode in objectcode om te zetten. Om software te kunnen onderhouden, herstellen, uit te breiden, of te vernieuwen, is de beschikbaarheid van de broncode veelal onontbeerlijk.¹ (Onderstreping JvdO)

Door de broncode als een ander document aan te merken dan de objectcode wordt verweerder door de rechtbank ontslagen van de verplichting om deze voor hergebruik beschikbaar te stellen. Verweerder valt immers niet onder de Wet openbaar van bestuur (Wob), en krachtens de Who en de memorie van toelichting daarop bepalen organisaties die niet onder de Wob vallen maar wel onder de Who, zélf welke informatie zij openbaar maken. Indien zij door feitelijk handelen informatie openbaar maken, dan zijn zij ook verplicht om deze voor hergebruik aan te bieden.

Worden App en broncode als twee verschijningsvormen van één document worden gezien dan zou de broncode dus verplicht voor hergebruik beschikbaar moeten worden gesteld; worden App en broncode daarentegen als twee verschillende documenten beschouwd – zoals de rechtbank heeft gedaan – dan zou verweerder niet verplicht zijn om de broncode ter beschikking te stellen.

Bij de omzetting van broncode naar objectcode gaat er niet, zoals de rechtbank in navolging van verweerder betoogt, veel waarde verloren; wel is er sprake van een optimalisatie van de code voor het specifieke gebruik daarvan: executie van het programma door de computer of onderhoud een aan-

¹ Regine Scholten en Nico Hollebeek, 'Open Source Software' in het preadvies: Elisabeth Thole, Regine Scholten en Wouter Seinen (red.) 'Open Source Software: Een verkenning naar de juridische aspecten van open source software', Nederlandse Vereniging voor Informatietechnologie en Recht (NVvIR), Elsevier Juridisch, 2006, pag. 16.

passingen door de ontwikkelaar. De omzetting van broncode naar objectcode is goed vergelijkbaar met het omzetten van een Word- of XML-bestand naar een PDF-bestand. Men zou kunnen zeggen dat ook daar informatie verloren gaat bij het omzetten van de ene verschijningsvorm naar de andere verschijningsvorm, terwijl het uitsluitend een optimalisatie voor een ander doel betreft. PDF is bijvoorbeeld beter archiveerbaar, begrijpelijker voor mensen op verschillende soorten apparaten, terwijl het Word of XML-formaat nodig is om nieuwe en aangepaste versies het PDF-document te kunnen produceren. En net als met broncode en objectcode is het vrijwel onmogelijk om de PDF te wijzigen zonder daarvoor de Word- of XML-vorm tot de beschikking te hebben, of om vanuit de PDF weer het Word- of XML-document te creëren. Er is dan ook algemene consensus dat het aan de PDF ten grondslag liggende Word- of XML-document de voor hergebruik beschikbare vorm van de PDF is, en niemand zal betogen dat Word- of XML-versie een compleet ander document is dan de PDF, ook al is er bij de omzetting van het Word- of XML-document naar PDF 'waarde verloren gegaan'.

Het feit dat de door mensen bewerkbare, oorspronkelijke verschijningsvorm (Word/XML voor tekstbestanden, broncode voor software) niet een-op-een (bit voor bit) overeenkomt met de voor een bepaalde verwerking geoptimaliseerde verschijningsvorm (PDF voor tekstdoeleinden, objectcode voor software) mag er dan ook niet toe leiden dat het oorspronkelijke, door mensen en andersoortige computerprogramma's bewerkbare formaat niet als de in de Who bedoelde herbruikbare versie zou worden opgevat. Blijkens rechtsoverweging 5 is de rechtbank echter van opvatting dat dit 'een-op-een overeenkomen' het juridisch relevante criterium zou zijn voor het beoordelen van de vraag of door het vrijwillig publiceren van de uiteindelijke verschijningsvorm de oorspronkelijke verschijningsvorm krachtens de Who als de herbruikbare versie kan worden opgevat. Het moge duidelijk zijn dat deze opvatting op een misvatting berust.

Dat de voor hergebruik ter beschikking te stellen verschijningsvorm anders kan zijn dan de gepubliceerde verschijningsvorm blijkt reeds uit artikel 5 lid 1 Who: *"De voor hergebruik beschikbare informatie wordt verstrekt zoals de informatie bij de met een publieke taak belaste instelling aanwezig is en voor zover mogelijk langs elektronische weg, in een open en machinaal leesbaar formaat [...]."* Omdat er voor het omzetten van de broncode naar de objectcode geen bijzondere handelingen zijn vereist, is artikel 5 lid 2 Who niet van toepassing: de broncode hoeft niet te worden vervaardigd met het oog op hergebruik, maar de broncode bestaat reeds en wordt met een druk op de knop omgezet naar objectcode.

Het is derhalve mijn stelling dat broncode en objectcode twee verschijningsvormen van hetzelfde document zijn. Ik heb dan ook eerder gesteld dat de broncode reeds juridisch openbaar is omdat de objectcode reeds openbaar is. Dit is door verweerder ontkend, zoals ook tot uitdrukking gebracht in overweging 3, waar de rechtbank stelt: *"Verweerder ziet af van onverplichte openbaarmaking en ter beschikkingstelling voor hergebruik [van de broncode, JvdO]."*

Dit laatste is evenwel feitelijk onjuist. In de met een browser op de website van verweerder raadpleegbare versie van de App (<https://debatdirect.tweedekamer.nl>) is namelijk de broncode direct opvraagbaar. In bijlage 'Overzicht verschijningsvormen van de App' is gedemonstreerd hoe iedere burger vrijwel de gehele broncode op kan halen van de website van de Tweede Kamer. Ten bewijze heb ik het resultaat hiervan in een zip-bestand gemaakt. De lijst met bestanden in deze zip heb ik toegevoegd.

Verweerder heeft in het verleden ook in de Android App het merendeel van de broncode gepubliceerd. Dit wordt beschreven in de bijlage 'Analyse historische versies van de Android App'.

Terzijde wil ik hierbij nog opmerken dat verweerder de op hem rustende plicht ex artikel 3 lid 4 Who heeft verzaakt: verweerder had mij, op basis van de 'behulpzaamheid' waartoe deze bepaling verplicht, op z'n minst dienen te wijzen op het openbare bestaan van (dit deel van) de broncode.

Als door verweerder de gangbare software-ontwikkelmethodes worden gevolgd – en er is niet gesteld, noch is aannemelijk dat dat niet zo zou zijn – dan zijn grote delen van deze broncode niet alleen in de webversie, maar ook in de verschijningsvormen van de app voor iOS, Android en Windows gebruikt. Volgens dezelfde gangbare softwareontwikkelmethodes staan (a) de door app en webversie gedeelde componenten (de *Javascript source maps*), (b) het (kleine) stukje aanvullende code dat alleen voor de webversie wordt gebruikt en (c) het (kleine) stukje aanvullende code dat alleen door de App wordt gebruikt in een en hetzelfde broncodebeheersysteem (zoals 'Git').²

Het is voor mij onbegrijpelijk dat de broncode van component (a) door verweerder wel (in de redenering en terminologie van verweerder en rechtbank) 'onverplicht openbaar is gemaakt', terwijl er aangaande de delen (b) en (c) opeens wordt betoogd dat het hier een ander document zou betreffen. Verweerder ziet beweerdelijk ook af van terbeschikkingstelling voor hergebruik omdat dit tot 'manipulatie van het informatiekanaal zou kunnen leiden.' De rechtbank lijkt verweerder daarin te volgen. Dit argument is evenwel niet valide. Immers, de broncode voor de communicatie tussen client en server behoort tot de broncode die door verweerder reeds vrijwillig openbaar is gemaakt.

Samenvattend ben ik van oordeel dat verweerder zowel de objectcode, en via die objectcode het merendeel van de broncode, reeds feitelijk openbaar heeft gemaakt en dat er daarom een verplichting bestaat om ook voor het resterende deel de broncode voor hergebruik vrij te geven.

Wellicht ten overvloede merk ik op dat krachtens artikel 6 lid 2 Who aan het hergebruik geen licentievoorwaarden mogen worden opgelegd die de mogelijkheden tot hergebruik nodeloos beperken. De disclaimer die van toepassing lijkt op de App (<https://www.tweedekamer.nl/applicaties/disclaimer>) stelt dat alle inhoud behalve het audiovisueel materiaal beschikbaar is onder de *Creative Commons CC BY-ND* (naamsvermelding - geen afgeleide werken). Deze licentie is meer beperkend dan artikel 6 lid 2 Who beoogt en voorschrijft; het maken van afgeleide werken zou op basis van de Who immers moeten zijn toegestaan. Gegeven de vrijwillige beschikbaarstelling van vrijwel de gehele broncode door verweerder en de tekst van artikel 6 lid 2 Who moet worden begrepen dat *in casu* de vrijheid bestaat om de broncode te gebruiken om de werking van het programma te bestuderen, deze, al dan niet na aanpassing, voor enig ander doel te gebruiken, inclusief verdere verspreiding. Dit betekent dat de broncode beschikbaar zou moeten zijn volgens de licentievoorwaarden die verweerder toepasselijk heeft verklaard op alle andere voor hergebruik beschikbaar gemaakte documenten: *Creative Commons CC0 1.0 Universal (Public Domain)*, zoals vermeld op <https://opendata.tweedekamer.nl/documentatie/al-gemene-informatie>.

Mocht uw College van oordeel zijn dat broncode toch als zelfstandig document moet worden beschouwd, en dat gezien de vrijwillige beschikbaarstelling ervan door verweerder op de eigen website, de vraag aan de orde zou zijn of dit type document wel onder de documentdefinitie van de herziene Hergebruikrichtlijn (en derhalve de Who) valt, dan wil ik u wijzen op de uitspraak van de Franse rechter³ waarin deze vraag eveneens aan de orde kwam. De Franse rechter heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Ik ben van mening dat deze Franse beslissing, in het licht van de doctrine van *acte clair/acte éclairé* ook voor de Nederlandse rechter leidend zou moeten zijn (meer in het bijzonder op grond van het Cilfit-arrest (ECLI:EU:C:1982:335)). Mocht uw College een ander oordeel zijn toegedaan dan de Franse rechter, dan ligt het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie in de rede.

2 Zie bijvoorbeeld developer.overheid.nl, waarvan de code beschikbaar is op <https://gitlab.com/commonground/developer.overheid.nl>.

3 *Tribunal Administratif* te Parijs d.d. 10-03-2016, N°1508951/5-2, uitspraak is als bijlage meegezonden bij het beroepschrift in eerste aanleg.

Mocht uw College van oordeel zijn dat ondanks mijn bovengenoemde argumenten de beslissing van de rechtbank dat er bij broncode en objectcode sprake is van twee afzonderlijke documenten gevolgd zou moeten worden, alsmede dat de vrijwillig door verweerder ter beschikking gestelde broncode niet zelfstandig onder de Who valt, en dat verweerder zich, zoals door de rechtbank gesanctioneerd, mag beroepen op de in de wetshistorie geformuleerde regel⁴ dat organisaties die wel onder de Who vallen doch niet onder de Wob, zelf mogen besluiten welke documenten zij openbaar maken en daarmee voor hergebruik ter beschikking stellen, dan dient mijns inziens de vraag te worden beantwoord of de wetgever daarbij niet als rechtvaardigingsgrond de bijzondere positie van dergelijke organisaties voor ogen heeft gehad en dat deze uitzondering dus alleen geldt voor documenten die eigen zijn aan de bijzondere werkzaamheden van deze organisaties. Daarvan is *in casu* evenwel geen sprake: er is geen juridisch relevant verschil tussen enerzijds de broncode van apps gepubliceerd door organisaties die zowel onder de Wob als de Who vallen en anderzijds de broncode van apps gepubliceerd door organisaties die niet onder de Wob maar wel onder de Who vallen.

Met de meeste hoogachting,
J.M.P. van den Oever

Bijlagen:

- Overzicht verschijningsvormen van de App (verschijningsvormen.pdf)
- Analyse historische versies van de Android App (android.pdf)
- Lijst met bestanden in de source maps (listing.pdf)

De broncode en historische versies van de Android app konden niet via het digitale loket worden ingediend. Daarom is volstaan met een lijst van bronbestanden. De bijlages bevatten beschrijvingen hoe deze externe informatie verkregen kan worden. Deze informatie is in ons bezit.

4 Kamerstukken II 2014/15, 34 123, nr 6 p 6.