

## Aansprakelijkheid voor open data

Ploeger, Hendrik; van Loenen, Bastiaan

**Publication date**

2018

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Computerrecht

**Citation (APA)**

Ploeger, H., & van Loenen, B. (2018). Aansprakelijkheid voor open data. *Computerrecht*, 2018(6), 318-324. [251].

**Important note**

To cite this publication, please use the final published version (if applicable). Please check the document version above.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download, forward or 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 such as Creative Commons.

**Takedown policy**

Please contact us and provide details if you believe this document breaches copyrights. We will remove access to the work immediately and investigate your claim.

***Green Open Access added to TU Delft Institutional Repository***

***'You share, we take care!' - Taverne project***

**<https://www.openaccess.nl/en/you-share-we-take-care>**

Otherwise as indicated in the copyright section: the publisher is the copyright holder of this work and the author uses the Dutch legislation to make this work public.

# Aansprakelijkheid voor open data

Computerrecht 2018/251

**Een veel gehoord bezwaar tegen het aanbieden van open data is de vrees voor aansprakelijkheid, bijvoorbeeld voor schade door het (her)gebruik van gebrekkige data. Maar ook bestaat het risico dat het recht op gegevensbescherming wordt geschonden of inbreuk wordt gemaakt op intellectuele eigendomsrechten. Uit ons onderzoek blijkt dat de aansprakelijkheidsrisico's kunnen worden beperkt door het nemen van de juiste voorzorgsmaatregelen.**

## 1. Inleiding

Open data, dat wil zeggen data die voor eenieder vrij, zonder beperkende voorwaarden, gratis te gebruiken zijn, staat sinds 2010 hoog op de beleidsagenda van de overheid.<sup>2</sup> Er zijn inmiddels in Nederland steeds meer datasets als open data beschikbaar. Voorbeelden zijn de Basisregistratie topografie, het Nationaal Wegenbestand, het Kentekenregister, gegevens van de Nationale databank weg- en verkeergegevens (NDW), gegevens van het CBR, het Actueel Hoogtebestand Nederland, de kadastrale kaart en zeer veel gegevens van het CBS.

De ontwikkeling binnen de overheid om data vrij te geven, lijkt onomkeerbaar. Niet in de laatste plaats omdat er in Europees en nationaal beleid steeds meer aandacht komt voor digitalisering en de waarde die digitale gegevens vertegenwoordigen voor zowel publieke diensten als economische ontwikkelingen. In april 2018 deed de Europese Commissie het voorstel om de verplichtingen voor hoogwaardige gegevens op te schroeven en de reikwijdte van het Europeesrechtelijk kader te verbreden. Ook dynamische gegevens, gegevens van overheidsbedrijven en onderzoeksgegevens, zouden breder beschikbaar moeten worden gesteld aan burger en bedrijfsleven, en dit bij voorkeur als open data, aldus de Commissie.<sup>3</sup>

Echter, de vrees voor aansprakelijkheid is een in de praktijk veel gehoord bezwaar tegen het aanbieden van open data. Als zich fouten of onvolledigheden in de data voordoen dan kunnen anderen daardoor schade lijden. Maar ook als de

data juist en volledig is, kunnen wellicht anderen in hun belangen worden geschaad door het openbaar maken en gebruik van de data.

In dit artikel verkennen wij, aan de hand van een literatuuronderzoek, hoe reëel het risico is dat een open data-aanbieder aansprakelijk kan worden gehouden.<sup>4</sup> Meer bepaald kijken wij naar de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van gebruik van foutieve of onvolledige open data (paragraaf 3), maar ook naar de mogelijkheid dat het aanbieden van open data als zodanig onrechtmatig zou zijn (paragraaf 4). Vervolgens wordt ingegaan op de schending van het recht op bescherming van persoonsgegevens (paragraaf 5) en een inbreuk op bestaande intellectuele eigendomsrechten (paragraaf 6). Wij sluiten af met een conclusie en enkele handreikingen.

## 2. Wat is open data?

Open data berust op het idee dat bepaalde data voor iedereen vrij te gebruiken en te verspreiden moeten zijn. Een scherpe definitie van open data is noodzakelijk om in een concreet geval iets te kunnen zeggen over de mogelijke aansprakelijkheid van een open data-aanbieder.

Volgens Open Knowledge International (OKI), een in 2004 opgericht netwerk dat wereldwijd de vrije verspreiding van informatie promoot, zijn open data die data die voor eenieder vrij te gebruiken, te hergebruiken en te verspreiden zijn.<sup>5</sup> De data moeten in een open formaat en vrij van technologische barrières worden aangeboden tegen hoogstens de verstrekingskosten. Naamsvermelding en het delen onder gelijke voorwaarden mogen van OKI wel als voorwaarde aan het gebruik van de data worden gesteld. Persoonsgegevens zijn van de definitie uitgezonderd.

Waar OKI spreekt van open data in generieke zin wordt in de praktijk vaak met open data bedoeld op open overheidsdata. De Nederlandse overheid hanteert de volgende definitie van open overheidsdata: open data zijn bronnen van onbewerkte overheidsgegevens die bekostigd zijn uit publieke middelen, die openbaar zijn en waarop geen auteursrecht of andere rechten van derden rusten.<sup>6</sup> Open overheidsdata is dus openbare data waarop intellectuele eigendomsrechten van de overheid rusten, dan wel data waarop geheel geen intellectuele eigendomsrechten rusten.

1 Dr. Ir. B. (Bastiaan) van Loenen is universitair hoofddocent aan de Faculteit Bouwkunde, TU Delft en directeur van het Kenniscentrum open data. Prof. dr. H.D. (Hendrik) Ploeger is universitair hoofddocent aan de Faculteit Bouwkunde, TU Delft en verbonden aan het Kenniscentrum open data. Hij is tevens bijzonder hoogleraar aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, VU Amsterdam.

2 B. van Loenen & Y. Verdonk, *Open data: van ideaal tot realiteit*. Delft: NCG 2012. Zie ook European Commission, Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee for the Regions. A Digital Agenda for Europe. COM(2010) 245 final.

3 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake het hergebruik van overheidsinformatie (herschikking) COM(2018) 234 final.

4 Dit artikel is gebaseerd op onderzoek verricht in het kader van het BSIK-programma Next Generation Infrastructures. Het rapport S. Kulk, B. van Loenen & H.D. Ploeger, *Open data and beyond. Exploring existing open data projects to prepare a successful open data strategy*. Deelrapport Aansprakelijkheid, Delft 2012 is beschikbaar op <https://repository.tudelft.nl/islandora/object/uuid%3Afe2b2ef4-31f9-4227-a8d8-68966a537f86?collection=research>.

5 [www.opendefinition.org](http://www.opendefinition.org).

6 Kamerbrief Hergebruik en Open Data: naar betere vindbaarheid en herbruikbaarheid van overheidsinformatie, *Kamerstukken II* 2010/11, 32802, 2, p. 2.

In dit artikel verstaan wij onder open data: data die voor eenieder vrij, zonder beperkende voorwaarden, gratis kunnen worden hergebruikt. Wij concentreren ons hierbij op open data aangeboden door de overheid.

### 3. Foutieve of onvolledige data

#### 3.1 Inleiding

De data die ter beschikking worden gesteld voor hergebruik kunnen fouten bevatten of onvolledig zijn. Denkbaar is dat derden daardoor schade zullen leiden. Men denke aan data die informatie geeft over een bepaald perceel op basis waarvan een onderneming besluit dit aan te kopen voor haar bedrijf. Is de open data-aanbieder aansprakelijk als de informatie onjuist is en het perceel in werkelijkheid ongeschikt blijkt voor het door koper beoogd doel?<sup>7</sup>

Van contractuele aansprakelijkheid (wanprestatie) zal in elk geval geen sprake zijn. Bij open data wordt er per definitie geen overeenkomst tot datalevering gesloten. Het sluiten van dergelijke overeenkomsten druist immers in tegen de grondslagen van open data: gegevens worden zonder voorwaarden aan het algemene publiek aangeboden. Ook als gebruikgemaakt wordt van zogenaamde open data licenties, zoals de creative commons licenties,<sup>8</sup> waar eventuele beperkingen in het gebruik kunnen worden opgelegd,<sup>9</sup> is er geen sprake van een overeenkomst tussen aanbieder en gebruiker. Het verhalen van schade als gevolg van het gebruiken van een open dataset waarin fouten zitten zal daarom gegrond moeten worden op buitencontractuele aansprakelijkheid: onrechtmatig handelen door de open data-aanbieder.

Wij onderzoeken allereerst in hoeverre de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige producten van toepassing zou kunnen zijn (art. 6:185 BW). Vervolgens onderzoeken wij of er sprake kan zijn van een onrechtmatige daad van de open data-aanbieder door het ter beschikking stellen van 'gebrekkige' open data (art. 6:162 BW).

#### 3.2 Productaansprakelijkheid

Als er sprake is van schade door het gebruik van (open) data die foutief of incompleet zijn, ligt het voor de hand om eerst te kijken of art. 6:185 BW van toepassing kan zijn: de risicoaansprakelijkheid voor in het verkeer gebrachte producten die een gebrek vertonen. De producent van een gebrekkig product is aansprakelijk voor de veroorzaakte schade, zonder dat aangetoond hoeft te worden dat het in het verkeer brengen als zodanig onrechtmatig was. De benadeelde moet wel de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade bewijzen (art. 6:188 BW).

Deze regeling is een implementatie van een Europese richtlijn inzake de aansprakelijk voor producten met gebreken.<sup>10</sup> De ratio van deze richtlijn is om binnen de EU een uniform niveau van consumentenbescherming te realiseren.<sup>11</sup> Zoals hieronder zal blijken, brengt deze ratio diverse beperkingen met zich mee die het onwaarschijnlijk maken dat de productenaansprakelijkheid van toepassing zal zijn op open data als het AHN.

Een product is gebrekkig als het niet de veiligheid verschaft die men van het product mag verwachten (art. 6:186 lid 1 BW). Deze verwachting moet geobjectiveerd worden opgevat. Blijkens de considerans bij de richtlijn gaat het niet om de verwachting van de betrokken benadeelde of producent, maar om de verwachting van het grote publiek.<sup>12</sup> Art. 6:186 lid 1 onder b BW verwijst hierbij ook naar het redelijkerwijs te verwachten gebruik. Echter als het gaat om zulke specifieke producten dat omtrent de veiligheid daarvan alleen in een bepaalde kring verwachtingen bestaan, zal bij die verwachtingen wel moeten worden aangeknoopt.<sup>13</sup>

Daarnaast zijn er volgens de literatuur vele andere omstandigheden die kunnen meewegen bij het oordeel of een bepaald product al dan niet gebrekkig is. Zo zal van belang zijn de ernst van de schade en de mate van waarschijnlijkheid dat die schade zal intreden.<sup>14</sup> Hoewel in het licht van het bovenstaande niet op voorhand kan worden uitgesloten dat fouten of onvolledigheden in een open dataset ertoe kunnen leiden dat dit bestand (en zijn afgeleide producten) in de wettelijke zin gebrekkig is,<sup>15</sup> zijn er echter drie beperkingen aan de toepasselijkheid van de bepalingen over de productaansprakelijkheid die het zeer onwaarschijnlijk maken dat ten aanzien van open data in het algemeen een beroep hierop gedaan kan worden.

Allereerst kunnen alleen roerende zaken producten zijn.<sup>16</sup> Hoewel er momenteel een juridische discussie is of data voorwerp van eigendom zou moeten zijn,<sup>17</sup> is een zaak in de heersende leer een stoffelijk lichamelijk object. In het licht van de ratio van de regeling is het begrijpelijk dat de Europese wetgever uitsluitend gedacht heeft aan traditionele producten als een fiets of een snelkookpan die een consument schade kunnen berokkenen. Hoewel ten aanzien van het productaansprakelijkheid voor informatie Dommering-Van Rongen spreekt van een lacune en een miskenning

7 Casus ontleend aan één van de Canadese rechtszaken genoemd door A. Rak, D. Coleman & S. Nicols, 'Legal liability concerns surrounding volunteered geographic information applicable to Canada', in: *Spatially Enabling Government, Industry and Citizens, Research and Development Perspectives*, GSDI Association Press: Needham 2012, p. 130-131.

8 Zie <https://creativecommons.org/>.

9 Een voorbeeld is de Creative Commons licentie: Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0), <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

10 Richtlijn 85/374/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *PbEG*, L 210/29.

11 Meer bepaald gaat het, aldus de considerans van de Richtlijn om "het niveau van de bescherming van de consument tegen schade die door een product met gebreken wordt toegebracht aan diens gezondheid en goederen". Zie ook *Asser/Hartkamp 3-I 2015/282*.

12 MvT, *Kamerstukken II 1987/88*, 19636, 3, p. 9.

13 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2000, p. 43 e.v.

14 Stolker, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:186 BW, aant. 1-2.

15 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving', in: *Homo Digitalis*, preadviezen *NJV* 2016, p. 283.

16 Art. 6:187 lid 1 BW.

17 Tjong Tjin Tai 2016, p. 261 e.v. met verdere literatuurverwijzingen.

van het feit dat informatie ook personen- of zaakschade kan opleveren,<sup>18</sup> is een ruimere toepassing aan de (Europese) wetgever.<sup>19</sup> Hoe het ook zij, data die gedownload wordt vanaf een server of gestreamd wordt, kan op zichzelf beschouwd niet als een roerende zaak worden aangemerkt. Van productaansprakelijkheid voor foutieve of onvolledige data lijkt reeds daarom geen sprake te kunnen zijn.

Westerdijk heeft echter betoogd dat software wel als product moet worden aangemerkt omdat deze altijd op een stoffelijke drager is vastgelegd.<sup>20</sup> Applicaties die putten uit open data-bronnen zouden dan wel onder de productaansprakelijkheidsregeling vallen. De vraag of een softwareproducent daadwerkelijk aansprakelijk gehouden kan worden op grond van productaansprakelijkheid is nog niet door rechters beantwoord. Dit laat open dat in elk geval data die op een drager (CD-ROM, DVD, etc.) ter beschikking wordt gesteld wellicht toch onder het begrip 'product' gebracht kan worden.

Voorts is de risicoaansprakelijkheid van de producent beperkt tot twee soorten schade: a) schade door dood of lichamelijk letsel; en b) schade die door het gebrekkig product wordt toegebracht aan een andere zaak, mits die schade in de privésfeer is geleden (art. 6:190 BW). Dat betekent dat zuivere vermogensschade (bijvoorbeeld van een bedrijf, maar ook van een particulier) in elk geval niet onder de regeling van de productaansprakelijkheid valt.<sup>21</sup> Juist aan deze laatste categorie van schade zal gedacht moeten worden bij het gebruik van (foutieve) open data.

Tenslotte is de regeling niet van toepassing op niet-commerciële productie (art. 6:185 lid 1 onder c BW). Dat wil zeggen dat er geen toepasselijkheid is van de risicoaansprakelijkheid indien er zowel a) geen sprake is van vervaardiging met het oog op verkoop of voor enige andere vorm van verspreiding met een economisch doel; als b) de vervaardiging of verspreiding niet geschiedt in het kader van een beroep of bedrijf. Het eerste vereiste ziet dus op het doel van de productie (dat moet economisch zijn), het tweede op de hoedanigheid van de producent (beroep of bedrijf). Het begrip 'bedrijf' omvat mede een overheidsbedrijf.<sup>22</sup> Uit de rechtspraak van het Europees Hof volgt dat het geval dat een product uit openbare middelen afkomstig van de belastingbetaler wordt bekostigd, niet afdoet aan de economische en beroepsmatige aard van de vervaardiging van die

producten. Wel valt een gratis verrichte activiteit, onder de uitsluiting.<sup>23</sup>

Onze conclusie is dat open data in de regel buiten de toepassingssfeer van de productaansprakelijkheid valt. Allereerst zal de data niet als zaak, en daarmee niet als product kunnen worden aangemerkt. Voorts is het toepassingsbereik van de regeling beperkt tot specifieke vormen van schade die onwaarschijnlijk zijn dat die zich zullen voordoen als gevolg van het normale gebruik van de data. Ten slotte is er bij het beschikbaar stellen van open data door de overheid (maar ook door particulieren) in principe geen sprake van een commerciële productie.

Nu de specifieke regeling voor de productenaansprakelijkheid niet van toepassing zal zijn op open data, zal naar Nederlands recht aansprakelijkheid beoordeeld moeten worden aan de hand van de algemene norm van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, meer bepaald de strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

### 3.3 Onrechtmatig handelen door het aanbieden van gebrekkige open data

Voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zal nodig zijn dat de aanbieder door het aanbieden van foutieve of onvolledige data onvoldoende zorgvuldig te werk is gegaan en dat dat hem aan te rekenen is. Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van onzorgvuldigheid zullen de zogenaamde "Kelderluikcriteria" handvatten bieden: de aard en de omvang van de veroorzaakte schade, de waarschijnlijkheid van de schade, de aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.<sup>24</sup> In deze criteria komt tot uitdrukking dat schade vergoed zal moeten worden wanneer de kosten voor het treffen van voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van voorzienbare schade kleiner zijn dan de voorzienbare schade zelf.

In de financiële wereld kent men de aansprakelijkheid voor onjuiste *informatie*. Ten aanzien van prospectussen geldt bijvoorbeeld dat de instelling die een prospectus uitgeeft aansprakelijk gehouden kan worden wanneer een gemiddelde belegger misleidt kan worden door de onjuistheid of onvolledigheid van de informatie.<sup>25</sup>

Wij geven voorts ter illustratie een aantal voorbeeld uit de Verenigde Staten waar aansprakelijkheid voor onjuiste (geo) informatie werd aangenomen.<sup>26</sup> Zo werd de aanbieder van een onjuiste 'instrument approach chart' (een kaart die de aanvliegroute naar een landingsbaan beschrijft), welke fout in de kaart een vliegtuigcrash tot gevolg had, aansprakelijk gehouden voor de gevolgen van het daarop volgende vlieg-

18 Dommering-Van Rongen 2000, p. 126-127.

19 Verruiming van de toepasselijkheid van de Europese richtlijn productaansprakelijkheid is inderdaad te verwachten na de recente evaluatie door de Europese Commissie (SWD/2018/157 final), gevolgd door het instellen van een expert groep die advies zal uitbrengen. Zie voorts COM(2018) 237 final (mededeling van de Europese Commissie over kunstmatige intelligentie).

20 R.J.J. Westerdijk, *Producten-aansprakelijkheid voor software*, diss. VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 1995. Zie ook Dommering-Van Rongen 2000, p. 21 en Tjong Tjin Tai 2016, p. 283.

21 Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 13 oktober 2004, *Computerrecht* 2005/13.

22 Stolker in *GS Onrechtmatige daad*, Artikel 185 Boek 6 BW, aant. 6.1.

23 HvJ 10 mei 2001, C-203/99. Zie Stolker, *GS Onrechtmatige daad*, art. 185 Boek 6 BW, aant. 6.1.

24 HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (*Kelderluik*).

25 HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World Online*).

26 Zie G. Cho, *Geographic information science: Mastering the legal issues*, Chichester, West Sussex: Wiley 2005, p. 351-396.

tuigongeval.<sup>27</sup> De kaart was gebaseerd op onjuiste data die was aangeleverd door de Amerikaanse luchtvaartautoriteit. De Amerikaanse rechter oordeelde dat desondanks de aanbieder van de kaart onzorgvuldig handelde omdat een defect in een dergelijk product grote gevolgen kan hebben en de aanbieder het product daarom beter had moeten controleren. Ging het in deze casus om een commerciële aanbieder van een kaart, ook de Amerikaanse overheid werd aansprakelijk gehouden voor schade als gevolg van onjuiste informatie op een kaart. Meer bepaald ging het hier om het onjuist vermelden van een zendmast op een kaart bestemd voor het luchtvaartverkeer.<sup>28</sup> In het geval van een vuurtoren op een zeekaart die niet functioneerde, werd de aansprakelijkheid echter niet gegrond op de onjuistheid van de informatie op de kaart, maar op het niet herstellen van het licht, dan wel waarschuwen voor het niet functioneren van de vuurtoren.<sup>29</sup>

Een vergelijking tussen onjuiste financiële informatie of aanvliegroutes met open data is echter moeilijk te maken. In een prospectus wordt een bepaald financieel product gekwalificeerd. Een prospectus bevat bijvoorbeeld informatie over de mogelijke risico's die een belegger loopt. Aan de gegevens in een prospectus is dus betekenis en duiding gegeven. Open data zijn daarentegen gegevens die niet verder geduid zijn. Het is meestal een verzameling van feitelijke gegevens die op zichzelf weinig betekenis heeft. Betekenis wordt bijvoorbeeld gegeven door de onderzoeker die de gegevens analyseert en tot een vaststelling komt of door de producent van een informatieproduct.

Open data is op zichzelf niet het uitgangspunt bij het sluiten van een transactie of het anderszins nemen van een beslissing. Een prospectus wordt gebruikt om een beeld te vormen van een bepaald financieel product en op grond van dat beeld een beslissing te nemen. Een kaart met een landingsprocedure schrijft zelfs voor welke beslissingen er genomen moeten worden. Open data kan worden gebruikt bij het nemen van een beslissing, maar de duiding van data die nodig is voor het nemen van deze beslissing wordt vooral gedaan door de gebruiker van de data, niet de aanbieder van de data. Bovendien is informatie in een prospectus gericht aan een bepaald (beleggend) publiek en het gebruik ervan is (wettelijk) ingekaderd: inlichtingen verstrekken over een financieel product. Een kaart met landingsprocedures is gericht op piloten en het gebruik ervan is vastomlijnd. Open data wordt daarentegen ongericht aangeboden en is niet toegespitst op een bepaald gebruik.

Het onderscheid tussen gerichte en ongerichte (overheids) informatie maakt ook Scheltema.<sup>30</sup> Hij gebruikt het begrip-paar in relatie tot zowel het publiek aan wie de informatie is gericht, als het doel waarvoor de informatie wordt gebruikt. Gerichte overheidsinformatie is informatie die zich richt tot bepaalde groepen van individuele burgers. Ongerichte informatie is informatie die in het algemeen wordt verstrekt ten behoeve van elke burger of een grote groep burgers. Ten aanzien van ongerichte informatie is het doel waarvoor de informatie gebruikt wordt en de eventuele schade die voortvloeit uit de onjuistheid of onvolledigheid van de informatie in veel mindere mate voorzienbaar. Aansprakelijkheid voor ongerichte informatie of onvolledige overheidsinformatie zal daarom minder snel worden aangenomen dan aansprakelijkheid voor gerichte onjuiste of onvolledige overheidsinformatie.

Op het punt van het kenmerk 'ongerichtheid' zijn overheidsinformatie en open data enigszins vergelijkbaar. Een zuivere vergelijking is echter niet te maken omdat de vraag in hoeverre een burger van de juistheid en volledigheid van de informatie mag uitgaan afhankelijk is van de bijzondere relatie tussen de burger en de overheid, in het bijzonder de mogelijkheid van de overheid om haar burgers eenzijdig te binden. Zo heeft overheidsinformatie veelal betrekking op rechten en plichten van burgers ten opzichte van de overheid, terwijl open data een verzameling van feitelijke gegevens is zonder enige rechtspositionele informatie. Wel kan er aansluiting worden gezocht bij het idee dat de ongerichte informatie een kleiner aansprakelijkheidsrisico met zich meebrengt dan gerichte informatie. In die zin kan dus ook voor open data gelden dat de aansprakelijkheid van een open data-aanbieder beperkter zal zijn dan die van een data-aanbieder die zijn data aanbiedt aan een bepaald publiek dat een bepaald gebruik van de data voor ogen heeft.

Ten aanzien van overheidsinformatie stellen Barendrecht e.a. dat een ruimere aansprakelijkheid eerder in de rede ligt wanneer de overheid meer dan de verstrekkingkosten voor de informatie in rekening brengt.<sup>31</sup> Zij dragen aan dat de overheid namelijk hierdoor het financiële nadeel van aansprakelijkheid kan spreiden. In het verlengde van deze redenering kan erop gewezen worden dat indien de open data gratis ter beschikking worden gesteld, kan er in het geheel geen sprake zijn van het spreiden van het financiële risico.

### 3.4 Invulling zorgplicht

Ondanks het beperkte risico van aansprakelijkheid voor gebreken in de data zullen open data-aanbieders wel altijd zorgvuldig moeten handelen. Open data zullen doorgaans zonder voorbehoud worden aangeboden en er zullen geen voorwaarden worden verbonden aan het gebruik van die data. In beginsel staat gebruik daarmee voor iedereen open.

27 Ninth Circuit Court of Appeals 15 februari 1985, 767 F. 2d 1288, cert. den. 474 US 1101 (1986) (*Brocklesby/United States*).

28 District Court W.D. Michigan 19 januari 1978, 448 F. Spp. 445 (*Reminga/United States*), bevestigd door Sixth Circuit of Appeals 2 oktober 1980, 631 F.2d 449.

29 US Supreme Court, 350 U.S. 61 [1955] (*Indian towing company/United States*)

30 M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 349-355.

31 J.M. Barendrecht e.a., *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstrekking*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 165.



Een zorgvuldig handelende data-aanbieder zal daarom aangeven voor welk doeleinde de data zijn verzameld om de gebruiker een indicatie te geven van de kwaliteit en nauwkeurigheid van de data. De gebruiker van de data kan dan bepalen of de data geschikt zijn voor het doel dat hij voor ogen heeft. Ook andere gegevens over de kwaliteit van data, zoals het tijdstip van de laatste update of een revisiegeschiedenis, kunnen worden vermeld. Metadata die de data beschrijft, zal daarin een belangrijke rol vervullen.<sup>32</sup> Terecht noemt de wetgever dan ook in het kader van de instelling van de basisregistratie ondergrond het belang van metadata ter verkleining van het risico van onjuist hergebruik en opdat derden de eventuele (on)juistheid van data kunnen beoordelen.<sup>33</sup> Er kan in dit kader ook gedacht worden aan verwijzingen naar andere vergelijkbare databronnen zodat de gebruiker over completere data kan beschikken en onjuistheden in de data sneller aan het licht komen. Is er voorzienbaar foutief gebruik, dan zal een daarop gerichte waarschuwing moeten worden gegeven.

Een mogelijkheid die gebruikers in staat stelt om fouten in de data te melden of vragen te stellen als er onduidelikheden over de data bestaan, zal eveneens het risico van aansprakelijkheid verkleinen.<sup>34</sup> De open data-aanbieder toont daarmee de wil om de kwaliteit van de data te waarborgen. Deze mogelijkheid kan gecombineerd worden met een systeem dat gebruikers van de data op de hoogte brengt van eventuele verbeteringen en updates.

#### 4. Onrechtmatigheid van ter beschikking stellen als open data als zodanig

Denkbaar is dat derden door de beleidsverandering van de overheid naar open data onevenredig worden benadeeld. Er zijn in abstracto twee situaties denkbaar:

1. Een gebruiker heeft de betreffende dataset ingekocht en biedt op basis daarvan producten of diensten aan.
2. Een derde heeft voor eigen rekening een eigen vergelijkbare of identieke dataset ontwikkeld en wordt nu ernstig in zijn belangen geschaad.

Kan in een dergelijk geval het als open data beschikbaar stellen van een dataset als onrechtmatig worden aangemerkt? Het draait hier om het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad. Aangenomen wordt dat een burger slechts voor vergoeding van de door hem geleden schade in aanmerking komt als hij door het overheidsoptreden (in dit geval de keuze om gegevens als open data vrijwel ter beschikking te stellen) onevenredig zwaar is getroffen. Schade

die behoort tot het normale bedrijfsrisico zal immers voor rekening van de burger blijven.<sup>35</sup> Echter, niet vereist wordt dat de schade zodanig ernstig is dat de continuïteit van een onderneming in gevaar komt.

Een dergelijke discussie speelde rond het vrijgeven van het Nationaal Wegenbestand (NWB). De kaartenmaker Andes claimde dat zij een vergelijkbaar product reeds in de markt had en dat zij met het vrijgeven van het NWB op onevenredige wijze benadeeld werden.<sup>36</sup> In dit geval werd de vordering in kort geding afgewezen nu Andes slechts in algemene bewoordingen gesteld had dat zij ernstige schade zou ondervinden door het toestaan van hergebruik van het NWB, en verder niet aannemelijk heeft gemaakt dat het toestaan van hergebruik van het NWB voor haar onmiddellijk tot onomkeerbare gevolgen zou leiden.

Ter bepaling of er inderdaad sprake is van een onevenredig risico voor de burger spelen, blijkens de rechtspraak, diverse factoren een rol. Wij noemen met name de financiële positie van de benadeelde, de omvang van de schade, de voorzienbaarheid van de schade, en de beperkte kring van de benadeelden.<sup>37</sup>

Hoewel aldus de drempel om het ter beschikking stellen van gegevens als open data zelf als onrechtmatig te achten behoorlijk hoog ligt, zou het onder bijzondere omstandigheden kunnen zijn dat er onrechtmatig gehandeld wordt. Zo'n omstandigheid zou kunnen zijn dat een afnemer in het verleden het bestand tegen betaling heeft verkregen en vervolgens forse investeringen heeft gedaan om op basis hiervan een product te vervaardigen terwijl hij niet behoefde te verwachten dat de overheid zijn beleid zou aanpassen.

#### 5. Bescherming van persoonsgegevens

Data kunnen persoonsgegevens betreffen. De Algemene Verordening Gegevensbescherming geeft regels over de verwerking van deze data. Persoonsgegevens zijn gegevens die een natuurlijke persoon identificeren of kunnen identificeren (art. 4 AVG). Een naam is een persoonsgegeven omdat daarmee een persoon direct wordt geïdentificeerd. Maar ook gegevens die een persoon indirect identificeren kunnen persoonsgegevens zijn. Dergelijke gegevens kunnen zijn ontdaan van een naam, maar door combinatie met andere gegevens toch met een bepaalde persoon in verband worden gebracht.<sup>38</sup> Voorbeelden hiervan zijn telefoonnummers en combinaties van postcodes met huisnummers. Van belang is of de identiteit van een persoon er redelijkerwijs, zonder onevenredige inspanning, mee kan worden vastge-

32 Voor publieke geografische informatie die vallen onder de Implementatiewet EG-richtlijn infrastructuur ruimtelijke informatie (Stb. 310, 2009) is dit een wettelijke verplichting (zie ook Verordening (EG) nr. 1205/2008 van de Commissie van 3 december 2008 ter uitvoering van Richtlijn 2007/2/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende metagegevens, *Publicatieblad Nr. L 326 van 04/12/2008 blz. 0012-0030*).

33 MvT Wet basisregistratie ondergrond, *Kamerstukken II 2013/14*, 33839, 3, p. 26.

34 Zo ook MvT Wet basisregistratie ondergrond, *Kamerstukken II 2013/14*, 33839, 3, p. 26.

35 HR 3 april 1998, *NJ 1998/726*, m.nt. T. Koopmans (*Meiland/Staat*); AB 1998/256, m.nt. Th.G. Drupsteen.

36 Rb's-Hertogenbosch (vzr.) 14 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8010.

37 Zie HR 18 januari 1991, *NJ 1992/638*, m.nt. C.J.H. Brunner (*Leffers/Staat*).

38 T&C Privacy- en telecommunicatiericht (Zwenne), commentaar op art. 4 AVG, aant 1.

steld. Het is niet doorslaggevend of de persoon daadwerkelijk door de gegevens is geïdentificeerd.<sup>39</sup>

Voor de vraag of de AVG van toepassing is op open data, is het van belang of er tijdens het verwerken (d.w.z. vergaren, opslaan, verstrekken, etc.) van de gegevens, sprake is van gegevens die een persoon direct of indirect identificeren of kunnen identificeren. Als er sprake is van persoonsgegevens mogen deze alleen verzameld worden voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden (art. 5 lid 1 onder b AVG). Deze eis van welbepaaldheid zal voor open data-aanbieders problemen opleveren. Doeleinden moeten expliciet en gerechtvaardigd zijn op het moment dat de persoonsgegevens worden verzameld.<sup>40</sup> De eis van welbepaaldheid komt daarmee in strijd met de essentie van de open data filosofie waarin gegevens juist onvoorwaardelijk ter gebruik worden aangeboden aan een zo breed mogelijk publiek dat allerlei andere (voor de open data-aanbieder strikt genomen onbekende) doeleinden met het gebruik van die gegevens nastreeft.<sup>41</sup> Dit is misschien wel uitdrukkelijk, maar niet welbepaald en levert daarmee wrijving op met de eis van de AVG.<sup>42</sup>

Persoonsgegevens mogen bovendien niet verder worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen (art. 5 lid 1 onder b AVG). Overheden en bedrijven verzamelen gegevens doorgaans primair ten behoeve van eigen gebruik en besluiten daarna hun gegevens als open data te delen. Open data is dan een bijproduct van een eerdere gegevensverzameling. Voor dat primaire gebruik bestaat veelal een grondslag, bijvoorbeeld om een wettelijke verplichting na te komen of voor de vervulling van een publiekrechtelijke taak. Het verstrekken van persoonsgegevens als open data mag niet onverenigbaar zijn met het primaire doel van de verzameling. Als open data-aanbieders persoonsgegevens verwerken zullen zij daarom vaak een nieuwe grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens moeten vinden. Illustratief is een uitspraak van het College Bescherming Persoonsgegevens ten aanzien van gegevensuitwisseling tussen Nuon en de GGD voor zogenaamde 'bemoeizorg', een vorm van sociaal-psychiatrische hulpverlening die zich voornamelijk richt op de zogenaamde 'zorgwekkende zorgmijders'. Het College oordeelde dat er tussen de tenuitvoerlegging van de overeenkomst tot levering van energie door Nuon aan zijn klanten en het voorkomen van gezondheidsproblemen bij

die klanten te weinig verwantschap bestond.<sup>43</sup> Er was dus sprake van onverenigbaar gebruik in de zin van de toen geldende Wet bescherming persoonsgegevens. Wordt er niet voldaan aan de voorwaarden die de AVG stelt dan heeft de betrokkene die daardoor schade lijdt recht op vergoeding daarvan (art. 82 AVG).

Nederlandse rechtspraak waarin open data-aanbieders aansprakelijk zijn gehouden voor onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens ontbreekt. In de Verenigde Staten is er wel, weliswaar beperkt, rechtspraak over de aansprakelijkheid van (open) data-aanbieders wegens schending van het recht op gegevensbescherming. America Online (AOL) Research betrof een project waarbij AOL 20 miljoen zoekopdrachten van 650.000 gebruikers van AOL's zoekmachine voor onderzoekdoeleinden werd aangeboden. Hoewel de zoekopdrachten geanonimiseerd waren, wisten twee New York Times journalisten aan de hand van de inhoud van de zoekopdrachten de identiteit van een zoekmachinegebruiker te ontrafelen.<sup>44</sup> Twee burgerrechtenorganisaties dienden een klacht in bij de Federal Trade Commission (FTC), hoofdzakelijk omdat AOL zijn eigen privacybeleid schond.<sup>45</sup> Ook werd door een aantal AOL-klanten een *class action* gestart om schade die het gevolg was van de openbaargemaakte data op basis van Amerikaanse consumentenbeschermingswetgeving vergoed te krijgen. De AOL-klanten voerden aan dat zij nooit klant zouden zijn geworden als zij wisten dat hun zoekgeschiedenis zou worden gedeeld. De Amerikaanse rechter stelde de AOL-klanten in het gelijk omdat er gevoelige gegevens, zoals creditcardnummers, gebruikersnamen en wachtwoorden, waren te vinden in de zoekopdrachten en zij nooit voor openbaarmaking van dergelijke gegevens zouden hebben gekozen.<sup>46</sup>

## 6. Inbreuk op intellectuele eigendomsrechten

Als de open data-aanbieder data aanbiedt waarop intellectuele eigendomsrechten van anderen rusten, dan maakt hij inbreuk op die rechten en kan hij aansprakelijk worden gesteld voor de schade die daaruit volgt. Er zijn twee soorten intellectuele eigendomsrechten die op open data zouden kunnen rusten: auteursrecht en databankenrecht.

Het auteursrecht beschermt creatieve prestaties.<sup>47</sup> Het is van toepassing op werken (uitingen) die, in de woorden van

39 College Bescherming Persoonsgegevens, *Richtsnoeren Publicatie van persoonsgegevens op internet*, 2007, p. 10.

40 Verordening (EU) 2016/679 (algemene verordening persoonsgegevens), overweging 39.

41 Vgl. Open Data Charter, *Publishing with Purpose; Introducing our 2018 strategy* (<https://opendatacharter.net>, geraadpleegd op 15 oktober 2018). In dit document wordt geadviseerd om de prioriteit voor het openstellen van data te leggen bij data die de grootste potentie hebben om bij te dragen aan specifieke en tastbare baten voor burgers. Daarmee is er enige sprake van het sturen van het gebruik en daarmee van enige bepaaldheid van het doel.

42 S. Kulk & B. van Loenen, 'Brave New Open Data World', *International Journal of Spatial Data Infrastructures Research*, 2012, Vol. 7, p. 196-206.

43 College Bescherming Persoonsgegevens, *Convenant gegevensuitwisseling Nuon/GGD*, z2005-059.

44 M. Barbaro & T. Zeller, 'A Face Is Exposed for AOL Searcher No. 4417749', *The New York Times* 9 augustus 2006.

45 Zie daarover twee klachten van Electronic Frontier Foundation en World Privacy Forum ingediend bij de Federal Trade Commission, te vinden op: [https://w2.eff.org/Privacy/AOL/aol\\_ftc\\_complaint\\_final.pdf](https://w2.eff.org/Privacy/AOL/aol_ftc_complaint_final.pdf) en [www.world-privacyforum.org/pdf/WPF\\_FTCcomplaint8162006fswp.pdf](http://www.world-privacyforum.org/pdf/WPF_FTCcomplaint8162006fswp.pdf).

46 United States District Court, N.D. California 23 juni 2010, *719 F.Supp.2d 1102* (Doe v. AOL).

47 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 58. Dit geldt zowel voor het creëren van een nieuw product op basis van feiten als voor nieuwe product op basis van bestaande producten zoals bijvoorbeeld een visualisatie met behulp van geolagen en data van anderen.



de Hoge Raad, een eigen, oorspronkelijk karakter bezitten en het persoonlijk stempel van de maker dragen.<sup>48</sup> Feiten kunnen niet worden beschermd, maar een verzameling van feiten in een bepaalde vorm kan wel als werk auteursrechtelijk beschermd zijn, mits de verzameling een eigen karakter heeft en het persoonlijk stempel van de verzamelaar draagt.<sup>49</sup> Indien er sprake is van een dergelijke auteursrechtelijk beschermde dataverzameling, dan kan een ander deze dus niet zonder toestemming van de auteursgerechtigde als open data aanbieden.<sup>50</sup>

Een groter risico is gelegen in de inbreuk van een databankrecht van een ander. Anders dan het auteursrecht dat creatieve prestaties beschermt, beschermt het databankrecht investeringen in de inhoud van databanken. Het databankrecht is daarmee bij uitstek geschikt voor de bescherming van een feitenverzameling. Voorwaarde is wel dat de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van de databank in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.<sup>51</sup> Een databankrecht hebbende kan zich verzetten tegen het opvragen of hergebruiken van zijn databank. Als een open data-aanbieder gebruikmaakt van een dataset waarop een databankrecht van een ander rust en daarvoor geen toestemming heeft, dan maakt de open data-aanbieder inbreuk op het databankrecht van die ander. Hij handelt dan onrechtmatig en kan voor ontstane schade aansprakelijk worden gehouden.

## 7. Conclusie

Open data is data die voor eenieder vrij, zonder beperkende voorwaarden, gratis te gebruiken zijn. Mogelijke aansprakelijkheid is een veel gehoord bezwaar tegen het aanbieden van open data.

Aansprakelijkheid van open data-aanbieders kan bestaan uit aansprakelijkheid voor foutieve of onvolledige data, door het ter beschikking stellen als open data als zodanig, of door een inbreuk op het recht op gegevensbescherming of intellectuele eigendomsrechten van anderen.

Het risico op aansprakelijkheid dat open data-aanbieders lopen door het aanbieden van foutieve of onvolledige data zal beperkt zijn omdat de data een ongericht karakter heeft en het gebruik ervan niet vooraf is ingekaderd. Een open data-aanbieder dient zich wel in te spannen om de kwaliteit van de data op niveau te houden en dat niveau inzichtelijk te maken zodat gebruikers weten wat ze van de data mogen verwachten. Een open data-aanbieder die dat niet doet, loopt het risico aansprakelijk gehouden te worden uit hoofde van een onrechtmatige daad (schending van de maatschappelijke zorgvuldigheidnorm, meer in het bijzonder wegens gevaarstelling).

De beslissing van de overheid om open data ter beschikking te stellen dat zal slechts onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig zijn. Zo'n omstandigheid zou kunnen zijn dat een afnemer in het verleden het bestand tegen betaling heeft verkregen en vervolgens forse investeringen heeft gedaan om op basis hiervan een product te vervaardigen terwijl hij niet behoefde te verwachten dat de overheid zijn beleid zou aanpassen. In hoeverre dit risico daadwerkelijk bestaat is lastig in te schatten.

In die zin kan dus ook voor open data gelden dat de aansprakelijkheid van een open data-aanbieder beperkter is dan van een data-aanbieder die zijn data aanbiedt aan een bepaald publiek dat een bepaald gebruik van de data voor ogen heeft.

Het risico op aansprakelijkheid wegens schending van het recht op gegevensbescherming is niet aanwezig zolang de open data-aanbieder geen persoonsgegevens verwerkt. Als er wel persoonsgegevens worden verwerkt dan zal de aanbieder zich aan de voorschriften van de Algemene Verordening Persoonsgegevens moeten houden. Dit betekent onder andere dat het verstrekken van gegevens onder open data alleen voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden kan geschieden. Maar met een ex ante welbepaald doel van gebruik is er geen sprake meer van open data.

Van een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van anderen zal niet snel sprake zijn omdat de open data-aanbieder zijn gegevens doorgaans zelf verzameld of de data in zijn opdracht wordt verzameld. Is er wel sprake van beschermde data omdat er een auteursrecht of databankrecht van een ander op de ter beschikking gestelde data rust dan loopt de open data-aanbieder het risico om aansprakelijk gehouden te worden. Het is dus noodzakelijk om vast te stellen wie recht kan doen gelden op de aangeboden data.

Ons onderzoek geeft aan dat veel van de aansprakelijkheidsrisico's kunnen worden beperkt door de juiste voorzorgsmaatregelen te nemen en dat sommige risico's zelfs eenvoudig kunnen worden vermeden. Concreet: verwerk geen persoonsgegevens en gebruik niet het werk van anderen.

*Dit artikel is het resultaat van onderzoek uitgevoerd in het kader van het BSIK-programma Next Generation Infrastructures.*

48 HR 4 januari 1991, NJ 1991/608, (Van Dale/Romme).

49 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 71.

50 Art. 27 Auteurswet.

51 Art. 1 lid 1 onder a Databankenwet.