

PELS RIJCKEN

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Nr. 202001728/1/A3

Verweerschrift

inzake

Tweede Kamer der Staten-Generaal

zetelend te Den Haag

verweeder,

gemachtigde: mr. N.N. Bontje, advocaat te
Den Haag

tegen

De heer J.M.P. van den Oever

wonende te 

appellant 

1 Inleiding

- 1.1 Het hoger beroep van de heer J.M.P. van den Oever (hierna: appellant) is gericht tegen de uitspraak van de meervoudige kamer van de Rechtbank Overijssel (hierna: rechtbank) van 27 januari 2020, waarbij het beroep van appellant tegen de beslissing op bezwaar van 1 mei 2019 ongegrond is verklaard (hierna: bestreden uitspraak).
- 1.2 De zaak heeft betrekking op een verzoek van appellant om de broncode van de *Debat Direct*-app (hierna: de app) voor hergebruik ter beschikking te stellen. Daartoe heeft appellant een beroep gedaan op de Wet hergebruik van overheidsinformatie (hierna: Who). De Tweede Kamer der Staten-Generaal (hierna: verweerder) heeft het verzoek afgewezen en het besluit daartoe in bezwaar gehandhaafd (hierna: het bestreden besluit). De reden voor afwijzing is dat de broncode geen openbare informatie betreft en de Who daarom niet van toepassing is.
- 1.3 Appellant kan zich met de bestreden uitspraak niet verenigen en heeft hoger beroep ingesteld. In dit verweerschrift zal verweerder op de gronden van het hoger beroep reageren.

2 Juridisch kader

- 2.1 De Who heeft betrekking op hergebruik van onder de overheid berustende informatie neergelegd in documenten. Met hergebruik wordt bedoeld op het gebruik van overheidsinformatie voor een ander doel dan het oorspronkelijke doel waarvoor de informatie binnen een publieke taak is geproduceerd (artikel 1, aanhef en onder b, Who).
- 2.2 Het toepassingsbereik van de Who is (onder meer) beperkt tot informatie die openbaar is op grond van de wet (artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, Who). Dat betekent dat als informatie niet openbaar is die informatie ook niet voor hergebruik in aanmerking komt.
- 2.3 Instellingen waarop de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) niet van toepassing is, zoals de Tweede Kamer,¹ zijn niet verplicht bij een Who-verzoek dat betrekking heeft op niet-openbare informatie alsnog te toetsen of die informatie openbaar kan worden gemaakt. Als de gevraagde informatie niet openbaar is, dan is hergebruik niet mogelijk.

Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 123, nr. 6, p. 6:

“Als het verzoek gericht is aan een instelling waar de Wob niet op van toepassing is, is de instelling niet verplicht tot een toetsing aan artikel 10 en 11 Wob. Het staat de instelling dan vrij te besluiten of de informatie

¹ Artikel 1a Wob jo. artikel 1:1, tweede lid, aanhef en onder b, Awb.

openbaar wordt gemaakt en in het verlengde daarvan voor hergebruik ter beschikking wordt gesteld. Hierbij moet een kanttekening worden gemaakt. Als een instelling waarop de Wob niet van toepassing is, bepaalde informatie bestendig openbaar heeft gemaakt, door deze te verspreiden of desgevraagd ter beschikking te stellen, kan de instelling bij een verzoek om hergebruik niet volhouden dat de informatie niet openbaar is. Indien de gevraagde informatie niet openbaar is, is hergebruik inderdaad niet mogelijk.”

- 2.4 De reactie op een verzoek om hergebruik is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), ook als die reactie afkomstig is van een instelling die geen bestuursorgaan is, zoals de Tweede Kamer (artikel 2, tweede lid, Who).

3 De bestreden uitspraak

- 3.1 De rechtbank heeft – voor zover van belang – het volgende overwogen:

“4. Eiser stelt dat de door hem gevraagde broncode reeds openbaar is in de vorm van de Debat Direct App. Eiser wil een aangepaste versie van de app maken en heeft daarvoor de broncode nodig. Zowel de app als de daaraan ten grondslag liggende broncode zijn volgens eiser aan te merken als informatie neergelegd in documenten als bedoeld in de Who.

5. Met verweerder is de rechtbank van oordeel dat de vrij te downloaden app niet hetzelfde is als de broncode die daaraan ten grondslag ligt. De broncode biedt inzicht in de opbouw van een computerprogramma. De app bevat de voor een computer leesbare vorm van de broncode. Eiser erkent dat de app en de broncode in vorm verschillen.

Bij het omzetten van de ene vorm naar de andere vorm, van broncode naar app, gaat er, zoals verweerder onderbouwd heeft gesteld, veel waarde verloren, wat reeds impliceert dat de informatie die de app bevat en die de broncode bevat niet een-op-een overeenkomen.

Hieruit volgt dat de gevraagde broncode niet hetzelfde is als de reeds openbaar gemaakte app.

De broncode is, anders dan eiser stelt, dan ook niet reeds feitelijk openbaar. Nu verweerder niet onder de Wob valt, wat eiser niet bestrijdt, en de broncode om die reden niet openbaar is op grond van de wet, heeft verweerder eisers verzoek om hergebruik van de broncode terecht afgewezen. Aan de beoordeling of de broncode geldt als informatie neergelegd in documenten wordt niet toegekomen.”

- 3.2 Aldus oordeelt de rechtbank dat verweerder het verzoek van appellant terecht heeft afgewezen, omdat de gevraagde informatie niet openbaar is. De Who is op deze informatie niet van toepassing (artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, Who).

4 Gronden van het hoger beroep

- 4.1 Uit het hogerberoepschrift van appelland maakt verweerder op dat hij drie gronden aanvoert. Deze zullen hierna afzonderlijk worden besproken.

Grond 1: één document, twee verschijningsvormen

- 4.2 Volgens appelland heeft de rechtbank miskent dat de broncode en de app weliswaar in vorm verschillen, maar niet als afzonderlijke documenten kunnen worden opgevat. Het gaat volgens appelland om twee verschijningsvormen van één document, namelijk (i) de broncode (ook vaak source code genoemd) en (ii) de objectcode. Volgens appelland heeft verweerder de objectcode en (via de objectcode) het merendeel van de broncode reeds feitelijk openbaar gemaakt. Er bestaat volgens appelland daarom een verplichting ook het resterende deel van de broncode voor hergebruik vrij te geven.
- 4.3 Zoals verweerder al toelichtte (zie verweerschrift van 10 oktober 2019) is een vrij te downloaden app niet hetzelfde als de broncode die aan een app ten grondslag ligt.
- 4.4 De broncode van een computerprogramma is de voor mensen (of programmeurs) lees- en schrijfbaar instructies om een bepaald resultaat te bereiken. Een computer kan de broncode als zodanig niet uitvoeren. Hiervoor is vereist dat een machine (de compiler) de broncode eerst omzet in een voor de computer leesbare vorm: de machinecode. Het uitvoeren van de machinecode leidt er vervolgens toe dat deze door een gebruiker kan worden gebruikt. Dit is de versie van een computerprogramma die openbaar wordt gemaakt (objectcode). Hoewel de broncode en de machinecode betrekking hebben op hetzelfde computerprogramma, vertegenwoordigen deze een fundamenteel verschillende waarde. De broncode is in feite een bouwtekening van de app en de machinecode het daadwerkelijke bouwwerk. Het omzetten van programmacode naar machinecode (*compilen*) is in beginsel een onomkeerbaar proces. Gedurende het *compilen* gaat er veel waarde verloren: alleen de broncode biedt inzicht in de opbouw van een computerprogramma en kan eenvoudig worden aangepast.
- 4.5 Dit laatste is in ieder geval niet in geschil, zo volgt uit het hogerberoepschrift waar appelland de vergelijking maakt met de omzetting van een Word- of XML-document (broncode) naar een PDF-document dat openbaar wordt gemaakt (objectcode). Het is volgens appelland vrijwel onmogelijk om de PDF-document (objectcode) te wijzigen zonder over het Word- of XML-document (broncode) te beschikken, of vanuit het PDF-document weer het Word- of XML-document te creëren. Het gaat dus om verschillende documenten. Appelland en verweerder lijken het dan ook eens dat de broncode feitelijk andere of meer informatie bevat dan de objectcode. Verder is ook niet in geschil dat deze informatie die alleen in de broncode is neergelegd, nu ook appelland onderkent dat in ieder geval een deel van de broncode niet openbaar is.

- 4.6 Uit artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, Who volgt dat deze wet niet van toepassing is op informatie die niet openbaar is. Het gaat er dus om of de *informatie* openbaar is en niet of sprake is van één of meer documenten (in andere verschijningsvormen). Zo al juist is dat de broncode en de machinecode (of objectcode) als één "document" moet worden beschouwd - zoals eiser stelt - waarvan een deel (de machinecode) via de app openbaar is geworden, dan brengt dat niet mee dat dus ook het resterende deel van het "document" (de broncode) voor hergebruik beschikbaar moeten worden gesteld. De informatie die in dit deel van het "document" is neergelegd, is niet openbaar. De Who is op deze informatie niet van toepassing, zodat er geen verplichting is om (ook) deze informatie voor hergebruik beschikbaar te stellen.
- 4.7 De eerste grond faalt derhalve.
- 4.8 Overigens heeft verweerder naar aanleiding van het verzoek van appellant wel onderzocht of de broncode eventueel openbaar zou kunnen worden gemaakt en vervolgens voor hergebruik ter beschikking kan worden gesteld. In het bestreden besluit (zie pagina 2) is toegelicht waarom de broncode niet voor openbaarmaking in aanmerking komt. Verweerder verwijst daarnaar.

Grond 2: broncode is een document in de zin van artikel 1, onder d, Who

- 4.9 De tweede grond van appellant houdt in dat uit een uitspraak van de Franse rechter zou volgen dat een broncode een document is dat onder de documentdefinitie van de herziene Hergebruikrichtlijn (en derhalve van de Who) valt.
- 4.10 De rechtbank is echter niet toegekomen aan de vraag of de broncode een document is in de zin van artikel 1, onder d, Who. Deze vraag wordt in het kader van de Who pas relevant als het gaat om informatie die openbaar is. Dat is echter, zoals hiervoor toegelicht, niet het geval. De rechtbank is dan ook terecht niet aan deze vragen toegekomen. Dit betekent ook dat de uitspraak van de Franse rechter in deze procedure buiten beschouwing kan blijven.
- 4.11 De tweede grond faalt derhalve.

Grond 3: uitzondering van de Wob niet van toepassing

- 4.12 In de wetsgeschiedenis van de Who is toegelicht dat het instellingen waarop de Wob niet van toepassing is, vrij staat te besluiten of de informatie openbaar wordt gemaakt en in het verlengde daarvan voor hergebruik ter beschikking wordt gesteld (zie hiervoor achter 2.3).
- 4.13 Volgens appellant betreft dit een uitzondering die alleen van toepassing is bij documenten die eigen zijn aan de bijzondere werkzaamheden van organen die van de Wob zijn uitgezonderd. Dit geldt volgens appellant niet voor een broncode, omdat er


geen (juridisch) relevant verschil is tussen broncodes van apps gepubliceerd door instellingen die onder de Wob én de Who vallen en broncodes van instellingen waarop de Who wel, maar de Wob niet van toepassing is.

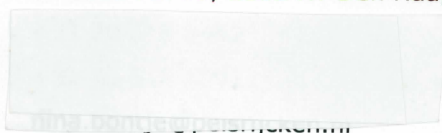
- 4.14 Verweerder ziet voor deze uitleg van de reikwijdte van de Who geen aanknopingspunt in de wetgeschiedenis, rechtspraak of literatuur. Verweerder valt niet onder de Wob en de openbaarmaking van informatie (zoals de broncode) kan niet op grond van de Who worden afgedwongen. Overigens wijst verweerder er ook hierop dat na onderzoek is gebleken dat de broncode niet voor openbaarmaking in aanmerking komt (zie hiervoor achter 4.8).

5 Conclusie

- 5.1 Tot ongegrondverklaring van het hoger beroep.

Den Haag, 1 oktober 2020

bla

advocaat

behandeld door	N.N. Bontje
correspondentie	Postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	
fax	
e-mail	
zaaknr	11010854