

Als die termijn 'fataal' is zal na het verstrijken daarvan verzuim sowieso intreden.¹² In andere gevallen gaat het in feite om een redelijkheidsoordeel, zoals uit de hiervoor geciteerde uitspraak van de Hoge Raad blijkt. Hierbij speelt ook een rol wanneer de schuldenaar met het herstel aanvangt. Zo oordeelde de Hoge Raad dat ook in het geval een verhuurder een herstellplicht heeft en pas na een half jaar met herstelwerkzaamheden begint, er sprake kan zijn van blijvende onmogelijkheid omdat herstel "zonder vertraging" moest plaatsvinden.¹³ Deze constatering maakt m.i. dat de rechtbank inderdaad te kort door de bocht ging door het verweer van Equihold betreffende de kwaliteit van de broncode af te doen met de stelling dat "gesteld, noch gebleken was dat Capgemini niet in staat was de opdracht (alsnog) op juiste wijze te vervullen".¹⁴ De rechtbank had ook moeten kijken naar de omvang van deze inspanningen in relatie tot het tijdsbeslag van het project en de planning.

10. Of nakoming blijvend onmogelijk is, kwam ook aan de orde in de zaak *Waterdrinker/SAP*¹⁵ waar eerstgenoemde stelde dat deugdelijke nakoming door SAP van haar verplichting tot oplevering van het overeengekomen computersysteem blijvend onmogelijk was. Volgens haar kleefden dermate ernstige gebreken aan het systeem dat dit niet geschikt viel te maken voor haar bedrijfsvoering. Het hof oordeelde dat van blijvende onmogelijkheid kon worden gesproken "indien komt vast te staan dat met de basisstructuur van de tot dan toe door SAP ontwikkelde software in het geheel geen redelijk werkbaar systeem voor de bedrijfsvoering van Waterdrinker valt te bereiken". Dat met fundamentele wijzigingen (bijvoorbeeld door de ontwikkelde software geheel of voor een belangrijk deel te vervangen) en veel extra tijd mogelijk alsnog zou kunnen worden nagekomen, vond het hof niet van belang. SAP had in die zaak namelijk betoogd dat haar systeem (wel) deugdelijk was. Zij stelde dus niet dat herbouw nodig was, maar dat zij het systeem zou hebben afgebouwd op de bestaande basis. Het hof keek daarom niet naar het tijdsbeslag en oordeelde dat "indien het systeem in de basis ondeugdelijk mocht blijken in de hiervoor bedoelde zin, onder die omstandigheden een eventueel beroep van SAP op het niet absolute karakter van de onmogelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (zou) moeten worden geacht".¹⁶

11. Nadat de rechtbank vasthoudt aan de restrictieve en objectieve beoordeling van 'onmogelijkheid' gaat het onderhavige hof wel mee in deze laatste redenering en vindt dus van belang of het "voor deugdelijk herstel van de gebreken aan de software noodzakelijk was de broncode volledig

opnieuw op te bouwen, en hoeveel tijd met een dergelijk opnieuw opbouwen en met aflevering van de software in de overeengekomen vorm gemoeid zou zijn geweest". De aan te stellen deskundigen krijgen enig houvast van het hof. Zij moeten niet alleen naar de al overgelegde deskundigenrapporten kijken maar ook aansluiting zoeken bij contractdocumenten "waaruit bleek dat er 'high quality software' moest worden geleverd, dat de software uit verschillende lagen moest bestaan, dat deze gemakkelijk te onderhouden moest zijn en gemakkelijk aan te passen en uit te breiden moest zijn naar andere sporten". Die invulling sluit aan bij de criteria 'Functional Suitability' en 'Maintainability' uit de ISO 25010-norm.

12. De moraal van het verhaal? Een broncode moet bij voorkeur direct goed zijn, maar in ieder geval moet de broncode binnen een redelijke termijn 'up-to-standard' kunnen worden gebracht. Wanneer bij een stroef lopend IT-project de softwareleverancier de broncode ingrijpend moet herzien of opnieuw moet opbouwen om aan de overeengekomen kwaliteit te voldoen en hiermee lange tijd mee is gemoeid, kan sprake zijn van 'onmogelijkheid' van nakoming. De afnemer kan daardoor ook zonder voorafgaande ingebrekestelling aanspraak hebben op ontbinding van de overeenkomst en/of schadevergoeding.

W.F.R. Rinzema

Computerrecht 2021/160

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

31 maart 2021, 202001728/1/A3

(Mrs. A.W.M. Bijloos, C.M. Wissels en J. Gundelach)

m.nt. J.B.A. Gerritsen¹

(Art. 1a Wob; art. 2 Wet hergebruik van overheidsinformatie)

AB 2021/207

ECLI:NL:RVS:2021:662

Appellant verzoekt de Tweede Kamer om de broncode van de front-end van de Debat Direct-app beschikbaar te stellen, op basis van de Wet hergebruik van overheidsinformatie (Who). De Tweede Kamer wijst het verzoek af. Appellant gaat hiertegen in beroep bij de rechtbank en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, maar vangt bot in beide gevallen. De verzochte informatie is niet openbaar op grond van de Wet openbaarheid van bestuur of een andere wet. De Tweede Kamer heeft dus geen verplichting om de verzochte informatie op grond van de Who ter beschikking te stellen.

¹² Artikel 6:83 onder a BW.

¹³ HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6997 (*Elbrink/Halfman*), r.o. 3.7.2 onder verwijzing naar HR 20 januari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU4122.

¹⁴ Randnummer 4.13 vonnis Rechtbank Amsterdam 29 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4111.

¹⁵ Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:4473, *Computerrecht* 2017/51, m.nt. H. Struik.

¹⁶ Struik meent dat de rechtbank en het hof uitgaan van een strenge en objectieve beoordeling van de vraag of er sprake is van 'onmogelijkheid'.

¹ Mr. J.B.A. (Joost) Gerritsen is als AI-, privacy- en big data advocaat werkzaam bij Legal Beetle.

Uitspraak in het geding tussen: appellant en de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (de Afdeling leest: de Tweede Kamer).

Procesverloop

Bij besluit van 19 december 2018 heeft de Tweede Kamer het verzoek van [appellant] om hem op grond van de Wet hergebruik van overheidsinformatie (hierna: Who) informatie voor hergebruik ter beschikking te stellen, afgewezen.

Bij besluit van 1 mei 2019 heeft de Tweede kamer het door [appellant] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 27 januari 2020 heeft de rechtbank het door [appellant] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] hoger beroep ingesteld.

De Tweede Kamer heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

[appellant] heeft een nader stuk ingediend.

De Tweede Kamer heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 17 maart 2021, waar [appellant], bijgestaan door [gemachtigde A] en [gemachtigde B], en de Tweede Kamer, vertegenwoordigd door mrs. N.N. Bontje en B. Kleinhout, beiden advocaat te Den Haag, bijgestaan door W. Freiburg en mr. J.C. Punt, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Vergaderingen in de Tweede Kamer zijn onder meer via de telefoon en de tablet via de applicatie (hierna: app) Debat Direct te volgen. Ook zijn deze vergaderingen zonder gebruikmaking van deze applicatie te volgen via de website <http://debatdirect.tweedekamer.nl>. [appellant] heeft met een beroep op de Who de Tweede Kamer verzocht om de broncode van deze app, inclusief alle historische versies, voor hergebruik ter beschikking te stellen. Op de zitting van de Afdeling is vast komen te staan dat het verzoek van [appellant] alleen betrekking heeft op de broncode van de zogeheten front-end (cliëntsoftware) van de app en niet op de broncode van de back-end (serversoftware) van de servers van de Tweede Kamer. Op de zitting heeft hij toegelicht dat hij de app goed vindt werken en dat hij wil dat deze app ook vrij te gebruiken is op andere besturingssystemen dan iOS en Android, zoals bijvoorbeeld Linux. Hiervoor heeft hij de broncode van de front-end van de app nodig.

Besluitvorming

2. De Tweede Kamer heeft het verzoek afgewezen en de afwijzing in bezwaar gehandhaafd. De Tweede Kamer heeft hieraan ten grondslag gelegd dat de verzochte broncode niet openbaar is. Dit betekent dat de Who niet

van toepassing is, aangezien het toepassingsbereik van de Who is beperkt tot informatie die al openbaar is op grond van de wet. Er bestaat daarom geen verplichting om te toetsen of de informatie alsnog openbaar kan worden gemaakt, omdat de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) niet op een instelling zoals de Tweede Kamer van toepassing is. De Tweede Kamer heeft meegedeeld geen aanleiding te zien om over te gaan tot onverplichte openbaarmaking en ter beschikkingstelling voor hergebruik van de broncode. Tijdens de zitting van de Afdeling heeft de Tweede Kamer toegelicht dat dit ertoe kan leiden dat de app overbelast raakt. Ook stelt de Tweede Kamer dat bij wijzigingen van de back-end de front-end van een app die door anderen en niet in opdracht van de Tweede Kamer wordt gemaakt, niet goed kan functioneren.

Hoger beroep

3. [appellant] betoogt dat de rechtbank ten onrechte het standpunt van de Tweede Kamer heeft gevolgd dat de verzochte broncode niet openbaar is en dat daarom geen verplichting bestond om deze voor hergebruik ter beschikking te stellen. De vrij te downloaden app is dezelfde als de broncode die daaraan ten grondslag ligt. De broncode en de app verschillen weliswaar in vorm, maar zij moeten worden beschouwd als twee verschijningsvormen van een en hetzelfde document, zodat de Who wel van toepassing is. Hij wijst erop dat software twee verschillende verschijningsvormen heeft: 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. Volgens [appellant] gaat bij de omzetting van broncode naar objectcode, anders dan waarvan de rechtbank is uitgegaan, niet veel waarde verloren. Er is slechts sprake van optimalisatie van de code voor het specifieke gebruik daarvan. De omzetting van broncode naar objectcode is goed vergelijkbaar met het omzetten van een Word- of Xml-bestand naar een Pdf-bestand. Dat de door mensen bewerkbare, oorspronkelijke verschijningsvorm niet een-op-een overeenkomt met de voor een bepaalde verwerking geoptimaliseerde verschijningsvorm mag er volgens hem dan ook niet toe leiden dat het oorspronkelijke formaat niet als de in de Who bedoelde herbruikbare versie zou moeten worden opgevat.

[appellant] wijst er verder op dat uit artikel 5, eerste lid, van de Who kan worden afgeleid dat de voor hergebruik ter beschikking te stellen verschijningsvorm anders kan zijn dan de gepubliceerde verschijningsvorm. Omdat voor het omzetten van de broncode naar objectcode geen bijzondere handelingen zijn vereist, is artikel 5, tweede lid, van de Who niet van toepassing. Verder wijst [appellant] erop dat delen van de broncode al openbaar zijn gemaakt op de website van de Tweede Kamer, zodat het onbegrijpelijk is dat de Tweede Kamer niet de gehele broncode voor hergebruik openbaar maakt. [appellant] wijst er ten slotte op dat, indien het oordeel luidt dat de broncode een

zelfstandig document is en dat de vraag aan de orde is of dit document onder de richtlijn 2013/37/EU van het Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie valt, het Franse tribunal administratif te Parijs in een uitspraak van 10 maart 2016 deze vraag al bevestigend heeft beantwoord. Mocht de Afdeling het oordeel van de Franse rechtbank niet volgen, dan moet volgens [appellant] de Afdeling prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Wettelijk kader

4. Artikel 1 van de Who luidt:

“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

[...]

b. hergebruik: het gebruik van informatie, neergelegd in documenten berustend bij een met een publieke taak belaste instelling, voor andere doeleinden dan het oorspronkelijke doel binnen de publieke taak waarvoor de informatie is geproduceerd, anders dan de uitwisseling van informatie tussen met een publieke taak belaste instellingen onderling uitsluitend met het oog op de vervulling van hun publieke taken;

c. met een publieke taak belaste instelling: een openbaar lichaam als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de richtlijn;

d. document: een bij een met een publieke taak belaste instelling berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat;

[...]”

Artikel 2, eerste lid, van de Who luidt:

“Deze wet is niet van toepassing op:

a. informatie die niet openbaar is op grond van de wet;

[...]”

Het tweede lid luidt: “Voor de toepassing van deze wet worden de met een publieke taak belaste instellingen, die op grond van de Algemene wet bestuursrecht geen bestuursorgaan zijn, gelijk gesteld met een bestuursorgaan.” Artikel 3, eerste lid, van de Who luidt: “Een ieder kan een verzoek om hergebruik richten tot een met een publieke taak belaste instelling of een onder verantwoordelijkheid van een met een publieke taak belaste instelling werkzame instelling, dienst of bedrijf.”

Het vijfde lid luidt: “De met een publieke taak belaste instelling kan een verzoek om hergebruik slechts afwijzen, indien het verzoek informatie, bedoeld in artikel 2, eerste lid, betreft.”

Artikel 5, eerste lid, van de Who luidt: “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, samen met de metadata, waarbij het formaat en de metadata voor zover mogelijk voldoen aan formele open standaarden, overeenkomstig artikel 5, eerste lid, van de richtlijn.” Het tweede lid luidt: “Een met een publieke taak belaste instelling is niet verplicht vervaardiging van documenten voort te zetten en deze documenten op te blijven slaan, enkel met het oog op hergebruik.”

Beoordeling Afdeling

5. Het toepassingsbereik van de Who is op grond van artikel 2, eerste lid, beperkt tot informatie die al op grond van de wet openbaar is. Zoals ook in de totstandkomingsgeschiedenis van de Who is vermeld, betekent dit dat als informatie niet al op grond van de Wob of een andere wet openbaar is, er geen verplichting bestaat om deze informatie op grond van de Who voor hergebruik ter beschikking te stellen (*Kamerstukken II*, 2014/15, 34 123, nr. 3, blz. 7). Instellingen waarop de Wob niet van toepassing is, zoals de Tweede Kamer, zijn dus niet verplicht bij een Who-verzoek dat betrekking heeft op niet-openbare informatie alsnog te toetsen of die informatie openbaar kan worden gemaakt.

De Tweede Kamer heeft gemotiveerd uiteengezet dat de broncode van de front-end niet openbaar is gemaakt op grond van de Wob of een andere wet. Dat volgens [appellant] delen van de broncode feitelijk beschikbaar zijn, daargelaten of deze stelling volledig juist is, betekent dus niet dat de broncode in juridisch zin openbaar is gemaakt. [appellant] heeft in zijn hogerberoepsschrift en ook op de zitting van de Afdeling erkend dat delen van de broncode van de front-end van de app niet openbaar zijn. Hij heeft in dit verband toegelicht dat hij om die reden zelf de broncode van de app heeft gereconstrueerd (re-engineering) en dat hij alsnog graag de niet openbaar gemaakte delen van de broncode van de front-end wenst te ontvangen.

Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat de broncode niet al op grond van de Wob of een andere wet openbaar is. Dit betekent dat er geen verplichting bestaat om deze informatie op grond van de Who voor hergebruik ter beschikking te stellen. De Tweede Kamer is dus niet verplicht om alsnog te toetsen of de broncode openbaar kan worden gemaakt. De rechtbank is terecht tot dezelfde conclusie gekomen. Het betoog van [appellant] dat de broncode van de front-end van de app en de objectcode van de front-end van de app moeten worden opgevat als één document met twee verschijningsvormen kan hem niet baten. Het toetsingskader is of het verzoek ziet op informatie die al openbaar is en niet of sprake is van één document met twee verschijningsvormen. Uit de wettekst en de geschiedenis van de totstandkoming van de Who blijkt niet dat het begrip “informatie” uit artikel 2, eerste lid, gelijkgesteld moet worden met het begrip “document”. Daargelaten of de broncode en de app moeten worden opgevat als één document met twee verschijningsvormen, staat vast dat de verzochte informatie niet

openbaar is. Al hierom kan de verwijzing naar de uitspraak van de Franse rechtbank [appellant] niet baten. Er bestaat gelet op het arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 1982, Cilfit, ECLI:EU:C:1982:335, punt 10, geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen, omdat dit niet relevant is voor de beslechting van het geschil. Het betoog slaagt niet.

6. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State: bevestigt de aangevallen uitspraak.
(...)

Noot

1. In deze zaak verzocht appellant de Tweede Kamer om de broncode van de front-end van de Debat Direct-app, inclusief historische versies, zodat hij deze geschikt kan maken voor andere besturingssystemen.² Dit verzoek weerspiegelt de 'hergebruikgedachte' van de Wet hergebruik van overheidsinformatie (Who). Echter, voordat het ingewilligd kan worden, moeten er diverse juridische criteria worden ingevuld.

2. Zo is de Who niet van toepassing op informatie die niet openbaar is op grond van de wet. De Wet openbaarheid van bestuur (Wob) bepaalt doorgaans of iets openbaar is, maar die wet is alleen van toepassing op bestuursorganen zoals bedoeld in de Awb. De Tweede Kamer is niet zo'n bestuursorgaan.

3. Zou de verzochte broncode wel openbaar zijn geweest, dan geldt dat het verzoek om hergebruik betrekking moet hebben op informatie, neergelegd in documenten. Dit volgt uit de Who.³ Een 'document' is een bij een met een publieke taak belaste instelling⁴ berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat.⁵

4. Volgens appellant is de code openbaar, omdat deze deels online staat op de website van de Tweede Kamer.⁶ Hoewel publicatie soms gekwalificeerd kan worden als een vorm van openbaarmaking uit eigen beweging,⁷ loopt het verzoek alsnog vast. De Wob is immers niet van toepassing op de Tweede Kamer. Er zijn ook geen

andere wetten die bepalen dat (gedeeltelijke) publicatie van broncode kwalificeert als een openbaarmaking door een bestuursorgaan als de Tweede Kamer.

Uitspraak Parijse rechter en de Nederlandse situatie

5. Volgens appellant leidt een uitspraak van de Franse rechtbank tot een andere conclusie. Die uitspraak⁸ is het resultaat van een verzoek van een student aan het Franse Ministerie van Financiën om de broncode van belastingsoftware ter beschikking te stellen. Het ministerie wees het verzoek af onder verwijzing naar de Hergebruikrichtlijn uit 2003. Hierin staat dat de definitie van document niet geacht wordt computerprogramma's te bestrijken.⁹

6. De Franse rechtbank herinnerde het ministerie eraan dat de Hergebruikrichtlijn minimumharmonisatie nastreeft. Lidstaten mogen ervoor kiezen om computerprogramma's binnen de documentdefinitie te brengen. Daarmee viel, zo constateerde de Franse rechter, de belastingsoftware onder de Franse-nationale interpretatie van 'document'.

7. In Nederland vallen computerprogramma's eveneens onder het documentbegrip van de Wob.¹⁰ Dit klinkt hoopvol voor appellant. Echter, bij de invoering van de Who lichtte de wetgever toe dat er geen aanspraak bestaat op de software waarmee overheidsinstellingen gegevens verwerken.¹¹

8. Uit voornoemde wetsgeschiedenis leid ik af dat de wetgever computerprogramma's – én de broncodes die daar onderdeel van zijn¹² – buiten het bereik van de Who wil houden. Zelfs als de broncode van de Debat Direct-app code 'openbaar' zou zijn geweest, dan vereist de Who geen verstrekking ervan omwille van hergebruik.

2 Appellant beheert een website over onderhavige zaak met achtergrondinformatie. Zie: <https://broncode.org/>.

3 Artikel 3 jo. artikel 1 onder b en d Who.

4 Artikel 1 onder c Who definieert 'met een publieke taak belaste instelling' als een openbaar lichaam als bedoeld in artikel 2 lid 1 van de Richtlijn 2013/37/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie ('Hergebruikrichtlijn').

5 Artikel 1 onder d Who. Vergelijk artikel 1 onder a Wob dat document definieert als 'een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat' (onderstreping annotator).

6 Zie ook <https://broncode.org> onder de kop 'De broncode is wel openbaar' voor links naar de betreffende broncodes.

7 Hoofdstuk IV Wob.

8 Tribunal Administratif de Paris, 10 maart 2016, N°1508951/5-2. Te downloaden via: Patrice-Emmanuel SCHMITZ, 'Is Source Code covered by the PSI Directive?', 2 april 2016,

<https://joinup.ec.europa.eu/collection/eupl/news/source-code-covered>. De annotator baseert zijn informatie over de uitspraak op voornoemd artikel.

9 Overweging 9. De Hergebruikrichtlijn uit 2003 is oorspronkelijk geïmplementeerd in de Wob. Vanaf 18 juli 2015 is het onderwerp geregeld in de Who.

10 Kamerstukken II 2004/05, 30188, nr. 3 (MvT), Wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur en enige andere wetten in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie (Wet implementatie richtlijn inzake hergebruik van overheidsinformatie), p. 6.

11 Kamerstukken II 2014/15, 34123, nr. 3 (MvT), Regels over het hergebruik van overheidsinformatie (Wet hergebruik van overheidsinformatie), p. 13.

12 Aangenomen mag worden dat onder 'computerprogramma's' zoals bedoeld in de Hergebruikrichtlijn en de Open Data Richtlijn hetzelfde wordt verstaan als 'computerprogramma's' zoals omschreven in de Software-richtlijn 2009/24/EG. Zie uitgebreid over de reikwijdte van de definitie van 'computerprogramma's' in de zin van de Software-richtlijn: conclusie A-G Van Peursem van 15 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:938 bij het arrest van de Hoge Raad van 19 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:56 (DC c.s./Forax c.s.). Zie ook Rb. 's-Gravenhage 2 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY9486, m.nt. mr. H. Struik, Computerrecht 2013/9.