

Data in Publiek-Private Projecten: Juridische aspecten

Mr. R.W. de Bruin
Prof. Dr. M. de Cock Buning
Mr. A. Ringnalda
Centrum voor Intellectueel
Eigendomsrecht (CIER),
Universiteit Utrecht

Colofon

Data in Publiek-Private Projecten: Juridische aspecten

SURFfoundation
PO Box 2290
NL-3500 GG Utrecht
T + 31 30 234 66 00
F + 31 30 233 29 60

info@surf.nl
www.surf.nl

Auteurs

Mr. R.W. de Bruin*
Prof. Dr. M. de Cock Buning*
Mr. A. Ringnalda*

**Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht (CIER), Universiteit Utrecht*

Eindredactie

Keith Russell - SURFfoundation

SURF is de ICT-samenwerkingsorganisatie van het hoger onderwijs en onderzoek (www.surf.nl).
Deze publicatie is digitaal beschikbaar via de website van SURFfoundation:
www.surffoundation.nl/publicaties

© Stichting SURF
Oktober 2011
Met aanpassingen in de nummering November 2011

Deze publicatie verschijnt onder de Creative Commons licentie Naamsvermelding 3.0 Nederland.



Inhoudsopgave

Managementsamenvatting	5
Management summary	7
1 DiPPP:Data in Publiek Private Samenwerking	9
1.1 Over dit rapport.....	9
1.2 Inleiding	9
1.3 Open Access en onderzoeksdata	10
1.4 Potentiële spanningen	11
1.5 Definities	12
1.6 Vraagstelling en opzet	13
2 Juridische uitgangspositie: Intellectueel Eigendomsrecht op onderzoeksdata	15
2.1 Inleiding	15
2.2 Auteursrecht	15
2.2.1 De omvang van auteursrechtelijke bescherming	15
2.2.2 Exploitatierchten: de beschikkingsmacht van de rechthebbende.....	16
2.2.3 Vorm en Inhoud	17
2.2.4 Auteursrechtelijk beschermd onderzoeksdata	18
2.2.5 Machinaal geproduceerde werken	20
2.2.6 Auteursrecht en ontdekkingen	21
2.2.7 Wie is auteursrechtelijke?	21
2.2.8 Onderzoeksresultaten die niet door het auteursrecht zijn beschermd.....	22
2.2.9 Auteursrecht en Open Access voor onderzoeksdata	22
2.3 Databankenrecht	23
2.3.1 Inleiding	23
2.3.2 Beschermingscriteria	23
2.3.3 Exploitatierchten: de beschikkingsmacht van de producent	27
2.3.4 De producent	28
2.3.5 Vorm en inhoud	29
2.3.6 Toestemming, raadpleging en contractuele afspraken	29
2.3.7 Databanken die niet door het databankenrecht zijn beschermd	30
2.3.8 Databankenrecht en Open Access voor onderzoeksdata	30
2.4 Onpersoonlijke geschriftenbescherming	31
2.4.1 Inleiding	31
2.4.2 Beschermingscriteria	31
2.4.3 Beschermingsomvang	31
2.4.4 Rechthebbende	32
2.4.5 Kritiek	32
2.4.6 Onpersoonlijke geschriftenbescherming en Open Access	32
2.5 Octrooirecht	32
2.5.1 Inleiding	32
2.5.2 Object van bescherming: de uitvinding.....	33
2.5.3 Octrooiaanvraag	34
2.5.4 Rechthebbende	34
2.5.5 Exploitatierchten	34
2.5.6 Octrooirecht en Open Access voor onderzoeksdata.....	35
2.6 IE-rechten op onderzoeksdata en Open Access-beleid	36
3 Subsidieregelingen en Open Access-beleid	37
3.1 Inleiding	37
3.2 De NWO subsidieregeling	37
3.3 STW-voorwaarden	38
3.4 Geheimhoudingsbedingen ten gunste van co-financiers	40
3.5 Vergelijking met buitenlandse publieke onderzoeksfinanciers.....	41
4 Toepassing op Onderzoeksdata	45

4.1	Inleiding	45
4.2	Onderzoeksdata als onderzoeksresultaten	45
4.3	Het beleid van NWO en STW met betrekking tot onderzoeksdata	46
4.4	IE-Rechten op onderzoeksdata	47
4.5	Geheimhoudingsbedingen	48
4.6	Door derden aangeleverde onderzoeksdata	49
5	Het gebruik van licenties voor de publicatie van onderzoeksdata.....	51
5.1	Inleiding	51
5.2	Eisen aan standaardlicenties bij Open Access publiceren	52
5.3	Geschikte standaardlicenties bij Open Access publiceren	53
5.4	Een alternatieve benadering: gedragscodes	54
6	Aanbevelingen	55

Managementsamenvatting

Het Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht (CIER) van de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Economie en Bestuurskunde van de Universiteit Utrecht heeft in opdracht van NWO, STW en SURF onderzoek gedaan naar het spanningsveld tussen Open Access en bescherming van onderzoeksdata in publiek-private samenwerking. Dit is een onderwerp dat momenteel (inter)nationaal in het middelpunt van de belangstelling staat.

Open Access

NWO en STW spannen zich in om, zoals ook neergelegd in de Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, onderzoeksdata die gegenereerd worden in door hen (mede)gefinancierd onderzoek, gratis voor delen en hergebruik beschikbaar te stellen. Dat betekent dat onderzoeksdata in online repositories toegankelijk moeten worden gemaakt voor hergebruik in bijvoorbeeld verder wetenschappelijk onderzoek.

Publiek-private spanning

Tussen dit Open Access-beleid van publieke subsidieverstrekkingen als NWO en STW en mogelijke belangen van private cofinanciers die aanspraak willen maken op rechten op onderzoeksdata teneinde resultaten te exploiteren en hun investering terug te verdienen, bestaat een potentieel spanningsveld.

Intellectuele eigendomsrechten

Onderzoeksdata, in dit rapport gedefinieerd als: *alle feitelijke gegevens die worden gebruikt als primaire bronnen voor wetenschappelijk onderzoek*, kunnen echter beschermd zijn door intellectuele eigendomsrechten (IE-rechten), te weten het auteursrecht, databankenrecht en/of de onpersoonlijke geschriftenbescherming.

- Het **auteursrecht** beschermt de maker van werken die origineel zijn en een persoonlijk stempel dragen, tegen overnemen en kopiëren van (gedeelten) van dit werk. Ruwe, onbewerkte data en blote feiten zijn in beginsel vrij te gebruiken, maar de vorm waarin deze onderzoeksdata is gegoten kan onder omstandigheden auteursrechtelijk beschermd zijn. Ook indien auteursrechtelijke bescherming op een verzameling onderzoeksdata ontbreekt, kan onder bepaalde voorwaarden het databankenrecht deze verzameling van onderzoeksdata beschermen.
- Een **databank** is beschermd indien (1) er sprake is van een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen; (2) die doorzoekbaar of systematisch geordend is; (3) en indien er substantieel is geïnvesteerd in de verkrijging, controle of presentatie van de elementen in de verzameling. Niet relevant is daarbij de investering in het creëren van de gegevens zelf. Een beschermde databank mag niet zonder toestemming worden gekopieerd of toegankelijk c.q. openbaar gemaakt.
- In Nederland genieten ook nog eens alle geschriften die openbaar zijn gemaakt of bestemd zijn om openbaar gemaakt te worden, zogenaamde **geschriftenbescherming**. Alle documenten (digitaal en analoog) waarin onderzoeksdata zijn vervat, worden in ieder geval op deze wijze beschermd. Deze bescherming van onpersoonlijke geschriften behelst een verbod op het integraal en ongewijzigd openbaar maken of vereenvoudigen van het geschrift.

Toestemming

Wanneer de vorm waarin de onderzoeksdata zijn gegoten IE-rechtelijk is beschermd, moet er voor het delen en hergebruiken van dergelijke data in beginsel toestemming van alle betrokken rechthebbenden worden verkregen. Toestemming voor het delen en hergebruiken van onderzoeksdata, die in het kader van door NWO en STW gefinancierd onderzoek worden gegenereerd, kan door middel van de subsidieregelingen van NWO en STW tot stand komen.

Evenwichtige regeling

In situaties waarbij een private partij is betrokken als cofinancier of als leverancier van (een deel van de) voor het onderzoek noodzakelijke informatie moet een evenwichtige regeling worden getroffen, waarbij enerzijds de belangen van de private partij worden meegewogen en waarbij voor

NWO en STW anderzijds het uitgangspunt van het Open Access-beleid vooropstaat . Daartoe komt het CIER onder meer de volgende aanbevelingen.

Aanbevelingen

1. **Voorkom dat IE-rechten een obstakel voor het delen en hergebruiken van onderzoeksdata kunnen vormen** door duidelijk te bepalen dat subsidieverkrijgers alle vereiste toestemmingen voor het delen en hergebruiken (bij voorbaat) verlenen, dan wel afstand doen van hun IE-rechten. Dat kan door het opnemen van een licentie of een verklaring van afstand van deze rechten in de subsidieregelingen. Om problemen te voorkomen moet dergelijke toestemming altijd verkregen worden, zelfs al zijn data niet altijd door IE-rechten beschermd. Het is immers bij veelvormige onderzoeksdata niet altijd mogelijk om op voorhand aan te geven welke data (uiteindelijk) beschermd zullen zijn.
2. **Gebruik gedragscodes in plaats van beschikbare standaardlicenties** om bovengenoemde obstakels zo effectief mogelijk te verwijderen. Huidig beschikbare standaardlicenties (zoals Creative Commons) zijn niet ontwikkeld voor toepassing op onderzoeksdata. Bovendien bieden ze weinig flexibiliteit ten aanzien van de voorwaarden voor delen en hergebruiken. Als alternatief kan van rechthebbenden verlangd worden dat zij afstand doen van hun aanspraak op IE-rechten. De voorwaarden voor delen en hergebruiken kunnen vervolgens in een meer flexibele gedragscode worden bepaald.
3. **Voorkom feitelijke monopolies op informatie met een eenduidig beleid** waarin wordt uiteengezet onder welke omstandigheden en voor welke periode geheimhouding toelaatbaar kan zijn. Dergelijke geheimhouding kan gewenst zijn met het oog op octrooiaanvragen, commerciële belangen, en het beschermen van persoonsgegevens.
4. **Regel de positie van private partijen.** Private partijen kunnen in het kader van publiek-private samenwerking op twee manieren bij onderzoek betrokken zijn, namelijk als cofinancier (zonder dat deze data levert) of als leverancier van onderzoeksdata voor input van het onderzoek. In beide gevallen moeten in de subsidievoorwaarden de mogelijke belangen van deze private partijen verhelderd dan wel geregeld worden:
 - a. Als de private partij *als cofinancier optreedt*, kan hij exploitatie van de onderzoeksresultaten wensen. Dat kan bijvoorbeeld door middel van octrooien, die weliswaar verdere uitwisseling van onderzoeksdata niet in de weg staan maar vóór het indienen van de octrooiaanvragen niet mogen worden gepubliceerd. Voor andere vormen van exploitatie, bijvoorbeeld de bescherming van know-how kan, indien gewenst, geheimhouding voor langere duur worden geïndiceerd.
 - b. De private partij bij een publiek-private samenwerking kan ook *als leverancier van onderzoeksdata optreden*. Bij de 'aankoop' van dergelijke externe data kan, ter bescherming van de belangen van de private partij, bepaald zijn dat de externe data niet verder gedeeld of hergebruikt mogen worden.
5. **Regel de positie van derde partijen.** In uitzonderingsgevallen kunnen rechten op onderzoeksdata toebehoren aan een derde die niet aan de subsidievoorwaarden is gebonden. Om te zorgen dat de vereiste toestemmingen voor het delen en hergebruiken toch goed geregeld kunnen worden, dienen deze zo vroeg mogelijk verkregen te worden, en dient overdracht van rechten aan derden in beginsel te worden uitgesloten.
6. **Spoor de wetgever aan om de potentiële IE-obstakels bij het delen en hergebruiken van onderzoeksdata te voorkomen** door inperking van de bescherming van onpersoonlijke geschriften en het introduceren van een beperking of 'fair use'-bepaling waarin een uitzondering op het auteurs- en databankrecht voor het gebruik van onderzoeksdata voor wetenschappelijk onderzoek wordt gemaakt.

Management summary

The Centre for Intellectual Property Law (CIER) at Utrecht University's Faculty of Law, Economics and Governance (REBO) has carried out a study of the tensions that exist between Open Access and the protection of research data in a public-private partnerships. The study was commissioned by the Netherlands Organisation for Scientific Research (NWO), the STW Technology Foundation, and SURF. It deals with an issue that is currently the focus of attention both nationally and internationally.

Open Access

NWO and STW are making every effort – in accordance with the principle set forth in the *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* – to ensure that research data generated in the course of research that they fund (or co-fund) is made freely available to be shared and re-used. This means that the data concerned must be made accessible in online “repositories” for re-use, for example in further research.

Tensions between public and private

There are potential tensions between this policy of Open Access on the part of public funding bodies such as NWO and STW and the possible interests of private co-funders that wish to assert rights to research data so as to make use of that data and recoup their investment.

Intellectual property rights

Research data – defined in this report as *all factual information used as primary sources for scientific or scholarly research* – can, however, be subject to protection by intellectual property rights, namely copyright, database right, and/or “protection of non-original writings”.

- **Copyright** protects the “author” (i.e. the creator) of a work that is original and bears his/her personal stamp against that work (or parts of that work) being adopted or copied by someone else. Raw, unprocessed data and bare facts can basically be freely used, but under certain circumstances the form which the research data takes may be subject to copyright protection. Even if a collection of research data is not subject to copyright protection, it may be protected under certain circumstances by database right.
- A **database** is protected if (1) it comprises a collection of works, data, or other independent elements; (2) it is searchable or arranged systematically; and (3) if a substantial investment has been made in obtaining, verifying, or presenting the material. Whether that investment has been in creating the data itself is irrelevant. A protected database cannot be copied, made accessible, or published without consent.
- In the Netherlands, all writings that have been published or are intended to be made public are also subject to “**protection of non-original writings**” [*geschriftenbescherming*]. All documents (whether digital or analogue) containing research data are in any case protected in this way. This protection for non-original writings involves a prohibition on publishing or duplicating the whole of the material concerned without changes.

Consent

If the form that the research data takes is subject to protection by intellectual property rights, consent must basically be acquired from all the rightholders concerned before it can be shared or re-used. Consent for sharing or re-using research data generated in the context of research funded by NWO or STW can be granted through the relevant NWO or STW funding arrangements.

Balanced arrangement

In situations where a private party is involved as a co-funder or as a provider of some or all of the information required for the research, it is necessary for a balanced arrangement to be agreed on. This must take account, on the one hand, of the interests of the private party concerned and, on the other, of the Open Access policy pursued by NWO and STW. With that in mind, CIER makes the following recommendations.

Recommendations

1. **Prevent intellectual property rights being an obstacle to the sharing and re-use of research data** by stipulating unambiguously that parties that receive funding must grant all the required consent for such sharing and re-use (in advance), or must waive the relevant intellectual property rights. This can be done by including a licence or a waiver of these rights in the funding arrangements. In order to prevent problems occurring, such consent must be acquired in all cases, even if the data is not always protected by intellectual property rights. In the case of highly varied research data, it is not always possible, after all, to indicate in advance which data will ultimately be subject to protection.
2. **Make use of codes of conduct rather than the available standard licences** to remove the obstacles named above as effectively as possible. The currently available standard licences (for example Creative Commons) were not developed to be applied to research data. They also offer insufficient flexibility with regards to the conditions for sharing and re-using data. As an alternative, rightholders can be required to waive the relevant intellectual property rights. The conditions for sharing and re-using data can then be set forth in a more flexible code of conduct.
3. **Prevent actual monopolies of information by means of an unambiguous policy.** This policy should set out the circumstances under which confidentiality may be permissible, and for what length of time. Confidentiality may be desirable with a view to patent applications, commercial interests, and/or the protection of personal data.
4. **Regulate the position of private parties.** In the context of public-private partnerships, private parties may be involved in research in two different ways, namely as a co-funder (without providing data) or as a provider of data as input for the research. In both these cases, the funding conditions must clarify or regulate the potential interests of these private parties:
 - a. *If the private party acts as a co-funder*, it may wish to make use of the research results. This may involve patent arrangements, for example, that prevent the data being published before the patent application has been submitted. In the case of other kinds of utilisation, for example where protecting know-how is concerned, it may be appropriate to impose confidentiality for a longer period of time.
 - b. A private party involved in a public-private partnership may also be a *provider of research data*. When that external data is “bought”, a provision to protect that party’s interests may be imposed to the effect that the external data it has provided must not be shared or reused any further.
5. **Regulate the position of third parties.** In exceptional cases, rights to research data may belong to a third party which is not bound by the funding conditions. In order to ensure that the necessary consent for sharing and reusing the data can still be properly arranged, such consent must be acquired as early as possible, and the transfer of rights to third parties must basically be excluded.
6. **Encourage parliament to remove potential obstacles that intellectual property rights can present to sharing and reusing research data.** This could be done by limiting the protection of non-original writings and by introducing a restriction or fair-use provision that stipulates Exceptions to copyright and database right for the use of research data in scientific or scholarly research.

1 DiPPP: Data in Publiek Private Samenwerking

1.1 Over dit rapport

Dit rapport is opgesteld in het kader van het SURFshare programma, waarin ook aandacht wordt besteed aan het verbeteren van toegang tot data. Onder dit thema zijn studies¹ uitgevoerd waarin diverse aspecten van deze ontwikkeling werden bestudeerd. Onder meer is gekeken naar de vraag welke data moet worden opgeslagen en wat de juridische mogelijkheden en beperkingen zijn om data her te gebruiken. In het verlengde van deze studies is het project DiPPP (Data in Publiek-Private Projecten) opgestart. Dit heeft tot twee studies geleid, waar dit er een van is, naar de mogelijkheden om data te delen in publiek-privaat gefinancierde projecten.

1.2 Inleiding

In toenemende mate voeren overheden en kennisinstellingen een Open Access-beleid. De gedachte daarbij is dat de resultaten van onderzoek dat is gefinancierd met publieke middelen ook vrij voor het publiek ter beschikking moeten zijn. In het bijzonder wordt ernaar gestreefd publiek gefinancierde kennis vrij beschikbaar te stellen voor nieuw wetenschappelijk onderzoek. Dit Open Access-beleid richt zich thans met name tegen de in de wetenschappelijke wereld gebruikelijke situatie waarbij uitgevers hoge prijzen rekenen voor (toegang tot) artikelen en boeken, ook als die met publieke middelen tot stand zijn gekomen.² In dit verband streeft de Open Access-beweging ernaar dat wetenschappelijke publicaties volgens bepaalde protocollen en onder bepaalde licenties in vrij toegankelijke *repositories* worden geplaatst, zodat ze voor eenieder ter raadpleging en hergebruik beschikbaar zijn.

Diverse universiteiten, kennisinstellingen en subsidieverleners hebben zich bij deze beweging aangesloten door ondertekening van de *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities*, die in 2003 tot stand kwam. Daarin verklaren de ondertekenaars zich in te zullen spannen voor algemene en laagdrempelige beschikbaarheid van kennis op het internet. Inmiddels komt het Open Access aanbieden van wetenschappelijke publicaties bij universiteiten en uitgevers op gang. Publieke subsidieverleners zoals NWO hebben de Berlin Declaration ondertekend en eisen nu dat de vruchten van publiek gefinancierd onderzoek vrij beschikbaar zijn. NWO voert sinds 2011 een Open Access-beleid waarbij onderzoekers in de subsidiebepalingen worden verplicht om hun publicaties onder Open Access-voorwaarden te publiceren.

Als gevolg van de Open Access-beweging is de aandacht ook komen te liggen op de beschikbaarheid van onderzoeksdata. Een wetenschappelijke publicatie is het eindproduct van veel wetenschappelijk onderzoek maar in het kader van het onderzoeksproces wordt nog veel meer kennis gegenereerd die van belang is voor de (academische) gemeenschap. Een onderzoeksproces resulteert vaak in een grote hoeveelheid onderzoeksdata, variërend van ruwe (onverwerkte en onbewerkte) gegevens tot verrijkte, geïnterpreteerde, geselecteerde of gestructureerde data of dataverzamelingen. Het delen van deze onderzoeksdata kan om verschillende redenen van belang zijn. Delen leidt tot transparantie en controleerbaarheid, wat de kwaliteit van onderzoek ten goede komt. Bovendien lenen veel onderzoeksdata zich voor hergebruik in nieuw wetenschappelijk onderzoek. Tot slot geldt ook hier het argument dat de resultaten van publiek gefinancierd onderzoek – data daaronder begrepen – publiekelijk beschikbaar moeten zijn.³ Moderne technieken bieden daarbij nieuwe kansen om onderzoeksdata eenvoudig te delen en in nieuw onderzoek te gebruiken.

¹ <http://www.surfoundation.nl/toegangtotdata>

² Budapest Initiative

³ OECD Principles. Hier zij opgemerkt dat informatie die door publiekrechtelijke lichamen wordt verzameld onder de richtlijn Hergebruik van overheidsinformatie (Richtlijn 2003/98/EG) valt. Deze richtlijn ziet echter niet op universiteiten etc.

Dit rapport richt zich op de toepassing van Open Access-beleid op onderzoeksdata door NWO en STW, die als publieke subsidieverleners bij onderzoeksprojecten zijn betrokken. NWO is verantwoordelijk voor de publieke financiering van wetenschappelijk onderzoek. STW is een onderdeel van NWO dat zich toelegt op de financiering van technisch wetenschappelijk onderzoek. In dit rapport wordt uiteengezet wat de huidige subsidieregelingen van NWO en STW bepalen over het delen van onderzoeksdata. Op grond van die analyse wordt een aantal suggesties gedaan. De toepassing van Open Access-beleid op onderzoeksdata is juridisch gezien immers gecompliceerd. Onderzoeksdata kunnen, althans gedeeltelijk, door intellectuele eigendomsrechten (auteurs- en databankenrecht, octrooirecht, onpersoonlijke geschriftenbescherming) zijn beschermd. Dat betekent dat de data niet zonder meer kunnen worden verspreid en hergebruikt. Toestemming van de rechthebbende is daarvoor vereist. Dat betekent niet dat het Open Access delen van onderzoeksdata onmogelijk is, maar het brengt wel met zich mee dat de vereiste toestemming in de subsidiebepalingen goed moet worden geregeld. Daarmee worden juridisch complexe thema's zoals de bescherming van het intellectueel eigendom van onderzoeksdata, de bepaling wie de rechthebbende is, en het gebruik van licenties waarmee de voor het delen vereiste toestemmingen kunnen worden verleend voor dit rapport relevant. Ook zal moeten worden nagegaan of de afspraken die de subsidiebepalingen van NWO en STW thans bevatten, adequaat zijn voor het delen van onderzoeksdata.

Bovendien kan de bescherming van onderzoeksdata worden uitgebreid door middel van geheimhoudingsafspraken ('non-disclosure'). Dergelijke afspraken worden bijvoorbeeld toegepast bij publiek-private samenwerking. Private co-financiers kunnen dan hun investering in een onderzoek terugverdienen door de onderzoeksresultaten te exploiteren en dus exclusief te houden. Maar dat zou wel betekenen dat de onderzoeksdata niet meer vrij gedeeld kunnen worden. Open Access-beleid moet daarom een regeling omtrent de belangen van private partijen bevatten.

Het privacyrecht, van belang bij het publiceren van persoonsgegevens en het oneerlijke mededingingsrecht, van belang bij het hergebruiken van data van een ander, blijven nadrukkelijk buiten beschouwing. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat deze rechtsgebieden irrelevant zouden zijn. Het privacyrecht kan belangrijke obstakels opwerpen bij het delen en hergebruiken van gegevens die direct of indirect tot personen zijn te herleiden. Op grond van de Wet Bescherming Persoonsgegevens is voor dergelijke verwerking in beginsel toestemming vereist van de persoon waarop de gegevens betrekking hebben. Daarop zijn weliswaar enkele uitzonderingen gemaakt maar die gelden doorgaans niet bij de uitwisseling van gegevens met landen buiten de Europese Unie en staan dus aan het online publiceren van de gegevens in de weg. Het oneerlijke mededingingsrecht kan tot aansprakelijkheid leiden indien gedeelde onderzoeksdata op een manier worden gebruikt die onrechtmatig is jegens degene die de data heeft opgesteld. Ook dit onderwerp blijft hier buiten beschouwing. De aanbevelingen die uit dit rapport voortvloeien bieden derhalve geen oplossing voor eventuele juridische obstakels van het privacyrecht of de oneerlijke mededinging.

1.3 Open Access en onderzoeksdata

Vanuit diverse kanten zijn initiatieven ondernomen om naar analogie van Open Access voor wetenschappelijke publicaties ook het vrij delen van onderzoeksdata te bevorderen. In 2004 benadrukte de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) in haar 'Declaration on Access to Research Data from Public Funding' het belang van internationale uitwisseling van data, informatie en kennis die door publiek gefinancierd onderzoek zijn gegenereerd.⁴ Uit wetenschappelijke hoek is naar voorbeeld van de Open Access-beweging het zogenaamde 'Open Data' initiatief opgezet.⁵ Ook de Science Commons⁶ en de Open Knowledge Foundation⁷ beijveren zich voor het delen en hergebruiken van onderzoeksdata.

⁴ 30 januari 2004, annex I van Science, Technology and Innovation for the 21st Century. Meeting of the OECD Committee for Scientific and Technological Policy at Ministerial Level, 29-30 January 2004 - Final Communiqué.

⁵ Peter Murray-Rust, 'Open Data in Science', *Nature Precedings*, 18 januari 2008.

⁶ www.sciencecommons.org/projects/publishing/open-access-data

⁷ www.okfn.org

Binnen de Open Access-beweging zelf zijn echter ook aanknopingspunten te vinden voor toepassing op onderzoeksdata. In de Berlin Declaration wordt expliciet gesteld dat '*Open access contributions include original scientific research results, raw data and metadata, source materials, digital representations of pictorial and graphical materials and scholarly multimedia materials.*' De Berlin Declaration spoort dus aan tot Open Access-beschikbaarheid van alle gegevens die door middel van publiek gefinancierd onderzoek worden gegenereerd. Het toepassingsbereik omvat derhalve ook onderzoeksdata. Men spreekt in dit verband ook wel van *Open Access Data*.⁸

De Berlin Declaration wordt in dit rapport als uitgangspunt voor Open Access-beleid genomen. Dientengevolge betekent 'Open Access' niet enkel dat de onderzoeksdata gratis toegankelijk moeten worden gemaakt. Van groot belang is tevens de mogelijkheid tot hergebruik van data. Met hergebruik wordt bedoeld dat het afnemers van de onderzoeksdata vrij staat ze te gebruiken voor nieuw, eigen onderzoek. Dat brengt met zich mee dat ze de data niet alleen ter inzage beschikbaar moeten zijn, maar tevens dat ze moeten kunnen worden bewerkt en verder verspreid. De Berlin Declaration impliceert daarom dat de auteurs van en/of rechthebbenden op de data aan alle gebruikers gratis toegang moeten verschaffen en hun een licentie dienen te verlenen om de data te kunnen kopiëren, gebruiken en verspreiden. Ten tweede moeten de onderzoeksresultaten, voorzien van de genoemde toestemmingen en licenties, in een (academische) digitale *repository* worden opgeslagen.

1.4 Potentiële spanningen

Het toepassen van Open Access-beleid op onderzoeksdata is niet zonder juridische en beleidsmatige problemen. Het kan met name onderwerp van discussie worden indien bij het onderzoek niet louter een publieke subsidieverlener en een onderzoeksinstelling, maar ook een derde, private partij zijn betrokken. Dergelijke situaties komen veel voor in de financieringspraktijk van STW, het onderdeel van NWO dat zich toelegt op de subsidiëring van technisch wetenschappelijk onderzoek. Bijdergelijke publiek-private samenwerking zal een private partijover het algemeen zijn investering willen terugverdienen door (een deel van) de onderzoeksresultaten – met name de data en ontdekkingen die erin besloten liggen – te exploiteren. De exploitatiebelangen van de co-financier kunnen dan conflicteren met de eis dat onderzoeksresultaten onder Open Access-voorwaarden beschikbaar zijn. Exploitatie kan immers exclusiviteit vergen. Bovendien kan de private partij naast geld ook eigen data ter beschikking hebben gesteld, die hij uit concurrentie- of privacyoverwegingen liever niet openbaar toegankelijk gemaakt ziet. Een stringente toepassing van het Open Access-beleid zou er in uiterste gevallen toe kunnen leiden dat private partijen niet meer bereid zijn om als co-financier van wetenschappelijk onderzoek op te treden of gegevens ter beschikking te stellen.

In Open Access-beleidsdocumenten wordt het mogelijke conflict tussen de belangen van private en publieke financiers erkend. Zo staat in de OECD-principles te lezen:

'As public/private partnerships in the funding of research and related data production are increasing, balanced public/private arrangements should facilitate broad access to research data where appropriate. The fact that there is private sector involvement in the data collection should not, in itself, be used as a reason to restrict access to the data. Consideration should be given to measures that promote non-commercial access and use while protecting commercial interests, such as delayed or partial release of such data, or the voluntary adoption of licensing mechanisms. Such measures can allow the primary participants to fully exploit the research data without unnecessarily shutting off access.'⁹

Hier wordt dus overwogen dat de betrokkenheid van private partijen in zichzelf niet voldoende is om toegang tot de data te beperken, maar dat commerciële belangen wel meegewogen dienen te worden. De OECD spoort aan om te zoeken naar maatregelen waarbij niet-commerciële toegang en

⁸ <http://sciencecommons.org/resources/faq/database-protocol/>

⁹ OECD Principles, p. 16-17.

hergebruik verenigd worden met de bescherming van commerciële belangen, bijvoorbeeld door vertraagde ontsluiting van de data of het werken met aparte commerciële en niet-commerciële licenties voor hergebruik van de data.

Het spanningsveld tussen Open Access-beleid en de belangen van private financiers roept een aantal vragen op. De eerste betreft de omvang van het spanningsveld: welke mogelijkheden hebben co-financiers op grond van de huidige subsidiebepalingen en -beleid van NWO en STW om publicatie van onderzoeksresultaten, inclusief onderzoeksdata, tegen te gaan? En in de tweede plaats, op welke wijze zouden eventuele spanningen kunnen worden opgelost? Naast de juridische status van onderzoeksdata zullen ook deze aspecten van Open Access-beleid worden besproken.

1.5 Definities

Met het begrip onderzoeksdata kan verwezen worden naar een zeer breed scala aan soorten gegevens. Men denke aan numerieke meetgegevens, maar ook aan de schriftelijke verslaglegging van een observatie, antwoorden op een questionnaire of interview, geluidsopnamen en beeldmateriaal. Gegevens kunnen ruw en onbewerkt zijn, gespeend van enige duiding, maar ook in zekere mate verwerkt of geïnterpreteerd, zodat het verband tussen gegevens en variabelen duidelijk wordt. De gegevens kunnen dus bestaan uit een enkele lijst of opsomming, maar ook uit een formule of een dataset of databank waarin de gegevens in een bepaalde structuur zijn gegoten. Data kunnen ook gevisualiseerd zijn in een tabel, grafiek of model.

Over de definitie van onderzoeksdata valt dus veel te zeggen. Voor het onderhavige onderzoek is een uitvoerige bespreking echter niet van belang. Hier staan immers juridische concepten centraal. Wij beperken ons bij wat volgt tot het uiteenzetten van de juridische definities teneinde na te gaan onder welke voorwaarden ze op onderzoeksdata van toepassing kunnen zijn. Vanwege de breedte van het begrip 'onderzoeksdata' kan een en ander echter uitsluitend in abstracto worden weergegeven. Waar mogelijk worden ter concretisering voorbeelden gebruikt. Toepassing op de praktijk is evenwel afhankelijk van de omstandigheden van elk geval.

In onze bespreking staan de werkdefinitie van twee begrippen centraal. Het begrip 'onderzoeksresultaten' is zeer ruim, en omvat de uitkomsten, gegevens, kennis en informatie die door een onderzoek worden gegenereerd. Zowel in de Algemene Voorwaarden van STW als in de Subsidieregeling van NWO worden onderzoeksresultaten gedefinieerd als 'alle uitvindingen, uitkomsten, materialen, methodes, processen, producten, programma's, software, vindingen of ontdekkingen die binnen een project worden gegenereerd'.¹⁰ Het begrip is dus niet beperkt tot eindresultaten, zoals een wetenschappelijke publicatie.¹¹

Een deel van de onderzoeksresultaten bestaat derhalve uit onderzoeksdata. Het begrip is eveneens zeer ruim, en wij hanteren daarom in navolging van de *OECD Principles* een functionele definitie, waarin onderzoeksdata worden begrepen als:

'factual records (numerical scores, textual records, images and sounds) used as primary sources for scientific research, and that are commonly accepted in the scientific community as necessary to validate research findings. A research data set constitutes a systematic, partial representation of the subject being investigated'¹²

¹⁰ Art. 1 lid 21 STW Algemene Voorwaarden; definitielijst NWO Regeling Subsidies (mei 2011).

¹¹ Het dient te worden opgemerkt dat ook de intellectuele eigendomsrechten op onderzoeksresultaten als eigenstandige onderzoeksresultaten kunnen worden aangemerkt.¹¹ Wij verkiezen echter een definitie die louter de materiële of informatiele aspecten van onderzoeksresultaten omvat. Hun juridische status vormt immers onderwerp van het onderzoek. Bovendien is de gekozen materiële definitie ook het meest functioneel: omdat het onderzoek draait om de vraag wanneer de publicatie van onderzoeksresultaten vereist is dan wel kan worden tegengehouden, zijn alleen de informatiele aspecten van onderzoeksresultaten, die zich voor publicatie lenen, relevant.

¹² OECD Principles, p. 13.

Soms wordt gesproken van ruwe data. Daaronder worden onderzoeksdata verstaan die het onmiddellijke resultaat van een meting zijn en nog niet op enige wijze zijn verwerkt. Hoewel dat onderscheid soms nuttig is, zij opgemerkt dat ook ruwe data in zekere zin verwerkt zijn. Ook feitelijke gegevens *an sich* moeten immers op zekere wijze worden uitgedrukt (in beeld, tekst, of cijfers) om voor communicatie vatbaar te zijn. Wel kan gesteld worden dat ruwe data ook zonder directe menselijke tussenkomst kunnen worden geproduceerd (machinaal), terwijl verwerkte onderzoeksdata altijd ten dele het resultaat zijn van menselijke arbeid. Waar in dit onderzoek verder gesproken wordt van een 'databank' of 'dataset' wordt bedoeld op data die in een bepaalde structuur of verband zijn gebracht.

De begrippen onderzoeksresultaten en onderzoeksdata overlappen elkaar gedeeltelijk. Onderzoeksdata kunnen onderzoeksresultaten zijn indien ze door het onderzoek zijn verkregen. Maar niet alle onderzoeksdata zijn als onderzoeksresultaten aan te merken. Sommige data worden niet in het onderzoeksproces gegenereerd, maar overgenomen uit bestaande bronnen. Daarbij kan gedacht worden aan hergebruikte data uit eerder wetenschappelijk onderzoek, maar ook aan gegevens die door een partij ter beschikking worden gesteld. Tegelijk omvatten onderzoeksresultaten ook eindproducten van het onderzoeksproces die doorgaans niet als onderzoeksdata zijn aan te merken.¹³

1.6 Vraagstelling en opzet

Dit rapport gaat over de toepassing van het Open Access-beleid van NWO en STW op onderzoeksdata. Het behelst een verkenning van het thans geldende beleid van NWO en STW ten aanzien van de publicatie van onderzoeksdata, het beheer van de intellectuele eigendomsrechten die op data kunnen rusten, en de positie van eventuele private co-financiers. Het rapport heeft tot doel inzicht te verkrijgen in het huidige beleid, de juridische toepassing ervan te schetsen, en tot voorstellen voor toekomstige herziening te komen.

Dit rapport is als volgt opgebouwd. Na deze inleiding zal in hoofdstuk twee worden bekeken of en in hoeverre onderzoeksdata door Intellectueel Eigendoms (IE) rechten beschermd kunnen zijn. Bescherming kan gevolgen hebben voor het implementeren van Open Access-beleid voor onderzoeksdata. Als bescherming van toepassing is, kan toestemming van de rechthebbende vereist zijn voor het publiceren en hergebruiken van de data. Daar moet dan in de subsidiëringsregelingen op worden geanticipeerd. Daarvoor moet duidelijk zijn wanneer toestemming is vereist, onder welke voorwaarden data beschermd kunnen zijn, en wie de rechthebbende is die in voorkomende gevallen toestemming moet verlenen. Maar ook als de data niet door IE-rechten zijn beschermd, is delen niet zonder meer mogelijk. Data kunnen bijvoorbeeld door geheimhoudingsafspraken zijn beschermd. Bovendien moeten de financieringsvoorwaarden ook voor onbeschermd data een regeling bevatten om feitelijke toegang tot de data te waarborgen. Het ontbreken van IE-bescherming betekent immers nog niet dat de onderzoekers verplicht zijn hun data te delen.

Wat de subsidiëringsregelingen van NWO en STW wel en niet regelen over deze zaken, is onderwerp van het derde hoofdstuk. Daarin zullen de voorwaarden van NWO en STW worden ontleed, zodat duidelijk wordt welke eisen deze stellen aan het delen van data en welke voorzieningen zijn getroffen om dat mogelijk te maken. Om het Open Access-beleid met betrekking tot onderzoeksdata van NWO en STW in een wat breder perspectief te plaatsen, zal het worden afgezet tegen het beleid van enkele buitenlandse subsidie-instellingen.

Het vierde hoofdstuk bevat de analyse waarin de juridische toepassing van de regelingen van NWO en STW wordt besproken en afgezet tegen het ideaal van de Berlin Declaration. Bij die analyse worden potentiële tekortkomingen geconstateerd. Daarbij zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan de wijze waarop de belangen van private co-financiers het Open Access-beleid al dan niet kunnen doorkruisen, bijvoorbeeld door middel van geheimhoudingsbedingen.

¹³ Soms bestaat het eindproduct van een onderzoek louter uit onderzoeksdata, bijvoorbeeld als het onderzoek tot doel heeft een databank op te zetten.

In het vijfde hoofdstuk wordt het gebruik van standaardlicenties besproken. Standaardlicenties zijn juridische instrumenten waarmee rechthebbenden op voorhand toestemming kunnen verlenen om hun (beschermde) data te publiceren, te vereenvoudigen en te bewerken. Door zulke standaardlicenties in de subsidiëringsvoorwaarden verplicht te stellen, kunnen NWO en STW een Open Access-beleid voor data realiseren. Maar omdat de meeste standaardlicenties niet ontwikkeld zijn voor het delen van data, moet nagegaan worden in hoeverre ze in deze context geschikt zijn.

In het zesde en laatste hoofdstuk worden op basis van de analyse enige aanbevelingen gedaan. Die zijn met name gericht op de verbetering van geconstateerde onduidelijkheden en tekortkomingen in de huidige subsidiebepalingen. Het doel van de aanbevelingen is om te schetsen hoe een Open Access-beleid met betrekking tot onderzoeksdata in juridisch opzicht kan worden gerealiseerd.

2 Juridische uitgangspositie: Intellectueel Eigendomsrecht op onderzoeksdata

2.1 Inleiding

Onderzoeksdata kunnen door diverse intellectuele eigendomsrechten worden beschermd. De rechthebbende wordt dan het exclusieve recht gegund om bepaalde handelingen te verrichten, zoals het verveelvoudigen en openbaar maken van een auteursrechtelijk beschermd werk, het opvragen en hergebruiken van (substantiële delen van) een databank of toepassing van een octrooi. Zoals hieronder zal blijken, geldt deze exclusiviteit niet onverkort. De wet voorziet in uitzonderingen. Bovendien zijn onderzoeksdata niet altijd door intellectuele eigendomsrechten beschermd. Als onderzoeksdata IE-rechtelijk worden beschermd, kan dit echter wel een juridisch obstakel zijn bij het delen en/of hergebruiken van onderzoeksdata. Soms is daarvoor expliciet toestemming van de rechthebbende vereist. Zonder toestemming mag een bibliotheek of *repository* beschermde data niet aan derden aanbieden, en mogen gebruikers de data niet kopiëren of bewerken. Dat betekent dat aanvullende stappen nodig zijn om het delen en hergebruiken van beschermde onderzoeksdata in juridisch opzicht mogelijk te maken.

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten IE-rechten. Het auteurs- en databankenrecht en de onpersoonlijke geschriftenbescherming beschermen een bepaalde expressie van informatie of data. De expressie (zoals een boek, artikel, redevoering, of databank) mag niet zonder toestemming van de rechthebbende worden verveelvoudigd of openbaargemaakt. Omdat het delen en/of hergebruiken van data zowel openbaarmaking als verveelvoudiging met zich meebrengt, zijn deze rechtsgebieden bijzonder relevant. Daar staat het octrooirecht tegenover. Een octrooi beschermt niet een bepaalde expressie van informatie, maar de toepassing ervan. Een geoctrooide uitvinding mag enkel door de octrooihouder worden toegepast, terwijl de informatie zelf wel door anderen mag worden uitgewisseld en bijvoorbeeld worden gebruikt in verder onderzoek.

Achtereenvolgens zullen eerst de rechten die expressies beschermen, worden besproken: het auteursrecht (§2.2), databankenrecht (§2.3) en de onpersoonlijke geschriftenbescherming (§2.4). Daarna komt het octrooirecht aan bod (§2.5). Daarbij zal steeds worden nagegaan onder welke voorwaarden onderzoeksdata beschermd kunnen zijn, waarvoor de bescherming precies geldt, en wie de rechthebbende kan zijn. Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een bespreking van de gevolgen van eventuele bescherming voor het Open Access publiceren van onderzoeksdata.

2.2 Auteursrecht

2.2.1 De omvang van auteursrechtelijke bescherming

Het auteursrecht beschermt bepaalde expressies van informatie of gegevens.¹⁴ Een dergelijke expressie wordt een werk genoemd. Indien een werk auteursrechtelijk beschermd is, heeft de rechthebbende het exclusieve om het werk te verveelvoudigen en openbaar te maken. Derden moeten daar steeds toestemming voor vragen.¹⁵

Auteursrechtelijke bescherming geldt echter alleen voor werken die een eigen, oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen. Met het eigen, oorspronkelijk karakter wordt bedoeld dat het werk niet ontleend mag zijn aan andere werken. Een werk is alleen

¹⁴ Volgens de theorie beschermt het auteursrecht een immateriële creatie. De expressie behoeft dus niet te zijn gefixeerd in een materiële drager. Waar hier wordt gesproken van 'uitdrukking', 'vastlegging' of 'expressie' wordt louter bedoeld dat de informatie of gegevens in een voor communicatie vatbare vorm – bijvoorbeeld woord of beeld – moeten zijn gegoten. Zie nader § 2.2.3.

¹⁵ In sommige gevallen wijst de wet een ander dan de maker aan als auteursrechthebbende; zie daarover paragraaf 2.5.

maar oorspronkelijk als het niet rechtstreeks is overgenomen van een ander werk of wanneer er meer dan alleen minimale wijzigingen zijn aangebracht. Ook algemeen gebruikte vormen kunnen doorgaans de oorspronkelijkheidstoets niet doorstaan. Het vereiste persoonlijk stempel van de maker wil zeggen dat er bij het doen ontstaan van het werk sprake moet zijn geweest van een creatieve, menselijke arbeid. De maker moet bepaalde keuzes hebben gemaakt ten aanzien van de vormgeving van het werk, op basis van, al dan niet bewuste, persoonlijke voorkeuren. Om te beoordelen of sprake is van een persoonlijk stempel van de maker kan een vuistregel worden gehanteerd. Indien het denkbaar is dat twee verschillende makers, zonder elkaar te hebben geraadpleegd, tot exact hetzelfde werk hadden kunnen komen, dan is er in de regel geen sprake van een persoonlijk stempel.¹⁶

Uit het vereiste persoonlijk stempel van de maker volgt tevens dat auteursrechtelijke bescherming alleen mogelijk is indien het werk, althans ten dele, het resultaat is van menselijk handelen. Wat uitsluitend door een machine wordt gemaakt, ontbeert immers een persoonlijk stempel en kan daardoor in theorie niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Daarbij moet echter wel worden bedacht dat ook machines door mensen zijn ingesteld, en dat die instelling (van bijvoorbeeld een fotocamera) ervoor kan zorgen dat wel sprake is van een eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker. Dat hangt dus af van de mate waarin het werk mechanisch tot stand is gekomen.

2.2.2 Exploitatierchten: de beschikkingsmacht van de rechthebbende

Indien onderzoeksdata of onderzoeksresultaten auteursrechtelijk beschermd zijn, beschikt de rechthebbende over een tweetal exploitatierchten. Deze stellen de auteursrechthebbende in staat elk gebruik van het werk zonder toestemming van de auteursrechthebbende door een derde te verbieden.¹⁷ Het gebruik van een werk kan bestaan in het openbaarmaken en het verveelvoudigen ervan.

Het verveelvoudigen van een werk omvat het vermeerderen van het aantal exemplaren waarin het werk is vastgelegd.¹⁸ Ook het bewerken, nabootsen, wijzigen of vertalen van een werk valt onder het begrip 'verveelvoudigen'. Onder verveelvoudigen valt onder meer het kopiëren van een werk, bijvoorbeeld met behulp van een kopieerapparaat of een computer. Het uploaden naar een server op internet kan ook als verveelvoudigen worden bestempeld.

Openbaarmaken omvat methoden die ertoe strekken een werk of een gedeelte daarvan aan het publiek ter beschikking te stellen.¹⁹ Onder openbaarmaken valt bijvoorbeeld het uitlenen, verkopen of verhuren van een werk. Tevens is het in het openbaar tonen van een werk of het uitvoeren van een compositie of toneelstuk een openbaarmaking. Ook het via internet vindbaar (downloadbaar of raadpleegbaar) maken van een werk is aan te merken als openbaarmakingshandeling.

De exclusiviteit van het auteursrecht geldt niet onverkort. Er bestaat een aantal uitzonderingen. Voor het citeren uit andermans werk is bijvoorbeeld geen voorafgaande toestemming van de rechthebbende vereist.²⁰ Daarbij moet echter wel een aantal regels in acht worden genomen. Zo dient de bron altijd vermeld te worden, waarbij de naam van de maker en de vindplaats van de publicatie moeten zijn aangegeven. Ook mag het citaat niet een onredelijk groot deel van de nieuwe uiting beslaan: het citaat moet in redelijke verhouding staan tot de rest van de tekst.²¹ Bovendien moet de bron waaruit geciteerd wordt rechtmatig zijn openbaargemaakt. Dat

¹⁵ Spoor, Verkade & Visser 2005, §3.9.

¹⁷ Artikel 1 Auteurswet, hoofdstuk IV uit Spoor, Verkade, Visser 2005.

¹⁸ Artikel 13 Auteurswet en Gielen 2007, p. 443-450; Spoor, Verkade, Visser 2005, p. 156-177.

¹⁹ Artikel 12 Auteurswet. Zie voor meer over de modaliteiten van openbaar maken ook Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 177-183 en Gielen 2007, p. 450-458.

²⁰ Art. 15a Auteurswet.

²¹ Een uitzondering geldt bijvoorbeeld voor foto's, die geheel geciteerd mogen worden zelfs als het artikel niet gaat over de fotograaf maar over het onderwerp van de foto, mits aan alle vereisten is voldaan; zie Spoor, Verkade en Visser 2005, p. 240.

houdt in dat er bijvoorbeeld niet geciteerd mag worden uit een bron die de auteur daarvan, om welke reden dan ook, liever voor zich houdt. Het is bijvoorbeeld allerm minst zeker of men mag citeren uit een beschermd set onderzoeksdata die men op collegiale basis heeft toegestuurd gekregen; toezending op individuele basis betekent niet zonder meer dat het werk openbaar is gemaakt en dus geciteerd mag worden. Tot slot moet het geciteerde in verband staan met de context waarin geciteerd wordt.²² Een dergelijk verband zal bijvoorbeeld aanwezig zijn indien de geciteerde beschermd data in de tekst worden besproken.

Daarnaast mag men een kopie voor eigen studie of gebruik maken, als men daarbij tenminste geen winstoogmerk heeft.²³ Dat kan bijvoorbeeld bestaan uit het maken van een fysieke kopie of het overschrijven van het werk, of het downloaden ervan. Het maakt op zich niet uit of de bron rechtmatig is of niet. Deze zogenoemde privékopie mag alleen voor eigen studie of gebruik dienen. Een kopie van auteursrechtelijk beschermd onderzoeksresultaten mag dus voor eigen onderzoek worden gemaakt en verwerkt (bijvoorbeeld door de resultaten in een databank in te lezen en te analyseren), maar de gekopieerde onderzoeksresultaten mogen niet aan derden worden verstrekt. Dat komt immers neer op openbaarmaking, en daarvoor is wel toestemming van de auteursrechthebbende vereist. Zodoende mogen gekopieerde, beschermd onderzoeksresultaten niet aan een publicatie worden gehecht of in een *repository* met andere onderzoekers worden gedeeld. Dat geldt ook indien de gekopieerde onderzoeksresultaten zijn aangevuld of vermengd met nieuwe resultaten: zolang de overgenomen onderzoeksresultaten nog in hun oorspronkelijke, beschermd 'vorm' herkenbaar zijn, is voor verdere verspreiding toestemming vereist.

Al met al kan met het auteursrecht een obstakel worden opgeworpen voor het delen en hergebruiken van onderzoeksdata. Die handelingen zijn voorbehouden aan de rechthebbende, en een ander heeft er zijn toestemming voor nodig. De uitzonderingen op het auteursrecht bieden geen uitkomst. Die staan het delen van beschermd materiaal vaak niet toe, ook niet voor wetenschappelijke, niet-commerciële doelen.

2.2.3 Vorm en Inhoud

Het auteursrecht beschermt de vormgeving van een bepaald werk, niet de inhoud ervan. Inhoud – informatie en gegevens – kan niet worden beschermd, maar de wijze waarop een zekere inhoud is uitgedrukt wel. Het is alleen die vormgeving die een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en persoonlijk stempel van de maker draagt. Voor het vaststellen van auteursrechtelijke bescherming dient men dus te kijken naar de wijze waarop informatie is uitgedrukt of geformuleerd. Omdat auteursrechtelijke bescherming is beperkt tot de vorm, wordt het in eigen woorden overnemen van ideeën, gegevens of informatie niet gezien als inbreuk van het auteursrecht.²⁴ Dat betekent dat de informatie die in een beschermd werk is vervat tot op zekere hoogte vrij gebruikt mag worden, al mag de beschermd vorm waarin het is gegoten daarbij niet worden verveelvoudigd en openbaar gemaakt, tenzij een wettelijke beperking van toepassing is.

Een voorbeeld: Een wetenschappelijk artikel is vanwege het eigen, oorspronkelijke karakter en het persoonlijk stempel van de maker auteursrechtelijk beschermd. Voor verveelvoudiging en openbaarmaking moeten derden toestemming aan de auteursrechthebbende vragen. Dit artikel bevat onder ander ook een tabel met daarin gemeten en anderszins gevonden ruwe data. De vorm, de tabel in de wetenschappelijke publicatie, is dan beschermd. De data die erin zijn vervat zijn echter vrij en mogen zonder toestemming van de auteursrechthebbende worden gebruikt, bijvoorbeeld als nieuwe onderzoeksinput.

Om te bepalen of auteursrechtelijk beschermd onderzoeksdata vrij mogen worden gebruikt, moet dus in de eerste plaats worden bepaald tot waar sprake is van vrije inhoud en waar de beschermd vorm begint. Bij eindproducten van onderzoek, zoals rapporten, artikelen en boeken is dat tamelijk eenvoudig aan te geven. Bij het opstellen van een dergelijke tekst worden onvermijdelijk subjectieve keuzes gemaakt. De tekst is dan ook auteursrechtelijk beschermd, en mag niet zonder

²² Spoor, Verkade en Visser 2005, p. 239-240.

²³ Art. 16b en 16c Auteurswet.

²⁴ Dat staat los van de wetenschappelijke mores om in dergelijke gevallen naar de bron te verwijzen.

toestemming van de auteursrechthebbende worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt. De informatie die erin besloten ligt mag wel worden hergebruikt, mits daarbij de vorm (de vastlegging) niet wordt overgenomen, zoals de specifieke bewoording van de argumenten of visualisering van de meetgegevens.

Moeilijker wordt het om de aanwezigheid en omvang van auteursrechtelijke bescherming van onderzoeksdata te bepalen. Onderzoeksdata, dat wil zeggen 'symbolen die een feit of een waarde vertegenwoordigen' en daarmee een stand van zaken in de werkelijkheid weergeven, lijken niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Ze zijn immers niet het resultaat van een scheppende, creatieve arbeid en ontberen daarom een oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker. Ze zijn pure inhoud.

Maar zodra data door menselijke tussenkomst met relevantie worden verrijkt, kan men spreken van informatie. Bij die verrijking wordt ook vorm aan de data gegeven, opdat ze worden vastgelegd en zo op zekere wijze waarneembaar en begrijpelijk zijn. Die vorm kan bijvoorbeeld bestaan uit een tabel of lijst met meetgegevens, een meer complexe databank, een grafiek, een model, een simulatie of een kaart. Ruwe data kunnen ook worden vastgelegd door middel van beschrijvingen, zoals het geval is bij veel soorten kwalitatieve gegevens. Verder valt te denken aan beeld- of geluidsopnamen.

Onderzoeksdata moeten dus onvermijdelijk in een zekere vorm worden vastgelegd om voor menselijke waarneming en communicatie vatbaar te zijn. De vraag is dan of die vorm voldoet aan de criteria voor auteursrechtelijke bescherming. Daarvoor moet sprake zijn van een eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker. Zodra dat het geval is mag de vorm niet zonder toestemming van de rechthebbende worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

2.2.4 Auteursrechtelijk beschermde onderzoeksdata

Vaak wordt gesuggereerd dat data informatie of kennis vertegenwoordigen en dus niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Hierboven werd echter al gesteld dat data teneinde te kunnen worden gecommuniceerd noodzakelijkerwijs in een vorm moeten worden gegoten. In de literatuur is dan ook opgemerkt dat de criteria voor auteursrechtelijke bescherming zich niet tegen toepassing op data of andersoortige feitelijke informatie verzetten. Of sprake is van een eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker moet door de rechter aan de hand van de feiten worden vastgesteld. Bij de vorm van onderzoeksdata kan dat evengoed het geval zijn.²⁵

Onderzoeksdata kunnen op tweeërlei wijze auteursrechtelijk beschermd zijn. In de eerste plaats kan de vorm waarin de data zijn vastgelegd of uitgedrukt zelf voldoende creatief zijn. Daarbij valt te denken aan in tekst of beeld uitgedrukte data. Ten tweede kunnen selecties of structuren van data voor bescherming in aanmerking komen, ongeacht of de vorm van de data die erin vervat zijn zelf voor bescherming in aanmerking komt. Het belang van het onderscheid is gelegen in het vaststellen van de beschermde aspecten van de vorm. In het eerste geval is dat de belichaming van de gegevens (de wijze waarop ze zijn opgeschreven of aanschouwelijk gemaakt), in het tweede de wijze van selectie of structurering. Wanneer de vorm van de data zelf is beschermd, mag de erin vervatte vrije informatie worden overgenomen mits dat maar in eigen woorden of weergave gebeurt. Als de selectie of structuur is beschermd, is het overnemen van de vrije informatie moeilijker, omdat ook de beschermde vorm daarbij al snel wordt overgenomen.

(I) Beschermd data

De eerste mogelijke grondslag voor auteursrechtelijke bescherming van onderzoeksdata is de creatieve wijze waarop deze zijn vastgelegd of uitgedrukt. De uitdrukking of vastlegging moet dan een eigen, oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen. Bij uitgebreide, kwalitatieve beschrijvingen zal dat eerder het geval zijn dan bij korte, zakelijke uitdrukkingen. Doorslaggevend is immers of de maker subjectief bepaalde keuzes heeft gemaakt.

²⁵ P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss.), Deventer: Kluwer 1989.

Indien er uitsluitend gebruik is gemaakt van korte zinsneden, wetenschappelijke standaardtermen en standaardstructuren, zal deze niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Wel kan een kwalitatieve databeschrijving auteursrechtelijk beschermd zijn als deze voldoende origineel is en de bewoording en frasering werd gekozen aan de hand van subjectieve voorkeuren. Die voorkeuren mogen volgens de rechtspraak van de Hoge Raad ook worden bepaald door technische of wetenschappelijke overwegingen.²⁶

Audiovisuele data vormen een bijzonder voorbeeld van deze soort beschermde data. Fotomateriaal komt voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking op het moment dat de maker van de foto vooraf keuzes heeft kunnen maken, bijvoorbeeld met betrekking tot de compositie van de gefotografeerde objecten, de belichting, het diafragma en de sluitertijd. Als dat het geval was, zal de foto sneller als auteursrechtelijk beschermd werk kunnen worden aangemerkt dan wanneer de foto werd genomen in een geautomatiseerd proces. Het is niet aannemelijk dat bijvoorbeeld satellietfoto's (men denke aan Google Earth) auteursrechtelijke bescherming kunnen genieten. Dergelijke foto's worden vaak zonder tussenkomst van de mens gemaakt en van een persoonlijk stempel kan derhalve geen sprake zijn. Het bewerken van deze machinaal gemaakte foto's zou wel een werk kunnen opleveren indien is voldaan aan de vereisten die aan elk auteursrechtelijk werk worden gesteld.

Het hiervoor gestelde gaat ook op voor geluidsopnamen of audiovisueel materiaal. Indien de opnamen louter mechanisch worden vervaardigd, bijvoorbeeld door het inschakelen van een microfoon ter opname van vogelgeluiden, is auteursrechtelijke bescherming onwaarschijnlijk vanwege het ontbreken van het persoonlijk stempel van de maker. Dat is anders indien de wijze van opname blijk geeft van subjectief bepaalde keuzes. Opnames van interviews zijn een bijzonder geval. Hier is mogelijk sprake van twee beschermde werken. De gesproken teksten – de uitingen die door de geïnterviewde worden gedaan en de vragen die door de interviewer worden gesteld – kunnen waarschijnlijk als auteursrechtelijk beschermd werken worden aangemerkt, mits aan de bekende vereisten is voldaan.²⁷ Daarnaast kan ook de opname van het interview zelf een auteursrechtelijk beschermd werk zijn, indien bijvoorbeeld de camerastandpunten en regie blijkgeven van een persoonlijk stempel van de maker.

Bovenstaande geldt ook voor geografische kaarten. Kaarten die een feitelijke weergave van de werkelijkheid zijn, zullen niet auteursrechtelijk beschermd zijn. Worden er op deze kaart bijvoorbeeld gebieden ingekleurd aan de hand van uit metingen verkregen gegevens, dan kan deze ingekleurde kaart wél oorspronkelijk zijn en een persoonlijk stempel bevatten. Overigens kunnen onbewerkte, technisch vastgelegde foto's, afbeeldingen, kaarten of andersoortig audiovisueel materiaal dat niet in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming wel door het databankenrecht worden beschermd. Zie daaromtrent hoofdstuk 2.3.

(II) Beschermde selecties en verwerkingen van data

De tweede grondslag voor auteursrechtelijke bescherming van onderzoeksdata is de creatieve selectie of structurering van gegevens die zelf niet beschermd hoeven te zijn. Indien bijvoorbeeld de onderzoeker een selectie maakt uit een grote hoeveelheid ruwe data of data op een bepaalde manier structureert of arrangeert, bijvoorbeeld door ze in een tabel, grafiek, schema of andersoortige databank te zetten, kan sprake zijn van een auteursrechtelijk beschermd werk, ook als de wijze waarop de data zelf zijn uitgedrukt niet voor bescherming in aanmerking komt.²⁸ Steeds is vereist dat de onderzoeker subjectieve keuzes heeft gemaakt bij het selecteren of structureren en arrangeren van de data, zodat sprake is van een eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker geven.

De Hoge Raad heeft bepaald dat selecties ook beschermd kunnen zijn als de gemaakte keuzes niet subjectief zijn bepaald maar werden ingegeven door objectief bepaalde overwegingen en technische standaarden. Dat impliceert dat bescherming wel subjectieve keuzevrijheid en dus creativiteit vereist – door noodzaak bepaalde vormgeving komt niet voor bescherming in

²⁶ HR 24 februari 2006, NJ 2007, 37 (*Technip/Goossens*).

²⁷ HR 30 mei 2008, AA november 2008, (*Endstra*).

²⁸ Art. 3 Databankenrichtlijn

aanmerking – maar dat die niet noodzakelijk op persoonlijke wijze behoeven te worden ingevuld. Zeker bij onderzoeksdata kan sprake zijn van keuzevrijheid die vooral door objectieve en technische overwegingen wordt bepaald.

De keuzes die de verwerking en structurering betreffen, kunnen zijn gelegen in de manier waarop de gegevens zijn ingedeeld, gerangschikt of aan elkaar zijn gerelateerd, maar ook in de wijze waarop de gegevens zijn opgemaakt of weergegeven. Een selectie van gegevens kan bovendien auteursrechtelijk beschermd zijn indien de selectie van data gebaseerd is op eigen inzichten. Die inzichten behoeven, zoals gezegd, niet louter persoonlijk te zijn. Ook keuzes gemaakt op grond van wetenschappelijke of technische kennis, inzicht en ervaring kunnen voor bescherming in aanmerking komen.²⁹ Evenwel moet het denkbaar zijn dat twee wetenschappers tot een andere selectie zouden zijn gekomen; een louter noodzakelijke selectie komt immers niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking.

Bij selecties en verwerkingen die zijn beschermd op grond van objectieve, technische standaarden is het echter wel waarschijnlijker dat verschillende auteurs, ondanks het feit dat meerdere keuzes mogelijk zijn, tot gelijke resultaten komen. Dat betekent niet dat elke nieuwe auteur die tot een gelijke selectie en verwerking van data komt een inbreuk pleegt jegens de eerste auteur. Van inbreuk is alleen sprake bij ontlening: als een auteur kan aantonen dat een gelijke selectie en verwerking het resultaat is van eigen intellectuele arbeid, is geen sprake van inbreuk.

Voor de doelen van dit rapport is evenwel van belang dat auteursrechtelijke bescherming van onderzoeksdata mogelijk is. Het blijft moeilijk om per geval vast te stellen of bij selectie en verwerking subjectief bepaalde keuzes zijn gemaakt. Hoe bijvoorbeeld te oordelen over selectie en verwerking van gegevens met het oog op statistische analyse? Daarbij zullen vaak geen persoonlijke keuzes gemaakt zijn, omdat de selectie en verwerking uitsluitend is ingegeven door de statistische methode. In de rechtspraak is in ieder geval bepaald dat indien de desbetreffende selectie en verwerking *noodzakelijk* was, geen auteursrechtelijke bescherming bestaat; er was dan immers ook geen sprake van een werkelijke keuzevrijheid.³⁰

Bescherming van selectie en verwerking werd bijvoorbeeld mogelijk geacht bij een kinetisch schema waarin chemische formules waren opgenomen die het productieproces van een bepaalde stof beschrijven. Hoewel chemische formules feiten zijn, werd toch voor mogelijk gehouden dat het schema auteursrechtelijke beschermd was, omdat de maker van het schema een keuze heeft gemaakt uit zeer veel formules, en vervolgens die formules verwerkt heeft in een schema. Daarbij zijn keuzes gemaakt die subjectief zijn bepaald (ook al zijn ze gebaseerd op wetenschappelijke en technische kennis, inzicht en ervaring): een andere maker zou mogelijk tot een andere selectie van formules en een andere schematisering zijn gekomen.

Men dient te beseffen dat de auteursrechtelijke bescherming in deze gevallen alleen de selectie of structuur geldt en dus een beperkte omvang heeft. Indien de structuur is beschermd, mag bijvoorbeeld de wijze waarop een datasheet is vormgegeven en ingericht of opgemaakt niet worden overgenomen. Indien de gegevens die erin zijn opgenomen niet ook zelf beschermd zijn, kunnen ze vrij worden gebruikt, mits daarbij een nieuwe, eigen structuur wordt gehanteerd. Waar de bescherming een selectie betreft, is er alleen sprake van inbreuk bij ontlening: wie eigenhandig tot een gelijke selectie komt, schendt niet het auteursrecht op de reeds bestaande beschermde selectie.

2.2.5 Machinaal geproduceerde werken

Reeds eerder werd opgemerkt dat vormen die door een machine worden geproduceerd waarschijnlijk niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen vanwege het ontbreken van een persoonlijk stempel van de maker. Deze constatering is voor de auteursrechtelijke status van onderzoeksdata bijzonder relevant. Met name ruwe, grotendeels onverwerkte data zijn immers door een computer gegenereerd. Men denke daarbij aan lijsten met

²⁹ HR 24 februari 2006, NJ 2007, 37 (*Technip/Goossens*).

³⁰ HR 16 juni 2006, AMI 2006, 161 (*Kecofa/Lancôme*)

(numerieke) meetgegevens of de reeds besproken machinaal geproduceerde foto's of opnames. Omdat de vormgeving van deze onderzoeksdata niet door menselijke tussenkomst wordt bepaald, kan in theorie geen sprake zijn van auteursrechtelijke bescherming. Bescherming wordt pas mogelijk indien de data door menselijke arbeid worden verwerkt en verrijkt – wat, zoals we hebben gezien, kan bestaan uit verdere vormgeving, selectie of structurering.

Hoewel het onderscheid tussen machinale en menselijke arbeid als vuistregel kan dienen, moet ook hier gewaakt worden voor theoretische simplificaties van de praktijk. Machines worden immers door mensen ingesteld en geprogrammeerd, en om die reden liggen aan machinaal geproduceerde werken ook altijd, zij het indirect, menselijke keuzes ten grondslag. Een computer wordt bijvoorbeeld door een onderzoeker geprogrammeerd om de (ruwe) data in een bepaalde vorm te zetten. Die vorm is dan het resultaat van de persoonlijke keuzes van de onderzoeker, en kan dus auteursrechtelijk beschermd zijn. Het enkele automatiseren van een verwerkingsproces is derhalve geen obstakel voor auteursrechtelijke bescherming. Maar naarmate de verwerking meer het resultaat is van geautomatiseerde keuzes en minder bepaald wordt door de keuzes van de onderzoeker, is auteursrechtelijke bescherming minder snel van toepassing.

2.2.6 Auteursrecht en ontdekkingen

Het auteursrecht is er niet om een onderzoeker die een uitvinding doet te beschermen, hoe creatief of oorspronkelijk die uitvinding ook moge zijn. Deze ontdekking kan wel onder omstandigheden in aanmerking komen octrooirechtelijke bescherming, zie daarvoor onderdeel 2.5. Voor het auteursrecht komt alleen de vorm waarin de data worden gegoten voor bescherming in aanmerking, mits deze een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. De nieuwheid van de informatie die in de vorm vervat is, is bij de vaststelling daarvan niet relevant.

2.2.7 Wie is auteursrechthebbende?

In het juridisch taalgebruik wordt niet gesproken van de 'eigenaar' van een auteursrecht, maar van de rechthebbende ervan. De auteurswet stelt dat de maker van een werk auteursrechthebbende is. In beginsel is de *maker* van een werk altijd degene die het werk in feitelijke zin heeft gecreëerd.³¹ Maar het komt ook voor dat een ander dan de feitelijke maker door de wet als maker wordt aangewezen.

Ten eerste kan het zo zijn dat als een werknemer op basis van zijn arbeidsovereenkomst een werk maakt, dit aan zijn werkgever wordt toegeschreven, tenzij tussen werkgever en werknemer anders is overeengekomen.³² Een onderzoeker die in dienst is bij een onderzoeksbureau zal dus niet zelf auteursrechthebbende zijn van de onderzoeksdata die hij in het kader van zijn werk heeft verzameld en bewerkt. In de rechtspraak is bepaald dat deze regel alleen opgaat voor werken die in het kader van een dienstverband worden gemaakt en onder gedetailleerde instructie en toezicht van de werkgever tot stand komen. Uit de rechtspraak is dan ook op te maken dat universitaire onderzoekers doorgaans over zoveel vrijheid beschikken dat het werkgeversauteursrecht niet opgaat.³³ Wel bevat de CAO voor wetenschappelijk personeel een clausule op grond waarvan een universiteit in bepaalde gevallen overdracht van intellectuele eigendomsrechten van haar medewerkers kan verlangen. Deze bevoegdheid lijkt echter zelden te worden toegepast.

Ten tweede kan het zo zijn dat een rechtspersoon (bijvoorbeeld een BV, een vereniging of stichting of een universiteit) als maker wordt aangewezen door de auteurswet indien een werk openbaar is gemaakt met uitsluitend de vermelding van de rechtspersoon, zonder de feitelijke maker (de natuurlijke persoon) te noemen.³⁴

³¹ Spoor, Verkade & Visser, p. 25-27.

³² Art. 7 Auteurswet.

³³ Zie hierover Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 45-46.

³⁴ Art. 8 Auteurswet.

Ten derde kan het auteursrecht op een werk dat door meerdere personen wordt gemaakt toekomen aan de groep van scheppende personen, aan de verschillende contribuanten aan het werk, of aan de leidinggevende onder wiens leiding en toezicht het werk tot stand kwam.³⁵ Ten vierde kan het auteursrecht bij voorbaat worden overgedragen aan bijvoorbeeld de opdrachtgever van een onderzoek, mits van tevoren voldoende duidelijk is omschreven wat er van de onderzoekers verlangd wordt: het object van de overdracht moet van te voren voldoende zijn bepaald.³⁶ Overdracht van auteursrecht kan overigens alleen gebeuren door middel van het opstellen van een *akte*, waarin staat welk deel van het auteursrecht wordt overgedragen. Een dergelijke overdrachtsakte kan zijn beslag krijgen in bijvoorbeeld een overeenkomst tot opdracht.³⁷

2.2.8 Onderzoekresultaten die niet door het auteursrecht zijn beschermd

Voor het delen van beschermde data is toestemming van de rechthebbende nodig. Maar betekent dit ook dat onbeschermd data vrij zijn? Dat is niet zonder meer het geval. In de eerste plaats kunnen dergelijke onderzoekresultaten wel door andere, hierna te bespreken regimes worden beschermd, nu deze andere en soms minder stringente beschermingscriteria kennen. In de tweede plaats is het niet geheel juist om te zeggen dat onbeschermd onderzoekresultaten 'vrij' zijn. De afwezigheid van auteursrechtelijke bescherming betekent dat verveelvoudiging en openbaarmaking geen inbreuk maakt op een exclusief recht van een ander. Voor het verrichten van die handelingen is dus geen toestemming nodig. Maar het ontbreken van auteursrechtelijke bescherming betekent niet dat degene die de onderzoekresultaten in zijn bezit heeft en er feitelijk over kan beschikken, gedwongen is de resultaten af te geven. Dat is geenszins het geval. Wat in auteursrechtelijke zin vrij is, is niet noodzakelijk ook feitelijk vrij toegankelijk. De onbeschermd onderzoekresultaten kunnen immers in het bezit zijn van een enkele onderzoeker, bijvoorbeeld doordat ze alleen op zijn computer zijn opgeslagen. De bezitter van de resultaten mag zelf beslissen of hij ze aan anderen wenst af te geven. Hij kan er ook voor kiezen de resultaten slechts onder bepaalde voorwaarden ter beschikking te stellen door een overeenkomst met de verkrijger te sluiten. Daarbij kan worden afgesproken dat de resultaten niet verder gebruikt of gepubliceerd mogen worden. Dan is het contractueel gezien niet toegestaan om de data te delen, ook al is er geen sprake van auteursrechtelijke bescherming. Indien dergelijke afspraken niet worden nagekomen, is dat een kwestie van contractenrecht, niet van auteursrecht.

2.2.9 Auteursrecht en Open Access voor onderzoeksdata

Niet alle soorten onderzoekresultaten komen voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking. Dat hangt sterk af van de omvang van de keuzevrijheid die bestond bij de vormgeving. Voor eindresultaten ligt bescherming meer voor de hand dan voor de onderliggende, ruwe data. Desalniettemin kan het voorkomen dat ook onderzoeksdata door het auteursrecht worden beschermd, bijvoorbeeld vanwege de vorm waarin ze gegoten zijn of omdat er een creatieve selectie en structurering van gegevens is gemaakt. Dat geldt ook indien de gemaakte keuzes zijn ingegeven door wetenschappelijke of technische standaarden en inzichten. Bovendien kunnen data ook vormvrij zijn, bijvoorbeeld doordat ze in woorden worden beschreven of zijn uitgedrukt in beeldmateriaal. Dan zal sneller sprake zijn van keuzevrijheid.

Voor gevallen waarin beschermde onderzoeksdata worden gedeeld of hergebruikt, is toestemming van de rechthebbende vereist. Hoewel men globaal kan stellen dat ruwe data als inhoud vrij zijn, en enkel hun vorm voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, moet men beseffen dat ruwe data altijd in zekere vorm moeten zijn vastgelegd om voor menselijke waarneming vatbaar te zijn. Het delen en hergebruiken van de data – de inhoud – als gegevens voor nieuw onderzoek stuit weliswaar niet op auteursrechtelijke bezwaren, maar beschermde vorm en vrije inhoud zijn in de praktijk niet los van elkaar te zien. Derhalve moet altijd rekening worden gehouden met het feit dat ruwe data in een vorm kunnen zijn gegoten die auteursrechtelijk beschermd kan zijn en derhalve niet zonder meer onder Open Access-voorwaarden gedeeld mag

³⁵ Art 5 en 6 auteurswet

³⁶ Zie Gielen 2007, p. 438 en over de 'voldoende bepaalbaarheid' met name art. 3:97 BW.

³⁷ Zie art. 2 Auteurswet.

worden. Dat heeft gevolgen voor Open Access-beleid. De rechthebbende zal door middel van een licentie toestemming moeten geven voor het publiceren en hergebruiken van beschermd materiaal.

Het is onmogelijk om in abstracto vast te stellen hoe omvangrijk de groep van auteursrechtelijk beschermde data is. Daarvoor zijn de criteria te casuïstisch. Bovendien is er geen jurisprudentie over dit specifieke onderwerp. Wel kan gesteld worden dat de omvang beperkt is. De keuzes die bij het selecteren, bewerken en vormgeven van data kunnen worden gemaakt, zullen in auteursrechtelijke zin vaak te weinig creatief zijn om voor bescherming in aanmerking te komen. Bovendien zal de bescherming in voorkomende gevallen veelal slechts een beperkt aspect van de vormgeving van de data betreffen, zoals de structuur van het dataveld of de gebruikte labels.

Maar ook al is het aantal beschermde datasets en de omvang van de bescherming gering, dan nog dient men bij het implementeren van Open Access-beleid rekening te houden met het auteursrecht. Omdat er in ieder geval een kans bestaat dat auteursrechtelijk beschermde onderzoeksdata zullen worden gedeeld, is het verstandig om altijd de auteursrechtelijk vereiste toestemming te regelen. Om onderzoeksdata Open Access te delen en opnieuw te gebruiken kan een (wat hier wordt aangeduid als) *veegbepaling* worden opgenomen in de contractuele voorzieningen.. Dat houdt in dat de vermoedelijke rechthebbende voor iedere set onderzoeksdata zekerheidshalve toestemming voor verveelvoudiging en openbaarmaking verleent of afstand doet van eventuele rechten. In de meeste gevallen zal dat onnodig zijn, omdat er geen auteursrecht op de onderzoeksdata rust. Maar omdat het lastig is om te bepalen welke data wel en niet beschermd zijn, verdient het aanbeveling om auteursrechtelijke toestemming of afstand van recht standaard te verlangen. Dat geeft de zekerheid aan alle betrokken partijen dat het materiaal, ook al is het (ten dele) beschermd, mag worden gedeeld en hergebruikt. De beste technieken om deze toestemming of afstand van recht te regelen, komen later in dit rapport aan de orde.

2.3 Databankenrecht

2.3.1 Inleiding

Het databankenrecht beschermt de eigenaar tegen ongeoorloofd gebruik van zijn databank, en geeft hem, net als het auteursrecht, een exclusief recht de databank te verveelvoudigen en openbaar te maken.³⁸ Het databankenrecht staat los van de auteursrechtelijke bescherming en wordt daarom als *sui generis*-recht beschouwd. Net als het auteursrecht beschermt het databankenrecht een zekere expressie van inhoud, die hier bestaat in een bepaalde verzameling van gegevens. Anders dan bij het auteursrecht is geen persoonlijk stempel noch een eigen, oorspronkelijk karakter vereist. Het databankenrecht beschermt niet de creativiteit die bij vormgeving te pas komt, maar de investering die wordt gedaan in het aanleggen en maken van een gegevensverzameling. Degene die geïnvesteerd heeft in de databank wordt door het *sui generis*-regime in staat gesteld zijn investering terug te verdienen en verder te exploiteren. Daarom is het databankenrecht relevant voor de juridische status van onderzoeksdata. Waar creativiteit bij de vormgeving van onderzoeksdata vaak ontbreekt, kan wel sprake zijn van een substantiële investering in het maken van een verzameling onderzoeksdata. Maar ook voor databankrechtelijke bescherming gelden hoge eisen en de nodige beperkingen.

2.3.2 Beschermingscriteria

De wet geeft aan het begrip databank een andere betekenis dan in het normale spraakgebruik: niet iedere gegevensverzameling is een databank in de juridische zin. Alleen als voldaan is aan de voorwaarden van de wettelijke definitie van een databank kan bescherming van toepassing zijn. De wet definieert een beschermde databank als volgt:

[E]en verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of

³⁸ Zoals hierna zal blijken hanteert de wet andere termen, maar die komen *grosso modo* op hetzelfde neer.

anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.³⁹

Deze definitie bevat een drietal kernelementen, die hierna uitgebreider worden besproken:

- I. De databank moet bestaan uit een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen;
- II. De verzameling moet doorzoekbaar of systematisch geordend zijn, zodat de zelfstandige elementen elk voor zich kunnen worden teruggevonden;
- III. Er moet sprake zijn van een substantiële investering in de verkrijging, controle en/of presentatie van de elementen die de verzameling vormen.

(I) Verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen

Databankrechtelijke bescherming kan alleen van toepassing zijn op een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen. Daaronder vallen vrijwel alle soorten inhoud. Beschermd en onbeschermd onderzoeksdata of andere zelfstandige elementen (zoals enkele gegevens, cijferreeksen, tabellen, grafieken en beeldmateriaal) voldoen aan deze voorwaarden. De elementen moeten wel afzonderlijk toegankelijk zijn en dus een op zichzelf staande betekenis hebben.⁴⁰

Een databank moet dus altijd bestaan uit meer dan één enkel gegeven. Deze gegevens moeten eigenstandige betekenis hebben, hetgeen vaak het geval zal zijn. Op het moment echter dat de gegevensverzameling bestaat uit een cijferreeks waarvan de waarde van het ene cijfer afhankelijk is van de cijfers die eromheen liggen kan men niet spreken van een databank.

Niet alleen digitale maar ook analoge gegevensverzamelingen, bijvoorbeeld op papier in een kaartenbak, kunnen worden beschermd door het databankenrecht, zolang maar aan de overige criteria is voldaan.

(II) Systematische of methodische ordening en doorzoekbaarheid

Alle gegevens uit de verzameling moeten zelfstandig terug te vinden zijn. Dat kan in ieder geval worden bewerkstelligd door een systeem dat enige systematische dan wel methodische ordening aanbrengt in de verzameling. Als een dergelijke indexering ontbreekt, kan bijvoorbeeld een elektronisch zoekhulpmiddel ook ervoor zorgen dat de afzonderlijke elementen zijn terug te vinden.

De collectie van een openbare bibliotheek zou prima onder de databankenrechtelijke definitie kunnen vallen. Deze bevat namelijk allerhande zelfstandige elementen (boeken, tijdschriften, CD's) die bovendien per thema en vervolgens per auteur alfabetisch zijn gerangschikt. Overigens is de vindplaats ook te achterhalen via een elektronisch zoekstelsel. In dit geval is de verzameling en ordening dus de beschermde databank, terwijl de elementen zelf (de boeken etc.) auteursrechtelijk beschermd werken zijn. De regimes staan dus los van elkaar.

Elektronische (online) gegevensverzamelingen die op zich niet methodisch of systematisch zijn geordend kunnen zo doorzoekbaar zijn dat alle elementen zijn terug te vinden. Ook databanken met onderzoeksresultaten of onderzoeksdata kunnen uiteraard methodisch of systematisch geordend dan wel op zo'n manier doorzoekbaar zijn dat ze onder de definitie vallen. De methodische of systematische ordening kan ook bestaan in een tabel of een matrix die elk gegeven voor zich vindbaar maakt.

(III) Substantiële investering

Het derde vereiste voor de databankenrechtelijke bescherming van een gegevensverzameling wordt gevormd door de *substantiële investering* die door de maker van de gegevensverzameling moet zijn gedaan. Deze eis is het meest essentieel voor het tot stand komen van bescherming. Het databankenrecht beoogt immers de investering in het verkrijgen, controleren en presenteren van de

³⁹ Art. 1 lid 1 sub a Databankenwet.

⁴⁰ Zie Gielen 2007, p. 545; Spoor, Verkade, Visser 2005, p. 613-615.

elementen van een databank te beschermen.⁴¹ Onder verkrijgen wordt het verzamelen van de elementen (gegevens etc.) die de databank vormen verstaan. Presentatie van de inhoud ziet op het daadwerkelijke methodisch of systematisch inrichten (en/of doorzoekbaar maken) van de databank. Bovendien kan de investering gedaan zijn voor het verifiëren van de juistheid van de te indexeren of geïndexeerde gegevens. Dat wordt controle genoemd.⁴²

Bij het beoordelen of er sprake is van een substantiële investering in het verkrijgen, controleren en presenteren van de elementen van de databank kan gekeken worden naar de tijd, moeite en geld die het samenstellen van de databank heeft gekost. De wet biedt geen verdere aanknopingspunten. In ieder geval kan de investering zowel kwalitatief als kwantitatief substantieel van aard zijn.

In een belangrijk arrest heeft het Europese Hof van Justitie nadere uitleg gegeven over het begrip 'verkrijgen'. In de voorliggende zaak ging het om de vraag of ook sprake is van een investering in het verkrijgen van elementen indien de maker van een databank investeert in processen waarbij deze eerst worden gecreëerd door middel van onderzoek voordat ze daadwerkelijk worden verzameld. Deze vraag is bijzonder relevant voor databanken met onderzoeksdata. Daarbij wordt immers vooral geïnvesteerd in onderzoek om gegevens te ontdekken, terwijl het naderhand selecteren en verzamelen vaak nog slechts een nevenactiviteit is. Het Hof heeft bepaald welke investeringen wel en welke niet mogen meetellen. Zijn uitspraak heeft belangrijke gevolgen voor het databankenrecht, maar heeft ook aanleiding gegeven tot veel misverstand en verwarring. Daarom zal eerst de relevante passage van het arrest worden geciteerd, waarna een korte analyse volgt.

(28) [De vraag heeft] betrekking op het begrip investering in de verkrijging of de controle van de inhoud van een databank in de zin van artikel 7, lid 1, van de [Databankrichtlijn].

(29) In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 7, lid 1, van de [Databankrichtlijn] de aan het recht sui generis verbonden bescherming voorbehoudt aan databanken die aan een nauwkeurig criterium voldoen, te weten dat de verkrijging, de controle of de presentatie van hun inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering.

(30) In de bewoordingen van de overwegingen 9, 10 en 12 van de richtlijn heeft deze [...] tot doel het bevorderen en beschermen van investeringen in systemen voor de „opslag” en de „verwerking” van gegevens, welke bijdragen tot de ontwikkeling van de informatiemarkt in een context die wordt gekenmerkt door exponentiële groei van de hoeveelheid gegevens die jaarlijks in alle sectoren van bedrijvigheid wordt voortgebracht en verwerkt. Daaruit volgt dat het begrip investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank algemeen moet worden opgevat als betrekking hebbend op de investering ten behoeve van het aanleggen van deze databank als zodanig.

(31) In dit verband moet [...] het begrip investering in de verkrijging van de inhoud van een databank aldus worden opgevat dat het duidt op de middelen die worden aangewend om bestaande elementen te verkrijgen en in deze databank te verzamelen, met uitsluiting van de middelen die worden aangewend voor het creëren van die elementen. De door de richtlijn geregelde bescherming door het [databankenrecht] strekt er immers toe, de totstandkoming van systemen voor de opslag en verwerking van bestaande gegevens te bevorderen, en niet het creëren van gegevens die naderhand in een databank bijeen kunnen worden gebracht.

(32) Deze uitlegging wordt bevestigd door overweging 39 van de richtlijn, volgens welke het [databankenrecht] een bescherming beoogt tegen onrechtmatige toe-eigening van de resultaten van de financiële en professionele investeringen die zijn gedaan om „de inhoud [van een databank] te verkrijgen en te verzamelen”. Zoals de advocaat-generaal in de punten 41 tot en met 46 van haar conclusie opmerkt, pleiten alle taalversies van deze overweging 39, in weerwil van lichte terminologische variaties, voor een uitlegging waarbij het creëren van in de databank opgenomen elementen van het begrip verkrijging wordt uitgesloten.

[...]

⁴¹ Zie Gielen 2007, p. 550 en diens verwijzing naar A. Beunen, *Protection for databases The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom* (diss. Nijmegen), Nijmegen: 2007, p. 105 e.v.

⁴² Gielen 2007, p. 551-553.

(34) Het begrip investering in de controle van de inhoud van de databank moet aldus worden opgevat dat het ziet op de middelen die worden aangewend voor de controle van de juistheid van de gezochte elementen, zowel bij de samenstelling van de databank als tijdens het functioneren ervan, teneinde de betrouwbaarheid van de informatie in deze databank te waarborgen. De middelen die worden aangewend voor de controle in de fase waarin gegevens of andere elementen worden gecreëerd die vervolgens in een databank worden opgenomen, hebben daarentegen betrekking op dit creëren, zodat daarmee geen rekening kan worden gehouden bij de beoordeling of er sprake is van een substantiële investering in het kader van artikel 7, lid 1, van de richtlijn.

(35) In dit verband sluit de omstandigheid dat de samenstelling van een databank samenhangt met de uitoefening van een hoofdactiviteit in het kader waarvan de samensteller van de databank tevens degene is die de in deze databank opgenomen elementen heeft gecreëerd, als zodanig niet uit dat deze persoon aanspraak kan maken op de bescherming die het [databankenrecht] biedt, op voorwaarde dat hij aantoont dat de verkrijging van deze elementen of de controle dan wel de presentatie daarvan, in de in de punten 31 tot en met 34 van dit arrest weergegeven zin, een in kwantitatief dan wel kwalitatief opzicht substantiële investering heeft geveerd, los van de middelen die voor het creëren van deze elementen zijn aangewend.

(36) Ook al vereisen het opzoeken van gegevens en het controleren van de juistheid ervan op het moment van samenstelling van de databank in beginsel niet dat de samensteller van deze databank bijzondere middelen aanwendt, aangezien het gaat om gegevens die hij heeft gecreëerd en die te zijner beschikking staan, neemt dit niet weg dat het verzamelen van deze gegevens, de systematische of methodische ordening ervan in de databank, de organisatie van de afzonderlijke toegankelijkheid en de controle van de juistheid gedurende de gehele periode waarin de databank functioneert, tot een in kwantitatief en/of kwalitatief opzicht substantiële investering in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn kunnen nopen.'

Het Hof maakt onderscheid tussen het creëren van nieuwe elementen en het verzamelen van bestaande elementen. Dit onderscheid is cruciaal. Alleen het verzamelen van bestaande elementen telt mee voor de substantialiteitstoets. De moeite die het kost om elementen te creëren of tijdens het creëren te controleren, telt echter niet mee. Onder creëren verstaat het Hof het doen van onderzoek waarbij gegevens worden vastgesteld en vastgelegd. Dan ontstaan elementen – vastgelegde gegevens – die tezamen een databank kunnen vormen. Pas vanaf dit moment begint de investering mee te tellen. Substantialiteit moet dus worden bepaald aan de hand van de investering in het verzamelen van bestaande elementen (gegevens), het nadien controleren van de juistheid ervan, en het presenteren (bewerken, geschikt maken van de gegevens). Dit betekent in de praktijk dat databanken in beginsel alleen beschermd zullen zijn als de investering primair is gericht op het maken van die databank. Indien de databank eerder een *spin off* is, het bijproduct van een onderzoeksproces dat vooral gericht is op het creëren van elementen (onderzoek), zal de databank niet beschermd zijn, omdat de investering hoofdzakelijk gericht was op het onderzoeksproces waarbij gegevens werden gecreëerd.

Het onderscheid tussen het creëren en verzamelen van elementen komt gekunsteld over. In een onderzoeksproces lopen creëren en verzamelen vaak in elkaar over. Omdat men gegevens creëert, heeft men voor het maken van een databank vaak niet meer de gegevens te verzamelen en controleren. Dat gebeurde immers al tijdens de onderzoeksfase. Men heeft de elementen reeds in zijn bezit. Het Hof miskent dat echter niet. Het verwijst expliciet naar de situatie waarin de maker van een databank reeds over de elementen met gegevens beschikt omdat de maker die gegevens zelf met onderzoek heeft gecreëerd. Deze situatie sluit, aldus het Hof, databankrechtelijke bescherming geenszins uit, maar vereist wel dat de maker van de databank aantoont dat sprake is van een substantiële investering ook naast de kosten voor het creëren van de gegevens door middel van onderzoek. De investering kan bijvoorbeeld bestaan uit het verder selecteren van de gegevens, het aanbrengen van een systematische en methodische ordening, en het organiseren van de technische toegang tot de afzonderlijke elementen.

"Een voorbeeld: een kwalitatief veldonderzoek heeft geleid tot het opslaan van de meetgegevens in een grote matrix, waarbij per onderzocht geval een groot aantal variabelen is ingevuld. De variabelen zijn zelf eenvoudig: ze bestaan uit een enkel woord of een simpele codering. Ook de indeling van de databank is rechttoe rechtaan. Er is dus geen sprake van enige oorspronkelijkheid of een persoonlijk stempel, zodat noch de databank als geheel (wegens zijn structuur), noch de elementen voor zich (de

meetgegevens) auteursrechtelijk beschermd zijn. Wél zou sprake kunnen zijn van een beschermde databank. Er is immers sprake van een verzameling afzonderlijke gegevens: ieder element heeft een eigen betekenis. Bovendien is de matrix systematisch ingedeeld: de gegevens zijn geordend, zodat ze elk afzonderlijk zijn terug te vinden. Cruciaal is echter of er ook sprake is van een substantiële investering in de verkrijging, presentatie of controle van de inhoud van de databank. Dat lijkt niet het geval. Er is weliswaar veel tijd, geld en moeite geïnvesteerd in het doen van het onderzoek en het 'creëren' van de gegevens, maar het verzamelen van de gegevens in de databank was slechts een bijproduct van dat onderzoek. Er is niet geïnvesteerd in de verkrijging van de gegevens, omdat de gegevens al uit het onderzoek waren verkregen. Ook van investering in de controle is geen sprake; het controleren heeft immers al in het onderzoek plaatsgevonden. Dan blijft enkel de presentatie van de databank nog over. Daar kan substantieel in geïnvesteerd zijn indien er bijvoorbeeld (veel) tijd, geld en moeite in de opmaak en programmering van de databank is gestoken. Daarvan is in dit geval geen sprake.

Soms kan voor een databank met onderzoeksgegevens wél substantieel geïnvesteerd zijn in het verkrijgen (dus verzamelen) van de inhoud van de databank. Daarbij kan gedacht worden aan het geval dat iemand zich beijvert een databank met een overzicht van allerlei reeds bekende onderzoeksgegevens samen te stellen. In dat geval kan veel tijd, geld en moeite geïnvesteerd zijn in het verzamelen en wellicht zelfs controleren van die gegevens, en die investering is enkel gericht op het maken van de databank. Zij komt dus wel voor bescherming in aanmerking, en zodoende kan een dergelijke databank onder het databankenrecht vallen.⁴³

Uit de praktijk van NWO kan nog gewezen worden op de European Social Survey.⁴⁴ Dat is een doorlopend onderzoek waarbij in 33 landen gegevens worden verzameld over de politieke, culturele en sociale opvattingen van burgers. Deze gegevens worden in een grote databank verzameld en geordend, zodat vergelijkend onderzoek kan worden gedaan. Welke investeringen mogen bij dit project nu worden meegeteld om vast te stellen of de investering voldoende substantieel is om te kwalificeren voor databankrechtelijke bescherming? De grootste investering betreft het vergaren en verwerken van de gegevens in alle landen door middel van bijvoorbeeld questionnaires. Die investering zou in lijn met de rechtspraak moeten worden aangemerkt als investering in het creëren van gegevens, en mag dus niet worden meegeteld. Maar om de gegevens om te zetten in een bruikbare databank moet bijvoorbeeld ook geïnvesteerd worden in het inrichten van een structuur en het invoeren van de gegevens in een computerprogramma. Deze investering betreft het verkrijgen, controleren en presenteren van de gegevens, en telt dus mee voor de vraag naar substantialiteit.

2.3.3 Exploitatierchten: de beschikkingsmacht van de producent

Het databankenrecht geeft aan de producent van een databank die voldoet aan de hiervoor behandelde eisen een exclusief recht op het exploiteren ervan. De producent heeft het alleenrecht op het opvragen en hergebruiken van substantiële delen van een databank, alsmede op het herhaald systematisch opvragen van niet-substantiële delen. Een derde moet dus toestemming vragen voor deze handelingen.⁴⁵

Onder opvragen wordt verstaan het zich toe-eigenen of anderszins overbrengen van (een deel van) de inhoud van de databank.⁴⁶ Opvragen komt overeen met verveelvoudigen in auteursrechtelijke zin. Onder opvragen valt in ieder geval het permanent of tijdelijk al dan niet gedeeltelijk downloaden van een digitale databanken het vermenigvuldigen (kopieren) van een analoge databank. Het toestemmingsvereiste geldt ook indien de resultaten handmatig en na selectie uit een bestaande databank worden overgenomen (mits het om substantiële delen gaat).⁴⁷ Ook als het opvragen voor eigen gebruik en niet per se bedoeld is voor het aanleggen van een nieuwe databank moet toestemming worden gevraagd. Er bestaat niet zoiets als de een uitzondering voor privékopieën zoals het auteursrecht die kent.

⁴³ Voorbeeld is een citaat uit De Cock Buning, Ringnalda en Van der Linden 2008, p. 23-24.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld www.nwo.nl/ess, laatst geraadpleegd op 15 juli 2011.

⁴⁵ Art. 2 lid 1 Databankenwet.

⁴⁶ Art. 1 lid 1 sub c.

⁴⁷ HvJ EG 9 oktober 2008, zaak C-304/07 (*Directmedia/Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*).

Onder het begrip hergebruik wordt in databankenrechtelijke terminologie een wat andere handeling begrepen dan die in het dagelijkse spraakgebruik gangbaar is.⁴⁸ De databankenwet definieert hergebruik als iedere handeling waarmee de databank aan het publiek ter beschikking wordt gesteld. De enkele verlening van toegang tot de databank wordt dus al gekwalificeerd als hergebruik in de zin van de wet. Hergebruik in het databankenrecht is daarom vergelijkbaar met openbaarmaking in het auteursrecht. Tussenpersonen die mensen toegang verlenen tot een databank hergebruiken dus ook in juridische zin, en mogen data alleen met toestemming van de rechthebbende doen.

Als een databank met onderzoeksgegevens in zijn geheel wordt gekopieerd in een nieuwe databank die vervolgens als onderdeel van de onderzoeksresultaten wordt gepubliceerd is er zowel sprake van *opvraging* (omdat er een substantieel deel wordt overgenomen van de databank) als van *hergebruik* (omdat met het publiceren van de nieuwe databank de brondatabank vervat zit).

Toestemming is alleen vereist voor het *opvragen* en *hergebruiken* van de hele databank of een *substantieel deel* daarvan. Het kan hierbij gaan om een in *kwantitatief* of in *kwalitatief* opzicht substantieel deel van de databank. Het opgevraagde of hergebruikte deel van de databank kan als *kwalitatief substantieel* worden aangemerkt indien er sprake is van een economische of technische waarde van dit hergebruikte of opgevraagde deel van de databank. In kwantitatief opzicht moet waarschijnlijk gekeken worden naar de omvang van het opgevraagde of hergebruikte deel in relatie tot de grootte van de gehele databank. Het is in dit verband niet altijd duidelijk wat de werkelijke omvang van een databank is. Soms bestaat een grote databank uit meerdere deeldatabanken of is deze zelf onderdeel van een nog grotere databank. Deeldatabanken kunnen als zelfstandige databanken worden aangemerkt als voldaan wordt aan de bovengenoemde criteria. In dat geval kan een deeldatabank als zelfstandige eenheid worden aangemerkt.

Het *herhaaldelijk systematisch opvragen van niet substantiële delen van de databank* is ook onderworpen aan een toestemmingsvereiste van de producent althans rechthebbende op de databank. Dit omdat het herhaaldelijk systematisch opvragen van niet substantiële, kleinere, delen van de databank uiteindelijk kan leiden tot het reconstrueren van (substantiële delen van) de databank.

Voor het *opvragen* van substantiële delen van een databank ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek is geen toestemming vereist.⁴⁹ In het kader van wetenschappelijk onderzoek mag dus een databank worden ingezien, gedownload, uitgeprint en gekopieerd. *Hergebruik* van substantiële delen is echter in het kader van wetenschappelijk onderzoek niet toegestaan. De opgevraagde delen mogen dus alleen voor eigen gebruik worden overgenomen, maar niet verder worden gepubliceerd of verspreid. Dat geldt ook indien de overgenomen (substantiële delen van de) databank vermengd is (zijn) met een eigen databank. Wil men wel (het substantieel deel van) de databank hergebruiken is toestemming vereist van de rechthebbende, veelal de producent. Net als bij het auteursrecht bieden de wettelijke uitzonderingen dus geen uitkomst voor het delen en hergebruiken voor niet-commerciële, wetenschappelijke doelen.

Een speciaal regime geldt voor databanken van de overheid. Wanneer het databanken van wet- of regelgeving of jurisprudentie betreft, kan geen databankenrecht bestaan. Voor andere databanken van de overheid is slechts sprake van bescherming indien het databankenrecht expliciet is voorbehouden. Dat voorbehoud moet bij de betreffende databank worden vermeld.

2.3.4 De producent

Voor opvragen en hergebruiken is toestemming nodig van de rechthebbende van het databankenrecht. De wet wijst de producent van de databank als rechthebbende aan. De producent hoeft niet degene te zijn die de databank heeft bedacht, vormgegeven, uitgewerkt, de inhoud heeft gecontroleerd of van inhoud heeft voorzien. Als producent wordt aangemerkt degene die het risico draagt van de voor de databank te maken investering. Dat kan de feitelijke maker,

⁴⁸ Art. 1 lid 1 sub d Databankenwet.

⁴⁹ Art. 5 sub b Databankenwet.

samensteller, vormgever en controleur van de gegevens van de databank zijn, maar het kan ook een ander zijn die bijvoorbeeld het onderzoek heeft gefinancierd dat de databank tot resultaat had. Onderlinge contractuele afspraken inzake investering en risico dienen te worden onderzocht. De rechthebbende hoeft geen natuurlijke persoon te zijn. Het komt juist veel voor dat een rechtspersoon (bijvoorbeeld een bedrijf) rechthebbende is op een databank. Anders dan bij het auteursrecht zal een universiteit of onderzoeksfinancier op grond van de wet sneller als producent en dus als rechthebbende worden aangemerkt.

2.3.5 Vorm en inhoud

Wat bij de bespreking van het auteursrecht in is gezegd over het onderscheid tussen vorm en inhoud, gaat ook op voor het databankenrecht. Ook hier geldt dat de bescherming beperkt is tot de vorm, terwijl de inhoud vrij blijft. De inhoud bestaat uit de elementen van de databank. Het databankenrecht beschermt deze niet: ze kunnen variëren van triviale feitelijke informatie (auteursrechtelijk onbeschermd data) tot auteursrechtelijk beschermde werken. Het kan dus voorkomen dat een beschermde databank zelf bestaat uit door het auteursrecht beschermde werken. In dat geval is het databankenrecht van toepassing op de databank als gehele gegevensverzameling, en het auteursrecht op de afzonderlijke elementen. Voor delen en hergebruik is dan zowel toestemming van de producent van de databank als van de auteursrechthebbende van de te gebruiken elementen vereist. Dat kunnen dus verschillende personen of instanties zijn.

De door het databankenrecht beschermde vorm bestaat in de selectie, presentatie en structuur van de zelfstandige elementen. Deze mag niet zonder toestemming in substantiële mate worden opgevraagd of hergebruikt. Ook hier is het onderscheid tussen vorm en inhoud niet altijd vol te houden. De elementen van een databank zijn weliswaar vrij en mogen dus zonder toestemming worden gebruikt (behoudens het auteursrecht), doch de structuur, presentatie en selectie niet. Deze beschermde aspecten van de vorm kunnen al gauw worden overgenomen als men de inhoud opvraagt en hergebruikt, zodat het databankenrecht wordt geschonden.

2.3.6 Toestemming, raadpleging en contractuele afspraken

De vrije beschikbaarheid en toegankelijkheid van een databank doet niet af aan het databankenrecht van de producent. Met andere woorden: ook al is een bepaalde databank vrij te raadplegen en te doorzoeken (bijvoorbeeld via internet), dan nog moet voor het opvragen en hergebruiken van substantiële delen van de databank of het systematisch opvragen van niet substantiële delen toestemming worden verkregen van de producent.⁵⁰ Ook maakt het voor de wet niet uit met welk oogmerk er gebruik wordt gemaakt van de databank. De wet onderscheidt niet het privégebruik van bijvoorbeeld commercieel gebruik.

Omgekeerd mag uit het voorgaande niet worden afgeleid dat men zich altijd toegang tot een databank mag verschaffen, omdat raadpleging nu eenmaal niet tot de exclusieve rechten van de producent behoort. Het databankenrecht staat los van de toegang tot een databank. Toegang is een contractuele aangelegenheid, waarover degene die feitelijk over de databank beschikt kan beslissen en afspraken kan maken. Schending van die afspraken is een kwestie van contractenrecht, niet van het databankenrecht.

Degene die rechtmatige toegang tot een databank heeft, mag een aantal handelingen vrij verrichten. Voor het enkele inzien van een databank en het incidentele, op kleine schaal overnemen van informatie uit de databank is geen toestemming vereist. Wel kan het zo zijn dat ten aanzien van het inzien en het incidentele, op kleine schaal overnemen van delen van de databank andere afspraken worden overeengekomen met de producent van de databank. Men dient hiervoor te rade te gaan in de gebruiksovereenkomst die met de producent van de databank is afgesloten. Degene die echter eenmaal rechtmatig toegang heeft verkregen tot een databank

⁵⁰ Dat is slechts anders indien de producent vooraf toestemming heeft gegeven voor bepaalde vormen van gebruik van de databank, bijvoorbeeld doordat hij een standaardlicentie heeft verleend.

mag altijd zonder toestemming van de producent niet-substantiële delen opvragen en hergebruiken; dat recht kan niet worden uitgesloten.⁵¹Dit recht laat eventuele auteursrechtelijke bescherming van de elementen evenwel onverlet: als de elementen beschermd zijn, is wel toestemming nodig van de auteursrechthebbende.

Tot slot verdient het opmerking dat sommige, al dan niet publiek toegankelijke databanken, zodanig softwarematig zijn vormgegeven dat er geen informatie uit kan worden overgenomen. De wet verbiedt het omzeilen van zulke technische voorzieningen, ook al is het overnemen van kleine delen van een databank op grond van de wet toegestaan.

2.3.7 Databanken die niet door het databankenrecht zijn beschermd

Niet elke gegevensverzameling is een beschermde databank in de zin van de databankenwet. Met name het vereiste dat er sprake moet zijn van een substantiële investering gericht op het aanmaken van de databank, los van de investering voor het creëren (door middel van onderzoek) van de gegevens die erin zijn opgeslagen, zal er in de praktijk toe leiden dat lang niet iedere databank met onderzoeksresultaten databankrechtelijke bescherming geniet. Maar ook hier betekent dat niet dat de onbeschermden databank geheel 'vrij' is.

In de eerste plaats kan alsnog sprake zijn van auteursrechtelijke bescherming of van een van de hierna te bespreken regimes. In de tweede plaats impliceert juridische vrijheid geen feitelijke vrijheid. Degene die de beschikking heeft over een onbeschermden databank is niet verplicht om die databank aan anderen ter beschikking te stellen. De bezitter kan dus wel een feitelijke controle over een onbeschermden databank uitoefenen. Hij kan anderen slechts onder bepaalde contractuele voorwaarden toestemming verlenen om van de databank gebruik te maken. Daarbij kunnen ook afspraken over het gebruik van de inhoud van de databank worden gemaakt. Zo kan worden bedongen dat de gegevens niet mogen worden overgenomen of mogen worden gepubliceerd. Een onbeschermden databank kan bijvoorbeeld zo worden geprogrammeerd dat hij alleen met een (betaald) abonnement toegankelijk is, waarbij overname van de gegevens zowel contractueel als technisch beperkt is. Schendingen van dergelijke beperkingen zijn een kwestie van contractenrecht, niet van databankenrecht.

2.3.8 Databankenrecht en Open Access voor onderzoeksdata

Indien sprake is van een beschermde databank, is toestemming van de producent vereist voor het overnemen en het verspreiden van substantiële delen van een databank. Omdat databankrechtelijke bescherming niet afhangt van de creativiteit van keuzes die bij het samenstellen worden gemaakt, ligt het voor de hand dat sommige databanken met onderzoeksresultaten beschermd zijn. Daarvoor is wel vereist dat er substantieel is geïnvesteerd in de totstandkoming van de databank, ook los van de investering in het verzamelen van gegevens. Omdat het creëren van gegevens hierbij niet meetelt, is lang niet altijd sprake van een beschermde databank met onderzoeksdata.

Wanneer sprake is van een beschermde databank, is toestemming van de producent vereist om de databank onder Open Access-voorwaarden aan het publiek ter beschikking te stellen voor gebruik in verder onderzoek. Ook hier geldt dat hoewel de gegevens die in de databank zijn opgenomen op zichzelf onbeschermden inhoud kunnen zijn, communicatie ervan enkel mogelijk is door middel van het uitwisselen van de beschermde databank. De producent kan de verspreiding onder Open Access-voorwaarden frustreren. Daarom is het van belang vast te stellen wie de producent is, en om ervoor te zorgen dat de deze bij voorbaat de vereiste toestemmingen verleent. Net als bij het auteursrecht dient te worden gewerkt met een *veegbepaling*. De criteria voor databankrechtelijke bescherming zijn niet heel helder en bovendien casuïstisch. Daardoor is het moeilijk om vast te stellen welke databanken met onderzoeksdata wel en welke niet beschermd zijn. Om toch zeker te zijn dat een verzameling onderzoeksdata vrij te delen is en mag worden hergebruikt, verdient het

⁵¹ Art. 3 Databankenwet. Zie ook Spoor, Verkade en Visser 2005, p. 631-632.

aanbeveling om de vermoedelijke producent altijd toestemming te laten verlenen of afstand te laten doen van zijn databankenrecht.

2.4 Onpersoonlijke geschriftenbescherming

2.4.1 Inleiding

Mochten bepaalde onderzoeksresultaten of de daaraan ten grondslag liggende data niet beschermd worden door het auteursrecht of het databankenrecht, kan nog een derde, IE-rechtelijk regime mogelijkwerwijs enige bescherming bieden. Dit regime, dat maar een zeer smalle bescherming biedt, heet de onpersoonlijke geschriftenbescherming. Het is een afgeleide van het auteursrecht. Er worden geen andere eisen gesteld dan dat het betreffende geschrift openbaar is gemaakt of bestemd is om openbaar gemaakt te worden. Een persoonlijk stempel of een eigen, oorspronkelijk karakter behoren niet tot de vereiste eigenschappen van een document om in aanmerking te kunnen komen voor onpersoonlijke geschriftenbescherming.

2.4.2 Beschermingscriteria

Ieder geschrift dat openbaar gemaakt is, of bestemd is om openbaar gemaakt te worden, analoog of digitaal, kan in beginsel voor onpersoonlijke geschriftenbescherming in aanmerking komen. De wet geeft daarvoor geen nadere criteria.⁵² Gegeven de rechtspraak ter zake is het zeer wel denkbaar dat rudimentaire lijsten met ruwe onderzoeksdata of anderszins op schrift gezette data in aanmerking komen voor bescherming.

Het geschrift moet dienen ter kennisname van het publiek. Het moet al openbaar zijn gemaakt of daartoe zijn bestemd. Schriftelijke weergaven van ruwe onderzoeksdata- of resultaten zullen waarschijnlijk vaak alleen voor intern gebruik tot grondslag dienen voor de publicatie en zijn daarmee niet bestemd om openbaar gemaakt te worden. Als echter de op schrift gestelde ruwe data of informatie bijvoorbeeld via het internet verspreid worden aan een grotere onderzoeksgroep, is wel sprake van openbaarmaking en kan de onpersoonlijke geschriftenbescherming van toepassing worden geacht. Zodra van onderzoekers wordt verlangd dat zij hun data delen, is de onpersoonlijke geschriftenbescherming van toepassing.

2.4.3 Beschermingsomvang

Net als bij het auteursrecht beschermt de onpersoonlijke geschriftenbescherming tegen ongeoorloofde verveelvoudiging en openbaarmaking. Een onpersoonlijke geschrift is echter alleen in zijn totaliteit beschermd. Dat wil zeggen dat de rechthebbende alleen maar om toestemming behoeft te worden gevraagd voor letterlijke overname van dit geschrift, of als er sprake is van slechts zeer kleine wijzigingen in een nieuwe openbaarmaking of verveelvoudiging. Deze vorm van bescherming is dus aanzienlijk 'smaller' dan de bescherming die het auteursrecht of het databankenrecht bieden. Voor het delen en hergebruiken van data vormt zij evenwel een belangrijk obstakel. Daarbij worden geschriften met data immers integraal uitgewisseld. Dan kan al snel sprake zijn van directe ontlening, bijvoorbeeld als de data in hun geheel in een repository worden aangeboden of door derden verder worden verspreid. Dezelfde uitzonderingen als bij het auteursrecht zijn van toepassing, maar die bieden wederom geen uitkomst: het delen van materiaal voor wetenschappelijke, niet-commerciele doeleinden valt niet onder de wettelijke uitzonderingen.

⁵² De bescherming van onpersoonlijke geschriften volgt uit art. 10 lid 1 sub 1 Auteurswet en is in de jurisprudentie ontwikkeld.

2.4.4 Rechthebbende

De maker(s) van het onpersoonlijk geschrift is(zijn) in beginsel rechthebbende. Aan de maker komt het alleenrecht toe, en moet om toestemming worden gevraagd. Omdat de onpersoonlijke geschriftenbescherming een afgeleide is van het auteursrecht, zijn dezelfde regels omtrent eigendom, makerschap en overdracht van toepassing. Het kan derhalve voorkomen dat een leidinggevende, een groep van makers of een werkgever rechthebbende is. Waar sprake is van een overdracht van auteursrecht, wordt ook het recht op aanspraak op onpersoonlijke geschriftenbescherming overgedragen. In dergelijke gevallen moet een ander dan de feitelijke maker om toestemming worden gevraagd.

2.4.5 Kritiek

Hier zij opgemerkt dat de onpersoonlijke geschriftenbescherming in de rechtswetenschap omstreden is. Het biedt immers een vorm van auteursrechtelijke bescherming zonder dat enige substantiële drempel wordt opgeworpen. Met de inwerkingtreding van de Europese Databankenrichtlijn is de kritiek verder toegenomen. Met deze richtlijn heeft de Europese wetgever immers de bescherming van feitelijke, niet-creatieve materie willen harmoniseren. Daarbij is ervoor gekozen om alleen gegevensverzamelingen waarin substantieel is geïnvesteerd, te beschermen. Het bestaan van de onpersoonlijke geschriftenbescherming in Nederland doorkruist deze harmonisatie door een gelijksoortig beschermingsregime te bieden voor gegevensverzamelingen waarin niet substantieel is geïnvesteerd.

2.4.6 Onpersoonlijke geschriftenbescherming en Open Access

De onpersoonlijke geschriftbescherming kent een zeer beperkte beschermingsomvang. Het biedt alleen bescherming tegen de letterlijke, ongewijzigde overname van gepubliceerde documenten of documenten die voor publicatie bestemd zijn. Anderzijds is bescherming onafhankelijk van de creativiteit van het werk in kwestie. Vele soorten weergave van onderzoeksdata zijn derhalve als onpersoonlijk geschrift aan te merken. Daardoor zullen onderzoeksdata in de praktijk in ieder geval een beperkte mate van bescherming genieten. Die bescherming brengt met zich mee dat de integrale overname en weergave van de weergave van de data aan de rechthebbende is voorbehouden. Het gebruiken van de data in een eigen vorm is wel mogelijk zonder toestemming van de rechthebbende.

Indien onderzoeksdata als onpersoonlijk geschrift zijn beschermd, is delen en hergebruiken niet zonder meer mogelijk. Voor integrale overname en herpublicatie is toestemming van de rechthebbende – in beginsel de maker – vereist. Omdat veel soorten onderzoeksdata als onpersoonlijk geschrift zijn aan te merken, kan een Open Access-beleid alleen worden gevoerd als de rechthebbenden toestemming voor het delen en hergebruiken van data verlenen. Een regeling waarbij rechthebbenden die toestemming verlenen, is derhalve onontbeerlijk.

2.5 Octrooirecht

2.5.1 Inleiding

Het auteursrecht, databankenrecht en de onpersoonlijke geschriftenbescherming beschermen alle de vorm waarin informatie is gegoten. Het octrooirecht kent een geheel ander beschermingsobject. Het beschermt niet de vorm van informatie, maar de technische en commerciële toepassing ervan: een uitvinding. Onder omstandigheden kan een dergelijke technische uitvinding die in onderzoeksdata besloten ligt voor octrooibescherming in aanmerking komen. Een ander belangrijk verschil is dat het octrooi niet net als het auteursrecht, de geschriftenbescherming of het databankenrecht vanzelf ontstaat maar dient te worden aangevraagd.

2.5.2 Object van bescherming: de uitvinding

In de inleiding kwam al kort naar voren dat alleen *uitvindingen* te octrooieren zijn. Dat is mogelijk onder de volgende omstandigheden: het moet gaan om een *uitvinding* in de zin van het octrooirecht die *technisch van aard is*, de uitvinding moet *nieuw* zijn, deze moet getuigen van *inventiviteit* en de uitvinding moet kunnen worden *toegepast op het gebied van de nijverheid*.⁵³ Ook moet de uitvinding op grond van de in de octrooiaanvraag opgenomen informatie, door een vakman namerkbaar zijn.⁵⁴

Welke categorie onderzoeksresultaten precies te kwalificeren is wordt niet door het Europees Octrooiverdrag (EOV) of de Rijksoctrooiwet (ROW) met zoveel woorden gesteld. Wel wordt een aantal categorieën expliciet uitgesloten van octrooierbaarheid. Daaronder vallen "abstracte zaken of zaken zonder enig technisch karakter"⁵⁵. Wiskundige methoden, natuurwetenschappelijke theorieën en ontdekkingen zijn als zodanig niet octrooierbaar. Ook voortbrengselen van het menselijk lichaam, het klonen van mensen of dieren, planten- en dierenrassen en uitvindingen die in strijd zijn met de openbare orde en het menselijk lichaam kunnen niet worden geoctrooierd.⁵⁶ Daarnaast zijn therapeutische en geneeskundige behandelmethoden niet octrooierbaar vanwege strijd met het ethisch toelaatbare.⁵⁷

Dat de uitvinding moet kunnen worden toegepast op het gebied van de nijverheid wil zeggen dat deze toepassing moet kunnen vinden in enig industrieel gebied, waar ook de landbouw onder valt.⁵⁸

Alleen nieuwe uitvindingen komen in aanmerking voor octrooierbaarheid. 'Uitvindingen' die al voor de octrooiaanvraag plaatshad werden beschreven of toegepast behoren tot de zogenoemde stand van de techniek en kunnen niet worden geoctrooierd.⁵⁹ Tot de stand van de techniek behoren alle zaken die in het openbaar beschreven zijn, mondeling of schriftelijk, waar dan ook ter wereld, of dat nu in de wetenschappelijke literatuur is of in een lokale krant is gedaan. Wel moet een deskundige van deze uitvinding kennis hebben kunnen nemen. Het doet er voor de stand van de techniek overigens niet toe in welke taal de beschrijving heeft plaatsgevonden.⁶⁰ Ook de inhoud van eerdere octrooiaanvragen wordt gerekend tot de stand van de techniek, omdat deze zijn opgenomen in de openbare octrooiregisters.⁶¹

Een uitvinding is inventief indien deze niet alleen iets toevoegt aan de stand van de techniek maar ook "verrassend, niet voor de hand liggend" is.⁶² De inventiviteitseis wordt in het Engels aangeduid als "inventive step", dat beschrijft wat duidelijker dat er in de stand van de techniek een nieuwe, verrassende stap moet zijn gezet.⁶³ Over de vraag naar wat precies inventiviteit behelst zijn vele uitspraken gedaan door onder meer het Europees Octrooibureau (EOB). Het EOVB noch de ROW geeft daar een nader antwoord op.

Een voorbeeld van een octrooierbare uitvinding kan worden gegeven aan de hand van de medische wetenschap. Bij een jarenlange zoektocht naar een middel tegen een bepaald soort kriebelhoest die vaak bij kinderen voorkomt werd door onderzoekers van het UMC eindelijk een medicijn ontwikkeld. Dit medicijn kwam tot stand door een nieuw ontwikkeld chemisch procedé dat zijn wortels heeft in de ontwikkeling van andere medicijnen. Het medicijn is nog nergens ter wereld in geen enkele taal ooit

⁵³ Artikel 52 van het Europees Octrooiverdrag (EOV); Gielen 2007, p. 21 e.v.

⁵⁴ Zie artikel 82 EOVB en artikel 25 van de Rijksoctrooiwet (ROW) en Gielen 2007, p. 21-22.

⁵⁵ Gielen 2007, p. 22.

⁵⁶ Zie artikel 53 EOVB en Gielen 2007, p. 22.

⁵⁷ Artikel 7 lid 2 ROW, zie ook Gielen 2007, p. 23.

⁵⁸ Art. 52 en 57 EOVB, Gielen 2007, p. 23.

⁵⁹ Zie art. 4 en 5 ROW, 54 en 55 EOVB. Zie ook Gielen 2007, p. 25; P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer 2007 (Geerts 2007), p. 40-41.

⁶⁰ Geerts 2007, p. 42 en Gielen 2007, p. 25-29.

⁶¹ Artikel 54 lid 3 EOVB en 4 lid 3 ROW.

⁶² Gielen 2007, p. 32.

⁶³ Deze vergelijking maakt Geerts ook op bladzijde 42-43.

beschreven en betekent een grote stap voorwaarts die alleen door het voltooiën van dit jarenlange onderzoek kon worden gezet. Aan alle voorwaarden voor octrooieerbaarheid is voldaan: er kan octrooi worden aangevraagd.

2.5.3 Octrooiaanvraag

Bij onder meer het Europees Octrooibureau kan men octrooi aanvragen op een uitvinding.⁶⁴ Een octrooi kan bij het EOB worden aangevraagd voor meerdere EU-landen tegelijkertijd. Octrooien worden bij goedkeuring van de aanvraag per land verleend. Een officiële octrooiaanvraag moet aan een aantal eisen voldoen, waarvan de voor dit rapport meest belangrijke eisen hier zullen worden besproken.⁶⁵ In deze aanvraag moet de uitvinding worden beschreven, aan de hand van de huidige stand van de techniek. Dan moet worden vermeld welk technisch probleem de uitvinding oplost en op welke manier deze uitvinding dient te worden toegepast om tot de oplossing te komen. Deze uiteenzetting kan nog worden verduidelijkt aan de hand van tekeningen die mogen worden bijgevoegd in de aanvraag. Het is de bedoeling dat aan de hand van deze beschrijving een gemiddeld bekwame vakman de beschreven uitvinding moet kunnen naverken, dat wil zeggen dat de vakman de uitvinding begrijpt en deze kan toepassen. Als de uitvinding niet naverkbaar is moet de aanvraag ongeldig worden verklaard. Ook moet de octrooiaanvraag zogenoemde *conclusies* bevatten, waarin wordt gesteld voor welke uitvinding er precies bescherming wordt aangevraagd en wat de omvang van deze bescherming zou moeten zijn.⁶⁶

Het is niet ondenkbaar dat voor het goed beschrijven van de uitvinding onderzoeksdata moeten worden opgegeven in de octrooiaanvraag. Ook kan het voor de afbakening van het octrooi noodzakelijk zijn om verwijzingen op te nemen naar onderliggende onderzoeksdata. Het kan dus voorkomen dat wanneer de voor naverking cruciale onderzoeksdata niet worden opgenomen in de octrooi-conclusie een gemiddeld bekwame vakman niet begrijpt hoe hij de te octrooieren uitvinding zou moeten interpreteren en toepassen. In dat geval is het octrooi ongeldig en kan er voor deze uitvinding nooit meer octrooi worden aangevraagd, omdat de informatie uit de aanvraag inmiddels tot de 'stand van de techniek' is gaan behoren. Het is dus in sommige gevallen zeer belangrijk om alle mogelijk voor naverking noodzakelijke bronnen beschikbaar te stellen bij het aanvragen van een octrooi.

2.5.4 Rechthebbende

Degene die de eerste aanvraag heeft ingediend voor een octrooi op een uitvinding krijgt in beginsel, als aan alle eisen is voldaan, het octrooi in handen.⁶⁷ De aanvrager hoeft niet automatisch degene te zijn die de uitvinding heeft gedaan. De wet merkt de aanvrager aan als uitvinder. Als een dienstverband leidde tot het doen van de uitvinding komt het octrooi aan de werkgever toe. De werkgever maakt echter geen aanspraak op het octrooi als de aard van de dienstbetrekking niet direct leidde tot het uitvinden van het geoctrooierde.⁶⁸ Overigens moet bij de aanvraag altijd de naam en woonplaats van de uitvinder worden vermeld, tenzij deze daar bezwaar tegen heeft gemaakt.⁶⁹

2.5.5 Exploitatierchten

De houder van een Nederlands octrooi heeft het exclusieve recht tot het vervaardigen van het geoctrooierde voortbrengsel.⁷⁰ Daarnaast is de octrooihouder ook de enige die het geoctrooierde voortbrengsel mag gebruiken, in het verkeer mag brengen of mag verkopen, verhuren, afleveren

⁶⁴ In Nederland kan naast het EOB ook bij het Octrooicentrum Nederland worden aangevraagd. De procedure met die door het EOB wordt gehanteerd komt sterk overeen en zal hier niet apart worden besproken.

⁶⁵ Art 78 EOV en art. 35 Uitvoeringsreglement (URgl), zie ook Gielen 2007, p. 37.

⁶⁶ Zie Gielen 2007, p. 37-38.

⁶⁷ Art. 60 EOV en 8 ROW, Gielen 2007, p. 46.

⁶⁸ Zie artikel 12 ROW en Gielen 2007, p. 50.

⁶⁹ Art. 24 lid 1 sub b ROW, art. 62 EOV.

⁷⁰ Art. 53 lid 1 sub a ROW.

of anderszins verhandelen. Iedere commerciële partij die zonder toestemming van de houder van het octrooi de geoctrooierde voortbrengselen vervaardigt, verhandelt of gebruikt, pleegt inbreuk.⁷¹ Zelfs het zonder toestemming in voorraad hebben van het geoctrooierde voortbrengsel kan gelden als octrooi-inbreuk.⁷²

Als het octrooi is verkregen op een werkwijze, dan heeft de octrooihouder het exclusieve recht op het toepassen van deze werkwijze. Ook heeft hij het uitsluitend recht om de producten die rechtstreeks verkregen worden door het toepassen van deze werkwijze te gebruiken, in het verkeer te brengen, in te voeren, te verhuren, te verkopen, anderszins te verhandelen, in voorraad te hebben, te demonstreren en te exposeren.⁷³

Jegens particulieren of de wetenschap kan het octrooirecht niet worden uitgeoefend, zoveel vloeit voort uit artikel 53 lid 1 ROW.⁷⁴ Het derde lid van artikel 53 ROW zondert ook het gebruik in verband met bedrijfsmatig onderzoek uit van octrooi-inbreuk. Dat betekent dat alle handelingen die dienen tot het onderzoek van het geoctrooierde voortbrengsel in verband met de ontwikkeling der stand van de techniek, niet vallen onder de verboden exploitatiehandelingen.

2.5.6 Octrooirecht en Open Access voor onderzoeksdata

Onderzoeksdata kunnen tot octrooieerbare uitvindingen leiden. Daarvoor zijn nieuwheid, nawerkbaarheid en een 'inventive step' vereist. De octrooibescherming omvat echter enkel de commerciële toepassing van de uitvinding. De verlening van een octrooi staat niet aan de uitwisseling van de onderliggende onderzoeksdata in de weg. Sterker nog, de data die nodig zijn om een uitvinding nawerkbaar te maken, moeten in de octrooiaanvraag zijn opgenomen en zijn derhalve publiekelijk beschikbaar. Octrooibescherming behelst een zodanig ander vlak dat zij voor het vrij delen en hergebruiken van data voor wetenschappelijk onderzoek niet relevant is. Universiteiten en andere betrokken partijen kunnen uitvindingen dus gewoon octrooieren en die octrooien exploiteren terwijl ze ook aan een Open Access-beleid voor onderzoeksdata kunnen voldoen. Men moet er echter wel voor waken dat de data niet voor indiening van de aanvraag worden gepubliceerd. Indien de data een uitvinding bevatten, zal deze vanwege de publicatie tot de stand van kennis worden gerekend en niet langer octrooieerbaar zijn. Het verdient daarom aanbeveling dat er bij de implementatie van een Open Access-beleid voor onderzoeksdata rekening wordt gehouden met octrooibelangen. Publicatie van data moet kunnen worden uitgesteld tot na indiening van de aanvraag.

Op onderzoeksresultaten die uitvindingen zijn in de zin van het octrooirecht kan octrooi worden aangevraagd. Deze resultaten moeten dan wel een technische uitvinding betreffen die nieuw is ten opzichte van de stand van de techniek. De uitvinding moet bovendien getuigen van een 'inventive step' en deze moet voor de gemiddeld bekwame vakman nawerkbaar zijn. Deze nawerkbaarheid is alleen aan de orde als alle documenten die voor nawerkbaarheid noodzakelijk zijn ook worden kenbaar gemaakt doormiddel van de beschrijving van de uitvinding en de conclusies in de octrooiaanvraag. Het kan zo zijn dat er in deze beschrijving of conclusies de betreffende onderzoeksdata in zich dragen. Als deze niet zijn opgenomen in de beschrijving en/of conclusies kan het voorkomen dat de uitvinding niet meer octrooieerbaar is.

De houder van het octrooi mag anderen verbieden het geoctrooierde voortbrengsel te vervaardigen, te gebruiken of te verhandelen, uitgezonderd het gebruik in verband met wetenschappelijk of bedrijfsmatig onderzoek in het belang van de ontwikkeling van de stand van de techniek.

De octrooibescherming staat derhalve niet in de weg aan het publiceren van onderzoeksresultaten, zij het dat de uitvinding hangende de aanvraag geheim moet blijven. Voor het overige staat

⁷¹ Uit art. 53 lid 1 ROW vloeit voort dat een octrooirecht niet kan worden uitgeoefend jegens een particulier gebruik of wetenschappelijk onderzoek. Zie daarvoor ook Gielen 2007, p. 59.

⁷² Zie ook: Gielen 2007, p. 54.

⁷³ Zie Gielen 2007, p. 56.

⁷⁴ Zie Gielen 2007, p. 59.

utilisatie van een octrooi los van de publicatie van onderzoeksresultaten of hergebruik van onderzoeksdata voor nieuw wetenschappelijk onderzoek.

2.6 IE-rechten op onderzoeksdata en Open Access-beleid

Feitelijke informatie, data en ideeën kunnen niet door het IE-recht beschermd en gemonopoliseerd worden: ze behoren tot de natuur, tot hetgeen gegeven is, en behoren in die zin tot het 'publieke domein'. Maar informatie, data en ideeën moeten tevens in een bepaalde vorm zijn gegoten om vatbaar te zijn voor communicatie; er moet uitdrukking aan worden gegeven. Expressies kunnen beschermd worden door het auteursrecht indien er sprake is van een eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker. Er moet sprake zijn van subjectief bepaalde keuzes, maar die keuzes mogen ook zijn ingegeven door objectieve, wetenschappelijke criteria. Bovendien geldt de auteursrechtelijke bescherming niet alleen de wijze waarop gegevens zijn beschreven, maar ook hun selectie en structurering. Het databankenrecht biedt bovendien bescherming voor gegevensverzamelingen waarin substantieel is geïnvesteerd, ook als de selectie niet creatief is. Belangrijk is bovendien de onpersoonlijke geschriftenbescherming, die beschermt tegen directe ontlening van enig geschrift dat gepubliceerd is of voor publicatie is bestemd.

De wijze waarop onderzoeksdata zijn vastgelegd (bijvoorbeeld in woorden of in beeld), bepaalde selecties van gegevens, of de wijze waarop ze zijn gestructureerd of gearrangeerd, kunnen dus beschermd zijn. Bescherming brengt met zich mee dat de vastlegging, selectie of structuur niet zonder toestemming van de rechthebbende mag worden gekopieerd of openbaar gemaakt. Dat betekent dat de informatie en data, ook al zijn ze zelf vrij, niet zonder meer mogen worden hergebruikt.

Het feit dat onderzoeksdata auteurs- en databankrechtelijk beschermd kunnen zijn, staat aan toepassing van Open Access-beleid natuurlijk niet in de weg. Maar bij het toepassen van Open Access-beleid moet wel rekening worden gehouden met belangrijke implicaties van de potentiële auteursrechtelijke en/of databankrechtelijke bescherming. Als bescherming van toepassing is, moeten anderen toestemming hebben om de data te verveelvoudigen en openbaar te maken (voor databanken: op te vragen en te hergebruiken). Dat geldt in de eerste plaats voor de repository waarin de data worden opgeslagen en aan anderen ter beschikking worden gesteld. Het toestemmingvereiste geldt in de tweede plaats voor onderzoekers die de gedeelde data willen hergebruiken.

Omdat het lastig is te bepalen welke data wel en welke niet enige mate van bescherming genieten, dient te worden gewerkt met *veegbepalingen* voor auteurs- en databankrechten en de onpersoonlijke geschriftenbescherming. Om een succesvol Open Access-beleid te realiseren moeten subsidieverleners zoals NWO en STW in hun subsidiebepalingen opnemen dat gesubsidieerde onderzoekers de vereiste toestemming altijd moeten verlenen. Alleen dan is zeker dat IE-rechten geen obstakel voor delen en hergebruiken kunnen vormen.

Bescherming door middel van een octrooi heeft minder gevolgen voor het Open Access publiceren van onderzoeksdata. Een octrooi beschermt de toepassing van informatie – een uitvinding – niet de expressie ervan. De gegevens die aan een geoctrooide uitvinding ten grondslag liggen, kunnen dan ook vrij worden gedeeld en hergebruikt. Voordat de octrooiaanvraag is ingediend mogen de gegevens evenwel niet gepubliceerd worden.

3 Subsidieregelingen en Open Access-beleid

3.1 Inleiding

NWO en STW willen een Open Access-beleid voeren ten aanzien van onderzoeksdata. NWO heeft zich bij de Berlin Declaration aangesloten. De Berlin Declaration is enkel *soft law* en biedt derhalve geen directe aanknopingspunten voor een plicht onderzoeksdata Open Access te publiceren. Daarom zal hieronder worden nagegaan wat in de subsidiebepalingen ten aanzien van het delen van onderzoeksdata is geregeld. Daarbij zal worden uitgegaan van de algemene voorwaarden die NWO en STW bij de financiering van onderzoeksprojecten hanteren.

3.2 De NWO subsidiereregeling

Een belangrijk document is de NWO-Regeling Subsidieaanvragen van mei 2011 (hierna: de NWO-Regeling). Wanneer NWO een onderzoekssubsidie verleent, gebeurt dat bij besluit in bestuursrechtelijke zin. De NWO-Regeling bevat de standaardbepalingen die in beginsel deel uitmaken van ieder subsidieverleningsbesluit.

In artikel 26 van de NWO-Regeling wordt gesteld dat '[o]nderzoeksresultaten tot stand gekomen met NWO middelen [...] zo veel en zo spoedig mogelijk voor het publiek en voor verder onderzoek toegankelijk [dienen] te zijn'. Onderzoeksresultaten worden in de NWO-regeling gedefinieerd als 'alle uitvindingen, uitkomsten, materialen, methodes, processen, producten, programma's, software, vindingen of ontdekkingen die binnen een project worden gegenereerd'. Hoewel onderzoeksdata niet met name worden genoemd, kunnen deze als onderzoeksresultaat worden aangemerkt als deze zijn gegenereerd in het kader van een onderzoeksproject. Derhalve moeten onderzoeksdata worden gedeeld en voor hergebruik beschikbaar worden gesteld. Voor publicaties in de zin van eindproducten van een onderzoek (artikelen e.d.) is een expliciete verplichting opgenomen om deze, naast enig ander medium, ook onder Open Access-voorwaarden aan het publiek ter beschikking te stellen (artikel 29 van de NWO-Regeling). Auteursrechten op publicaties mogen alleen worden overgedragen als dat de Open Access-publicatie niet in de weg staat.

In de NWO-Regeling is voorts bepaald dat indien een gesubsidieerd onderzoek resulteert in een auteursrechtelijk beschermd werk (te begrijpen als: inclusief onpersoonlijke geschriften) en/of een databank, de rechthebbende respectievelijk de producent toestemming verleent om handelingen te verrichten die de kennisoverdracht van de onderzoeksresultaten bevorderen (art. 31). Die handelingen zijn niet nader beschreven. Evenmin is duidelijk aan wie die toestemming wordt verleend. Er is wel bepaald dat NWO nadere voorwaarden kan stellen omtrent de exploitatie van auteurs- en databankrechten. Voor databanken is geregeld dat deze op een door NWO te bepalen wijze voor verder onderzoek beschikbaar moeten worden gesteld. Voor onderzoeken op het gebied van de maatschappij- en gedragswetenschappen (MagW) krijgt dat bijvoorbeeld beslag in DANS, de online repository voor databestanden. Onderzoekers moeten hun databanken volgens een bepaalde standaard bij DANS aanbieden. Deze bepaling geldt niet alleen voor databanken in de zin van de Databankenwet. De NWO-Regeling bevat een eigen definitie van het begrip, die niet uitgaat van de voor databankrechtelijke bescherming vereiste substantiële investering en daarom ruimer is. Elke dataverzameling valt onder deze verplichting, ook de juridisch onbeschermd. In artikel 30 is voorts bepaald dat NWO als medeproducent van beschermd databanken moet worden aangemerkt, tezamen met de kennisinstelling waar het onderzoek wordt uitgevoerd. Dat geeft NWO een bepaalde zeggenschap over beschermd databanken. De vraag is evenwel of deze bepaling juridische gevolgen heeft. Wie als producent moet worden aangemerkt, volgt immers vooreerst uit de Databankenwet en de criteria die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. Daaruit zou kunnen volgen dat een ander dan NWO en de uitvoerende kennisinstelling als producent moet worden aangemerkt.

In art. 33 van de NWO-Regeling is bepaald dat NWO in bepaalde gevallen de eigendom van onderzoeksresultaten kan claimen. Daarmee wordt bedoeld dat NWO zich de IE-rechten die op

deze resultaten rusten, kan toe-eigenen en deze zelf kan gaan exploiteren. Deze bevoegdheid is mede bedoeld voor STW, die zich bezighoudt met technisch en toegepast onderzoek waarvan de resultaten zich vaak lenen voor exploitatie. STW kan hiermee bijvoorbeeld rechthebbende van de octrooien worden die door gefinancierd onderzoek tot stand komen. Zulks moet evenwel in de subsidiebrochure, waarin de randvoorwaarden van elk onderzoeksproject zijn vermeld, worden omschreven. Bovendien moet de overdracht van recht voorafgaand aan de uitvoering van het onderzoek bij contract met de uitvoerende instanties worden geregeld. NWO maakt zelf zelden gebruik van deze bevoegdheid. Zij hecht belang aan de publieke beschikbaarheid van onderzoeksresultaten, niet in de exploitatie ervan. Ze zou de bevoegdheid wel kunnen gebruiken in gevallen waar de IE-bescherming van onderzoeksdata aan het delen en hergebruik in de weg staat. Dan kan NWO zelf de vereiste toestemmingen verlenen. Gelet echter op het feit dat een en ander vooraf moet worden geregeld ligt deze methode niet voor de hand.

In de NWO-Regeling wordt op verschillende plaatsen aandacht besteed aan belangen die zich verzetten tegen de publicatie van onderzoeksdata, inclusief die van private co-financiers. In art. 26 is bepaald dat de publicatie van resultaten kan worden uitgesteld tot 9 maanden na de totstandkoming ervan. Die vertragingmogelijkheid kan worden aangewend om een octrooiaanvraag voor te bereiden. Private co-financiers worden met name genoemd in art. 28, waarin is bepaald dat bijdragen in geld in beginsel geen recht geven op exploitatie, tenzij dat voorafgaand aan het onderzoek schriftelijk wordt overeengekomen en mits de regels over ongeoorloofde staatssteun hierbij niet worden geschonden.⁷⁵ Bij deze exploitatiebevoegdheid wordt echter niet voorzien in een uitzondering op de publicatieplicht. Onderzoeksresultaten mogen dus niet geheim worden gehouden.

3.3 STW-voorwaarden

Op onderzoek dat in het kader van een publiek-private samenwerking mede door STW gefinancierd wordt, zijn ook de STW Algemene financieringsvoorwaarden (versie september 2009) van toepassing (hierna: STW-Voorwaarden). Deze voorwaarden maken deel uit van de publiekrechtelijke besluiten waarmee STW-subsidies verleent.

De STW-Voorwaarden bevatten geen bepalingen die de publicatie van onderzoeksresultaten vereisen. Onder de STW-Voorwaarden bestaat geen plichtom onderzoeksdata te delen en/of voor hergebruik beschikbaar te maken. Er wordt dus geen Open Access-beleid gevoerd, noch voor publicaties, noch voor onderzoeksdata. Indien de NWO-Regeling eveneens van toepassing is, volgt een plicht tot Open Access publiceren daaruit. Wel bevatten de STW-Voorwaarden enkele bepalingen die de mogelijkheid geven om ten gunste van een private financier de mogelijkheden van publicatie van onderzoeksresultaten te beperken. Deze zijn voor dit rapport bijzonder relevant.

De STW-Voorwaarden regelen de geheimhouding, openbaarmaking en 'eigendom' van '(onderzoeks)resultaten'. Resultaten worden in de voorwaarden gedefinieerd als 'alle uitvindingen, uitkomsten, materialen, methodes, processen, producten, programma's, software, vindingen of ontdekkingen die binnen een project worden gegenereerd alsmede de intellectuele eigendomsrechten daarop' (art. 1 lid 21). Onder publicatie wordt de openbaarmaking van resultaten verstaan (art. 1 lid 20). Resultaten zijn ingevolge art. 7 lid 1 gezamenlijk eigendom van STW en onderzoeksinstellingen (universiteiten). Het eigendomsbegrip is hierbij niet uitgewerkt, maar verwijst naar auteurs-, databank-, en octrooirechten en de onpersoonlijke geschriftenbescherming. Onbeschermd data kunnen geen voorwerp van eigendom zijn. Eigendomsrecht kan verwijzen naar de drager van de data (bijvoorbeeld de digitale vastlegging van een dataverzameling). Waarschijnlijk is echter dat bedoeld wordt dat STW en de universiteiten tezamen toegang dienen te hebben tot de data en beschikken over hun verdere toegankelijkmaking, en voor zover van toepassing daartoe eigenaar zijn van de relevante IE-rechten. Dat is niet duidelijk geregeld en de voorwaarden bevatten mogelijk een lacune met betrekking tot de beschikkingsbevoegdheid over onbeschermd data.

⁷⁵ Steunmaatregelen die een voordeel opleveren voor een bepaalde onderneming zijn niet toegestaan als die de concurrentie op de interne markt disproportioneel verstoren.

STW is, tenzij anders werd overeengekomen met de door hen begunstigde onderzoeksinstelling, gemachtigd om namens deze begunstigde afspraken te maken met derden omtrent het overdragen van IE-rechten op onderzoeksresultaten of het verlenen van licenties ten aanzien van IE-rechtelijk beschermde onderzoeksresultaten (art. 8 lid 2 STW Voorwaarden). Dat kan overigens alleen als de rechtsverkrijger (degene die het IE-recht krijgt overgedragen of in licentie krijgt) een marktconforme vergoeding betaalt en een inspanningsverplichting aangaat om de resultaten te commercialiseren, en daarover naar STW te rapporteren. De rechtsverkrijger moet overigens wel toestaan dat de door STW begunstigde onderzoeksinstelling de onderzoeksresultaten mag blijven gebruiken voor niet-commerciële- of onderwijsdoelstellingen

Indien STW aan een derde IE-rechten overdraagt of in licentie geeft, is deze derde dus (al dan niet exclusief) bevoegd – en verplicht – om deze rechten te gebruiken en te exploiteren. Alle IE-rechten kunnen worden overgedragen of gelicentieerd. Dat betekent dat STW aan elke derde de exploitatierechten kan doen toekomen met betrekking tot octrooien, databanken- en auteursrechten op alle onderzoeksresultaten die voortvloeien uit door STW gefinancierd onderzoek. Teneinde het verlenen van licenties van exploitatierechten ten aanzien van onderzoeksresultaten heeft STW een standaardovereenkomst opgesteld.

Deze optionele licentieovereenkomst omvat echter ook het gebruiks- en exploitatierecht op onbeschermde onderzoeksresultaten. Dat betekent dat in voorkomende gevallen dergelijke data ook aan een private partij ter beschikking en gebruik moeten worden gesteld. Omdat op de resultaten geen rechten rusten, is hun gebruik niet exclusief; de private partij kan dus niet met uitsluiting van anderen over de resultaten beschikken. Exclusiviteit kan alleen worden gewaarborgd door middel van geheimhouding, zodat geen ander over de gegevens kan beschikken en de private partij *de facto* over het exclusieve gebruik beschikt. Geheimhoudingsafspraken hebben echter geen derdenwerking, en kunnen daarom ook niet worden ingeroepen tegen een derde die, op welke wijze dan ook, de onbeschermde resultaten in bezit heeft gekregen. Het gebruik is dan vrij.

Private partijen kunnen naast de overdracht of licentiering van IE-rechten op onderzoeksresultaten ook aanspraak maken op geheimhouding van al dan niet IE-rechtelijk beschermde onderzoeksresultaten zoals dat bijvoorbeeld is verwoord in de optieovereenkomst, op basis van het algemeen verbintenisrecht. Door middel van een geheimhoudingsbepaling wordt de reikwijdte van IE-rechten *de facto* uitgebreid tot alle soorten resultaten, zodat het belang van het onderscheid wordt verkleind (doch gelet op het verschil in derdenwerking niet geheel irrelevant wordt). Bovendien staat geheimhouding direct in de weg aan de Open Access-publicatie van onderzoeksresultaten. De STW voorwaarden en optieovereenkomsten bevatten echter diverse bepalingen op grond waarvan publicatie van alle soorten onderzoeksdata (dus ook ruwe data) desalniettemin is toegestaan. Van volledige geheimhouding kan, op grond van de voorwaarden, derhalve geen sprake zijn.

- De geheimhoudingsplicht zoals deze is verwoord in de optieovereenkomst geldt niet onbeperkt. Geheimhouding is alleen geboden voor de duur van het project, tenzij sprake is van een publicatie. Voorgenomen publicaties dienen aan een commissie met daarin vertegenwoordigers van betrokken private partijen te worden voorgelegd, om te bezien of de publicatie onderzoeksresultaten bevat die voor octrooiering in aanmerking komen of anderszins 'utilisatiemogelijkheden' bieden. Indien dat het geval is, kan publicatie tot maximaal 1 jaar worden opgeschort. Deze bepaling is ook van toepassing op publicatie van ruwe onderzoeksdata, bijvoorbeeld plaatsing ervan in een *repository*.
- In de optieovereenkomst wordt expliciet gesteld dat STW en betrokken universiteiten gerechtigd zijn resultaten te publiceren. Dat omvat het delen van onderzoeksdata. In de optieovereenkomst is eveneens bepaald dat voorgenomen publicaties aan betrokken private partijen moeten worden voorgelegd en met het oog op een octrooiaanvraag tot maximaal drie maanden kunnen worden uitgesteld. Nadere voorwaarden zijn niet genoemd. Onduidelijk is bijvoorbeeld of voor de publicatie een vergoeding moet worden betaald aan de optiehouder.

- In de optieovereenkomst is bepaald dat STW en betrokken universiteiten te allen tijde een royaltvrij recht behouden om onderzoeksresultaten te gebruiken voor onderzoek en onderwijs. Onduidelijk is echter wat dit gebruik mag omvatten. Het lijkt reeds te vallen onder het eerdergenoemde publicatierecht, zij het dat voor gebruik voor onderwijs en onderzoek expliciet wordt gesteld dat geen vergoeding is verschuldigd.

3.4 Geheimhoudingsbedingen ten gunste van co-financiers

De subsidieregelingen van NWO en STW bevatten geen bepalingen over geheimhoudingsbedingen waarmee de publicatie van onderzoeksresultaten, onderzoeksdata inclusief, kan worden tegengehouden, bijvoorbeeld ten gunste van een co-financier. In de bepalingen wordt het recht op publicatie juist voorbehouden, zodat geheimhoudingsbedingen onmogelijk lijken te zijn: in beginsel moeten alle onderzoeksresultaten gepubliceerd kunnen worden, onderzoeksdata daarbij inbegrepen. Zodoende lijkt het op grond van de regelingen van NWO en STW mogelijk om altijd een Open Access-beleid ten aanzien van onderzoeksdata te voeren.

In de praktijk kunnen geheimhoudingsbedingen om twee redenen van groot belang zijn. In de eerste plaats kan een onderzoek gebruik maken van data die door een externe partij worden aangeleverd. Die externe partij kan er dan op staan dat de aangeleverde data niet worden gepubliceerd, bijvoorbeeld omdat het persoonsgegevens zijn of omdat de externe partij de data commercieel exploiteert. Dergelijke extern aangeleverde data zijn echter geen onderzoeksresultaten in de zin dat ze door het onderzoeksproces worden gegenereerd. Men kan derhalve beargumenteren dat de bepalingen in de regelingen van NWO en STW omtrent eigendom en publicatie niet van toepassing zijn op data die worden ingekocht of anderszins door een derde worden aangeleverd. In de praktijk kan dit onderscheid echter complex zijn, omdat data van een externe partij kunnen worden ingebracht in een databank met eigen onderzoeksresultaten. Dan kan publicatie van de onderzoeksresultaten niet los worden gezien van publicatie van de extern aangeleverde data. Aan deze problematiek kan in dit rapport echter geen aandacht worden besteed.

In de tweede plaats kunnen geheimhoudingsbedingen worden gebruikt om de bescherming van onderzoeksdata uit te breiden naar domeinen die niet door het intellectuele eigendomsrecht worden bestreken. We hebben gezien dat onderzoeksdata lang niet altijd (optimale) bescherming genieten. In veel gevallen kunnen data min of meer vrij door derden worden gebruikt. Zelfs als het auteurs- of databankenrecht van toepassing is, blijft de feitelijke informatie onbeschermd. Dat kan nadelig zijn voor een commerciële co-financier van een onderzoek, die zijn investering wil terugverdienden door de onderzoeksresultaten, en de onderzoeksdata in het bijzonder, te exploiteren. Het octrooirecht biedt een monopolie op de commerciële exploitatie van een uitvinding. Maar data kunnen ook commercieel interessante 'knowhow' bevatten. Voorzover dergelijke informatie onbeschermd is, kan eenieder die het in handen krijgt de kennis vrij gebruiken. Publicatie van onderzoeksdata betekent derhalve dat anderen dan de co-financier van de kennis gebruik kunnen maken. Alleen met behulp van een geheimhoudingsbeding kan de co-financier zijn concurrentievoordeel behouden. Het behoeft evenwel geen nadere toelichting dat geheimhoudingsbedingen het voeren van een Open Access-beleid voor onderzoeksdata onmogelijk maken.

In uitzonderlijke gevallen kunnen NWO en STW besluiten om van hun subsidieregeling af te wijken. Dan zou een uitzondering kunnen worden gemaakt op de publicatieplicht van NWO of het voorbehoud van publicatierecht van STW. Dat kan echter alleen als deze afwijking van tevoren in de subsidiebrochure is aangekondigd. Zo zou geheimhouding van onderzoeksdata mogelijk zijn. NWO en STW geven aan dat commerciële exploitatie van onderzoeksresultaten doorgaans geschiedt met behulp van octrooien. Dan is geheimhouding enkel vereist voorafgaand aan en gedurende de octrooiaanvraag. Zodra het octrooi is aangevraagd, kunnen de onderzoeksresultaten (inclusief data) vrij worden gepubliceerd. De toepassing van de uitvinding die erin vervat is, wordt immers door het octrooi beschermd. Exploitatie door middel van octrooien (door onderzoeksinstellingen of private partijen) is dus niet in strijd met een Open Access-beleid. De regelingen voorzien in een regeling van uitstel van publicatie met het oog op een octrooiaanvraag.

Inzage in enkele door NWO aangeleverde contracten inzake een publiek-privaat onderzoeksproject (bestaande uit een consortium van onderzoeksinstituten, subsidieverleners en private partijen) leert evenwel dat niet-octrooieerbare *knowhow* soms door geheimhouding kan worden beschermd. Bij het bedoelde project werd in een convenant bepaald dat de participerende partijen tot geheimhouding van alle informatie, gegevens en onderzoeksresultaten die voortkwamen uit het betreffende onderzoeksprogramma verplicht zijn. De geheimhouding was echter beperkt tot 9 maanden en maakte publicatie van onderzoeksresultaten dus niet onmogelijk. Bovendien was ook voorzien in een publicatiemogelijkheid voor de geheimhoudingsperiode. Een voorgenomen publicatie van bijvoorbeeld *knowhow* kon aan een commissie van participanten worden voorgelegd. Deze commissie diende de mogelijkheid van publicatie te toetsen aan de hand van twee criteria. In de eerste plaats kon een voorgenomen publicatie worden tegengehouden indien er een octrooieerbare vinding in besloten lag. In de tweede plaats kon publicatie worden tegengehouden indien er bedrijfsbelangen van participanten door werden geschaad. De commissie behoorde wijziging voor te stellen opdat publicatie alsnog kon plaatsvinden.

Een zeer gedeeltelijke blik op de contractspraktijk laat zien dat zij overeenstemt met de procedures die in de algemene bepalingen zijn voorgeschreven, met dien verstande dat de regelingen alleen voorzien in de mogelijkheid om publicatie tegen te houden met het oog op een octrooiaanvraag; bedrijfsbelangen worden niet expliciet genoemd, maar komen in de contractspraktijk wel voor. In de praktijk lijkt echter geen sprake te zijn van werkelijke bescherming van onderzoeksresultaten (data inbegrepen) door middel van totale en langdurige geheimhouding met het oog op exploitatie. Weliswaar worden in de contracten onbeschermd materiaal zoals *knowhow* en onderzoeksresultaten ter exploitatie overgedragen, maar daarbij blijft de mogelijkheid van publicatie door de onderzoekers bestaan. Als de onderzochte contracten representatief zijn voor de gehele contractspraktijk bij publiek-private onderzoeksfinanciering, dan zal tijdelijke geheimhouding van resultaten geen obstakel voor het delen van onderzoeksdata opleveren, mits de geheimhoudingstermijn voor octrooiaanvragen daadwerkelijk wordt gerespecteerd.

Een kanttekening is echter op zijn plaats. De bestaande regelingen in de subsidiebepalingen en in de onderzochte contractspraktijk dateren van voor het tijdperk van Open Access voor onderzoeksdata. De bestaande regelingen zijn met name ontworpen voor de publicatie van artikelen, het geven van lezingen en andersoortige publicaties van eindresultaten. De vraag is derhalve of ze wel voor toepassing op het delen van onderzoeksdata geschikt zijn. In de eerste plaats is het controleproces door een commissie van participanten niet erg geschikt voor het publiceren (door middel van het uploaden in een *repository*) van grote sets onderzoeksdata. Het is immers een stuk lastiger om voor een grote hoeveelheid ongeduide data te bepalen of publicatie de octrooi- of bedrijfsbelangen schaadt dan voor een artikel of presentatie. Nauwkeurige bestudering en inhoudelijke analyse van alle data is vereist. In de tweede plaats ligt het ook wijzigen of redigeren van onderzoeksdata met het oog op het beschermen van dergelijke belangen minder voor de hand. Het Open Access delen van onderzoeksdata vereist immers dat bestanden integraal en zonder verdere inhoudelijke bewerking worden gedeeld, opdat ze kunnen worden hergebruikt. Daarbij kan niet een deel van de data worden weggelaten omdat het commercieel interessante informatie bevat die een betrokken partij wil exploiteren en daarom geheim wil houden. Een derde probleem is dat onderzoeksdata niet alleen in een repository zullen worden geplaatst, maar ook door andere onderzoekers vrij kunnen worden hergebruikt. Dat maakt het lastig om te voorspellen op wat voor wijze de data in de loop der tijd zullen worden gepubliceerd of gebruikt. Bij deze stand van zaken kan worden verwacht dat vanwege exploitatiebelangen snel zal worden geprotesteerd tegen de publicatie van onderzoeksdata.

3.5 Vergelijking met buitenlandse publieke onderzoeksfinanciers

Om het Open Access-beleid van NWO en STW met betrekking tot onderzoeksdata in breder perspectief te plaatsen, is een korte vergelijking met soortgelijke financieringsinstellingen in het buitenland op zijn plaats. Er is gekozen voor de Engelse Wellcome Trust en de Amerikaanse National Institutes of Health. Beide organisaties richten zich vooral op biomedisch onderzoek en hebben uit dien hoofde dus veel te maken met onderzoeken waarbij grote hoeveelheden data

worden gegenereerd die zich bij uitstek lenen voor delen en hergebruik. Bovendien ligt het in de lijn der verwachting dat bij biomedisch onderzoek vaak wordt samengewerkt met private co-financiers, zodat spanningen tussen exploitatie van onderzoeksresultaten en het Open Access publiceren ervan kunnen optreden.

De Wellcome Trust is een onafhankelijke stichting die zich toelegt op de financiering van medisch onderzoek, waaronder in het bijzonder toegepast onderzoek.⁷⁶ De Wellcome Trust voert een Open Access-beleid dat in de volgende termen wordt gepresenteerd.

'The Wellcome Trust believes that maximising the distribution of [...] papers - by providing free, online access - is the most effective way of ensuring that the research we fund can be accessed, read and built upon. In turn, this will foster a richer research culture. The Wellcome Trust therefore supports unrestricted access to the published output of research as a fundamental part of its charitable mission and a public benefit to be encouraged wherever possible.'⁷⁷

Het Open Access-beleid van de Wellcome Trust is beperkt tot de gepubliceerde, uiteindelijke output van gefinancierd onderzoek. Publicaties die voortvloeien uit geheel of gedeeltelijk door de Trust gefinancierd onderzoek en die zijn geaccepteerd voor publicatie in een *peer-reviewed* tijdschrift moeten binnen 6 maanden in een vrij toegankelijke online databank (PubMed) worden geplaatst. Het publiceren bij een uitgever onder een Open Access-licentie wordt aangemoedigd en waar nodig is extra financiering voor een dergelijke licentie beschikbaar. Publicaties moeten niet alleen vrij te raadplegen zijn, maar moeten bovendien vrij mogen worden gekopieerd en hergebruikt (bijvoorbeeld voor *text of data mining*).⁷⁸

Het Open Access-beleid van de Wellcome Trust is alleen van toepassing op artikelen die in *peer-reviewed* tijdschriften zijn gepubliceerd. Alle andersoortige onderzoeksresultaten vallen er niet onder.⁷⁹ Onderzoeksdata hoeven dus niet onder Open Access-voorwaarden ter beschikking te worden gesteld. Dit verschil met NWO en STW valt wellicht te verklaren met het feit dat het Open Access-beleid van de Wellcome Trust is gebaseerd op de Bethesda Statement on Open Access Publishing.⁸⁰ Deze verklaring, die kort voor de Berlin Declaration tot stand is gekomen, is afkomstig uit de hoek van de biomedische wetenschappen en spitst zich daarop toe.⁸¹ De nadruk in deze verklaring ligt sterk op toegang tot 'primary scientific literature' en geeft dus geen rekenschap van het mogelijke belang van het delen en hergebruiken van onderzoeksdata.

Het beleid van de National Health Institutes is meer op data gericht, al spreekt men daar over 'data sharing' in plaats van Open Access.⁸² De NHI is een overheidsinstelling die subsidies verstrekt voor medisch onderzoek. Zij stelt zich op het standpunt dat 'final research data' gepubliceerd en gedeeld moeten worden, met name als deze een uniek zijn omdat het onderzoek niet eenvoudig gerepliceerd kan worden. Samenvattend wordt in de beleidsstukken van de NHI gesteld dat '*data should be made as widely and freely available as possible while safeguarding the privacy of participants, and protecting confidential and proprietary data*'. 'Final research data' wordt als volgt gedefinieerd:

⁷⁶ Zie de informatie op www.wellcome.ac.uk.

⁷⁷ <http://www.wellcome.ac.uk/About-us/Policy/Policy-and-position-statements/WTD002766.htm> (laatst geraadpleegd 14 maart 2011).

⁷⁸ <http://www.wellcome.ac.uk/About-us/Policy/Policy-and-position-statements/WTD002766.htm> (laatst geraadpleegd 14 maart 2011).

⁷⁹ <http://www.wellcome.ac.uk/About-us/Policy/Policy-and-position-statements/WTD018855.htm> (laatst geraadpleegd 14 maart 2011).

⁸⁰ <http://www.wellcome.ac.uk/About-us/Policy/Policy-and-position-statements/WTD018855.htm> (laatst geraadpleegd 14 maart 2011).

⁸¹ De verklaring is te vinden op <http://www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm>

⁸² Alle informatie is ontleend aan de beleidspagina van de NIH 'NIH Data Sharing Policy and Implementation Guidance' van 5 maart 2003, te vinden op http://grants.nih.gov/grants/policy/data_sharing/data_sharing_guidance.htm (laatst geraadpleegd 21 maart 2011).

'Recorded factual material commonly accepted in the scientific community as necessary to document and support research findings. This does not mean summary statistics or tables; rather, it means the data on which summary statistics and tables are based. For the purposes of this policy, final research data do not include laboratory notebooks, partial datasets, preliminary analyses, drafts of scientific papers, plans for future research, peer review reports, communications with colleagues, or physical objects, such as gels or laboratory specimens'

In de definitie van de NIH bestaan onderzoeksdata vooral uit digitale datasets. Afhankelijk van het soort onderzoek kunnen deze ruwe, onbewerkte data of afgeleide, verrijkte waarden bevatten.

Er geldt geen algemene plicht om alle onderzoeksdata te delen. Gelet op de diversiteit van onderzoekspraktijken en onderzoeksdata wordt zulks onmogelijk geacht. In de beleidsverklaring wordt gesteld dat *'[g]iven the breadth and variety of science that NIH supports, neither the precise content for the data documentation, nor the formatting, presentation, or transport mode for data is stipulated. What is sensible in one field or one study may not work at all for others.'* In plaats van een algemene verplichting om data te delen moet elke aanvraag voor een onderzoek met een subsidiewaarde van meer dan \$500.000 vergezeld gaan van een *data-sharing plan*. Dat geldt ook bij onderzoeksprojecten waarbij geen nieuwe data worden gegenereerd maar bestaande datasets worden bewerkt en gekoppeld. Bij de vaststelling van het plan moet rekening worden gehouden met 'best practices' omtrent het delen van data en de wijze van aanleveren die binnen een bepaalde onderzoeksdiscipline gelden. Deze best practices zullen in door de NIH georganiseerde workshops per discipline worden vastgesteld.

Het *data-sharing plan* wordt door de aanvrager van een subsidie opgesteld. Het is aan de onderzoekers om in dat plan aan te geven welke data gedeeld zullen worden. Ook de bepaling van het moment waarop de data aan anderen beschikbaar worden gesteld is aan de aanvragers, al stelt de NIH dat zulks zo snel mogelijk en in ieder geval niet later dan de publicatie van een artikel over het onderzoek moet gebeuren. Ook de wijze waarop de data worden gedeeld is niet door de NIH vastgelegd. Niet vereist is dat de data op een website of in een data-archief worden geplaatst. De aanvragers mogen ook beslissen dat de data op verzoek aan een andere onderzoeker worden toegezonden. Ook over het aanleveringsformaat en de mee te leveren meta-data moeten door de aanvragers toezeggingen worden gedaan. Deze kunnen vervolgens door de NIH worden geaccepteerd en vormen dan een integraal onderdeel van de subsidiebepalingen.

De plicht om onderzoeksdata te delen, geldt niet onverkort. Aanvragers kunnen in hun *data-sharing plan* beargumenteerd aangeven waarom het delen van de onderzoeksdata niet of slechts gedeeltelijk mogelijk zou zijn. Beperkingen aan het delen van de data kunnen echter wel meewegen bij een besluit om een subsidie al dan niet toe te kennen. Aanvragers kunnen bovendien aangeven dat ze de data alleen onder een bepaalde *data-sharing agreement* beschikbaar willen maken. Een dergelijke overeenkomst beperkt een verkrijger van de gedeelde data in de mogelijkheden om deze verder te gebruiken of te verspreiden. De NIH stelt steeds vast of het *data-sharing plan* voldoet aan haar beleid. Het plan telt niet mee voor de beoordeling van de wetenschappelijke merites van de aanvraag.

Voorts stelt de NIH dat een balans moet worden gevonden tussen het belang om data zoveel mogelijk te verspreiden en de belangen van privacy, vertrouwelijkheid en eigendom. Het is aan de aanvragers om in hierover in hun *data-sharing plan* voorstellen te doen. Met het oog op privacy of vertrouwelijkheid kunnen onderzoeksdata bijvoorbeeld worden geanonimiseerd of slechts onder zeer restrictieve voorwaarden aan anderen ter beschikking worden gesteld (in zogenaamde *data enclaves*), of in het geheel niet worden gedeeld. Bij co-financiering moet volgens de NIH rekening worden gehouden met beperkingen op de ontsluiting van onderzoeksdata. De NIH stelt echter dat uitstel van publicatie tot 30 à 60 dagen doorgaans redelijk zal zijn met het oog op de bescherming van intellectuele eigendomsrechten.

Deze korte vergelijking met enkele belangrijke ontwikkelingen in het buitenland biedt enkele relevante inzichten voor het Open Access-beleid voor onderzoeksdata van NWO en STW. Zo blijkt dat NWO wat dat beleid betreft voorop loopt. Terwijl NWO sinds 2011 een Open Access-beleid voert dat zowel eindresultaten als onderzoeksdata omvat, blijft het beleid van de Wellcome Trust

beperkt tot publicaties in *peer reviewed* tijdschriften. De NIH voert wel een beleid waarbij het delen van onderzoeksdata wordt aangemoedigd, maar hanteert daarbij een grote mate van flexibiliteit. Er worden geen algemene verplichtingen om data te delen opgelegd aan onderzoekers. Subsidieaanvragers zijn vrij om zelf een plan voor het delen van gegenereerde data op te stellen. Dit plan kan dan voor elk onderzoeksproject op zich worden beoordeeld, rekening houdend met alle omstandigheden van het specifieke geval. Dit is in wezen het omgekeerde van de benadering van NWO, waarbij een algemene plicht tot het delen van alle onderzoeksdata geldt, waarvan slechts in specifieke omstandigheden en met inachtneming van procedures kan worden afgeweken. De flexibiliteit van NIH biedt ook voordelen. Onderzoeksprojecten en het soort data dat ze genereren lopen dermate uiteen dat ze zich moeilijk door universele regels laten sturen. Bovendien zijn de standaarden voor het delen van data per discipline verschillend en daarenboven nog volop in ontwikkeling. Door flexibel te zijn, kan NIH bij die ontwikkeling een faciliterende rol spelen. Ook het beheer van eventuele IE-rechten op data kan per geval verschillen, al naar gelang de partijen die bij een onderzoek zijn betrokken. Aanvragers kunnen het beheer van die rechten in hun *data-sharing plan* aangeven. Bovendien biedt het gebruik van zo een plan de mogelijkheid om per geval af te wegen welke rol exploitatiebelangen of privacybelangen mogen spelen. Hierbij geeft de NIH expliciet aan te willen werken aan het ontwikkelen van disciplinespecifieke normen en standaarden door middel van workshops met betrokkenen. Zo kan geleidelijk aan worden gewerkt naar een model van het delen van onderzoeksdata dat voor alle betrokkenen acceptabel is en voldoende rekenschap geeft van de betrokken belangen.

Nadelen van een flexibele omgang met het delen van data zijn er natuurlijk ook. Het beleid van de NIH geeft niet het krachtige signaal dat data gedeeld behoren te worden. De aanpak is terughoudend. In ieder geval zolang er geen disciplinespecifieke standaarden en normen zijn ontwikkeld, zullen veel data ongedeeld blijven. Daarbij valt bovendien te betwijfelen of zulke standaarden en normen snel tot stand zullen komen, nu onderzoekers geen duidelijke prikkel hebben om data te delen.

4 Toepassing op Onderzoeksdata

4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn achtereenvolgens de juridische status van onderzoeksdata en het beleid van NWO en STW en de contractspraktijk onder de loep genomen. Nu kan de juridische toepassing van Open Access-beleid op onderzoeksdata geanalyseerd worden om vervolgens de blik op de toekomst te kunnen richten.

4.2 Onderzoeksdata als onderzoeksresultaten

In figuur 1 is het onderzoeksproces weergegeven als een lineair proces waarbij ruwe, onverwerkte data de input vormen en verwerkt worden tot een eindproduct in de vorm van een wetenschappelijke publicatie of een uitvinding. In dit model begint elk onderzoek dus met ruwe data. In de geesteswetenschappen worden onder onderzoeksdata alle gegevens begrepen die in het kader van wetenschappelijk onderzoek zijn verzameld.⁸³ In de natuurwetenschappen wordt een kwaliteitseis gesteld aan gegevens. Natuurwetenschappers beschouwen een gegeven als 'een element dat relevantie en semantische waarde heeft [...] [M]et gegevens worden kenmerken van personen, zaken, handelingen e.d. uit de werkelijkheid beschreven'.⁸⁴ Een derde methode om data te definiëren treft men aan in de informatiewetenschappen: 'Data zijn 'ruwe'⁸⁵ 'symbolen die een feit of een waarde vertegenwoordigen' bijvoorbeeld verkregen door waarnemingen van de 'toestanden waarin de wereld zich kan bevinden'.⁸⁶

De definities in de natuur- en informatiewetenschappen komen inhoudelijk dus sterk overeen, in die zin dat beide tradities data begrijpen als materie die een zekere betekenisvolle waarde beschrijft. Informatiewetenschappers onderscheiden data van andere vormen van inhoud, zoals informatie, kennis en wijsheid.⁸⁷ Informatie wordt beschreven als 'door mensen met relevantie verrijkte data'.⁸⁸ Empirische waarnemingen en metingen zijn in dit verband dus te kwalificeren als data. Een document dat conclusies verbindt aan en verbanden legt tussen verschillende waargenomen data wordt beschouwd als informatie.

Een strikt onderscheid tussen ruwe data als 'invoer' van een verwerkingsproces en resultaten (informatie) als 'uitvoer' ervan is echter niet vol te houden.⁸⁹ Data zijn niet altijd simpelweg voor handen, maar worden juist ook door onderzoek gegenereerd. In dat geval zijn de onderzoeksdata evengoed aan te merken als onderzoeksresultaten. Ook kan het onderzoek erin bestaan data te classificeren en structureren, zodat ze verrijkt worden. Ook dan kan van onderzoeksresultaten

⁸³ De Cock Buning, Ringnalda en Van der Linden, *De juridische status van ruwe data, een gids voor de onderzoekspraktijk*, Utrecht: SURF 2008.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ R.L. Ackoff, "From Data to Wisdom", *Journal of Applied Systems*, vol. 16, 1989, p. 3-9, geciteerd in: G. Bellinger e.a., *Data, Information, Knowledge and Wisdom*, http://www.dsd.go.th/itrain/km/kboc/DIKUW_KM.pdf (geraadpleegd op 12 januari 2011).

⁸⁶ T. H. Davenport, *Information Ecology*, [...] 1997, p. 8-11.

⁸⁷ Zie Bellinger e.a. hiervoor.

⁸⁸ Davenport 1997, p. 8-11.

⁸⁹ Zie het onderzoeksrapport omtrent Open Access-publicatie van de International Council for Science (ICSU), *Scientific Data and Information*, 2004, via www.icsu.org, p. 14: "'Data' includes, at a minimum: digital observations, scientific monitoring, data from sensors, metadata, model output and scenarios, qualitative or observed behavioral data, visualizations, and statistical data collected for administrative or commercial purposes. Data are generally viewed as input to the research process.

"'Information' generally refers to conclusions obtained from analysis of data and the results of research. But the distinction between them is flexible and will vary according to the situation. Increasingly, the output of research (traditionally viewed as "information") includes data and has become input to other research, rendering the output-input distinction between data and information meaningless.'

worden gesproken. In andere gevallen wordt juist gebruik gemaakt van bestaande data, zodat ze niet zijn aan te merken als onderzoeksresultaten. Een en ander hangt er dus vanaf in hoeverre het onderzoek erop is gericht data te genereren of te verwerken.

Voorbeeld: Het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) stelt zich het verzamelen van onder meer demografische gegevens tot doel. De onderzoeksdata worden gevormd door alle gegevens die bepaalde eigenschappen beschrijven van de Nederlandse bevolking. Deze ruwe onderzoeksdata worden door het CBS gemeten, geanalyseerd en gegroepeerd, resulterend in informatie die als data beschikbaar is voor onderzoekers uit andere disciplines zoals sociologen, geografen of wetenschappers in de geneeskunde. Invoer en uitvoer vallen hier grotendeels samen, en zijn beide aan te merken als onderzoeksdata en onderzoeksresultaten.

Wat in figuur 1 aan de linkerkant is weergegeven, verwijst naar onderzoeksdata die niet tevens onderzoeksresultaten zijn. Dat zijn de (ruwe of verwerkte) data die niet in het kader van het onderzoek zijn gegenereerd. Daarbij kan gedacht worden aan data die zijn ingekocht of overgenomen uit een anderszins beschikbare bron. In het midden van de diagram, waar de twee sferen elkaar overlappen, bevinden zich de onderzoeksdata die als onderzoeksresultaten zijn aan te merken en dus conform het Open Access-beleid gedeeld zouden moeten worden. Geheel rechts bevinden zich de uitkomsten van het onderzoeksproces zoals artikelen en uitvindingen, die buiten het bestek van dit onderzoek vallen.

De grenzen tussen de drie besproken sferen – onderzoeksdata, onderzoeksdata die tevens onderzoeksresultaten zijn, en onderzoeksresultaten die niet meer als louter data zijn aan te merken – zijn in de praktijk niet altijd zo helder te trekken. Het kan voorkomen dat onderzoeksdata uit een externe bron worden overgenomen maar daarna voor het onderzoek verder worden bewerkt. Onduidelijk is of dergelijke bewerkte data als onderzoeksresultaten moeten worden aangemerkt. Enerzijds is de bewerking het resultaat van het onderzoeksproject, terwijl anderzijds de data zelf niet binnen het project zijn gegenereerd.

4.3 Het beleid van NWO en STW met betrekking tot onderzoeksdata

De Berlin Declaration vereist expliciet dat alle resultaten van publiek gefinancierd onderzoek, inclusief ruwe onderzoeksdata, vrij aan het publiek ter beschikking worden gesteld. Dit beleid wordt nader uitgewerkt in de subsidiebepalingen van NWO en STW, die in Tabel 1 zijn samengevat. De NWO-Regeling bevat een verplichting om alle onderzoeksresultaten voor het publiek en voor hergebruik in wetenschappelijk onderzoek ter beschikking te stellen. Daaronder vallen ook onderzoeksdata, voor zover ze zijn gegenereerd in het onderzoeksproject. Deze moeten dan op een door NWO te bepalen wijze worden gedeeld. Vooralnog vereist NWO alleen bij onderzoeksprojecten in de sfeer van de maatschappij- en gedragswetenschappen dat databanken in de online repository van DANS worden opgenomen. Onderzoeksresultaten moeten na hun totstandkoming worden gedeeld, maar met het oog op een octrooiaanvraag kan dit tot 9 maanden worden uitgesteld. NWO kan nakoming afdwingen doordat 20% van de subsidiesom pas na afloop van het onderzoeksproject en als aan alle voorwaarden is voldaan, wordt uitgekeerd. Bij onderzoek dat door STW wordt gefinancierd bestaat die handhavingsmogelijkheid echter niet, omdat daar wordt uitgekeerd op declaratiebasis. Bij STW is niet zeker of er een plicht geldt om onderzoeksdata te publiceren. Die staat niet opgenomen in de STW-Voorwaarden. In ieder geval bevatten de STW-Voorwaarden nergens een grondslag voor de geheimhouding van onderzoeksdata; publicatierechten worden altijd voorbehouden, ook als private partijen de onderzoeksresultaten mogen exploiteren.

Hierbij moet worden vermeld dat het Open Access-beleid enkel ziet op onderzoeksresultaten: datgeen wat aan informatie binnen een onderzoek wordt gegenereerd, kan onder Open Access-vereisten komen te vallen. Die vereisten zijn dus niet van toepassing op onderzoeksdata die niet tevens onderzoeksresultaten zijn. Data die door derden worden geleverd, vallen dus niet onder Open Access-verplichtingen omdat ze niet zijn aan te merken als onderzoeksresultaten. Bij NWO bestaat de mogelijkheid om bij een subsidieaanvraag aan te geven dat gebruik zal worden gemaakt

van data die door derden worden geleverd. In voorkomende gevallen kan dan worden afgeweken van de publicatieplicht van die overgenomen data.

Tot slot zij opgemerkt dat de subsidiebepalingen van NWO en STW geen bedingen bevatten omtrent afspraken over de geheimhouding van onderzoeksresultaten (*non-disclosure* clausules). In alle gevallen beschikken onderzoekers en NWO en STW over de mogelijkheid om onderzoeksresultaten, dus inclusief onderzoeksdata, te publiceren. Aan niemand wordt het recht toegekend om publicatie tegen te houden. Van de subsidiebepalingen kan evenwel worden afgeweken. Dat moet dan in de subsidiebrochure of subsidieaanvraag worden aangegeven en vooraf worden geregeld, zodat de afwijkende regeling kan worden opgenomen in het subsidiebesluit. In het vorige hoofdstuk is al gebleken dat daadwerkelijke geheimhoudingsbedingen in de praktijk niet blijken voor te komen.

	Onderzoeksresultaten		
	Onbeschermde onderzoeksdata	Auteurs- en databankrechten	Octrooien
NWO-Regeling	<ul style="list-style-type: none"> - Resultaten moeten publiek toegankelijk zijn binnen 9 maanden na totstandkoming - Databanken moeten voor hergebruik ter beschikking staan - 'Eigendom' kan door NWO geclaimd worden - Uitstel van publicatie mogelijk 	<ul style="list-style-type: none"> - Resultaten moeten publiek toegankelijk zijn binnen 9 maanden na totstandkoming - Beschermde databanken moeten voor hergebruik ter beschikking staan - NWO is medeproducent van beschermde databank - Eigendom kan door NWO geclaimd worden - -Uitstel van publicatie mogelijk - Publicaties onder OA voorwaarden 	<ul style="list-style-type: none"> - NWO kan eigendom claimen
STW-Voorwaarden	<ul style="list-style-type: none"> - Gezamenlijke 'eigendom' STW en universiteit - Optie op licentie t.b.v. private partij mogelijk, maar publicatierecht voorbehouden - Uitstel van publicatie mogelijk 	<ul style="list-style-type: none"> - Gezamenlijke eigendom STW en universiteit - Optie op licentie t.b.v. private partij mogelijk, maar publicatierecht voorbehouden - Uitstel van publicatie mogelijk 	<ul style="list-style-type: none"> - Gezamenlijk eigendom STW en universiteit - Private partij kan optie op licentie krijgen

Tabel 1: Samenvatting van het beleid van NWO en STW m.b.t. onderzoeksdata

4.4 IE-Rechten op onderzoeksdata

Om onderzoeksdata te kunnen en delen en te kunnen hergebruiken is toestemming van rechthebbenden nodig. Dat is eigenlijk alleen het geval voor data die zijn beschermd door het auteurs- en databankenrecht en de onpersoonlijke geschriftenbescherming. Dat is niet altijd het geval. Maar omdat toepassing van de criteria voor bescherming niet altijd eenvoudig is, wordt aanbevolen om de toestemming voor verveelvoudiging en openbaarmaking, opvraging en hergebruik altijd te regelen. De NWO-Regeling bevat de voorwaarde dat publicatie van onderzoeksdata onder Open Access-voorwaarden moet geschieden. Bovendien staat in de regeling dat de rechthebbende of producent toestemming verleent voor handelingen waarmee de kennisoverdracht van de data wordt bevorderd. Daarmee wordt inderdaad bewerkstelligd dat beschermde onderzoeksdata conform het Open Access-beleid beschikbaar kunnen worden gesteld. De toestemmingsverlening is echter niet nader uitgewerkt.

Bij de voorwaarden van STW wordt geen melding gemaakt van een plicht om onderzoeksresultaten, data inclusief, te delen en voor hergebruik beschikbaar te maken. Daarom wordt ook niets geregeld over de vereiste toestemmingen.

Een probleem bij het regelen van toestemmingen is dat de relevante rechten op de data ook bij een andere partij dan de onderzoekers of uitvoerende kennisinstellingen kunnen berusten. Die partij is niet noodzakelijk gebonden aan de subsidiebepalingen en is dus ook niet gebonden toestemming te verlenen voor het delen en hergebruiken van de data. Wanneer er een private co-financier is betrokken, kan deze uit hoofde van de wet bijvoorbeeld worden aangemerkt als auteursrechthebbende of producent van een databank, onverminderd andersluidende subsidiebepalingen. In deze gevallen kunnen NWO en STW er niet goed voor zorgen dat onderzoeksdata daadwerkelijk met de vereiste toestemmingen worden gedeeld. NWO beschikt wel over de mogelijkheid om medewerking af te dwingen door een deel van het subsidiebedrag niet uit te keren. STW heeft die mogelijkheid niet, omdat ze als gezegd op declaratiebasis uitkeert.

4.5 Geheimhoudingsbedingen

De juridische bescherming van onderzoeksdata kan contractueel worden uitgebreid. Waar bij een onderzoek derden zijn betrokken, bijvoorbeeld in de hoedanigheid van co-financiers of dataleveranciers, kunnen afspraken omtrent de geheimhouding van beschermde en onbeschermde onderzoeksdata worden gemaakt. Dat betekent dat de onderzoeksdata niet mogen worden gepubliceerd of voor hergebruik mogen worden afgegeven. Toepassing van Open Access-beleid is dan niet mogelijk zonder schending van de contractuele afspraken. Contractuele geheimhoudingsbedingen vormen de sterkste soort denkbare bescherming en leggen aanzienlijk zwaardere beperkingen op dan bescherming door het intellectuele eigendomsrecht. Terwijl intellectuele eigendomsrechten geen informatie beschermen (men mag de informatie die in een werk is vervat vrij overnemen in een eigen vorm en hergebruiken), verbieden geheimhoudingsbedingen dat informatie met anderen wordt gedeeld. Op die wijze kan informatie dus gemonopoliseerd worden.

De subsidiebepalingen van NWO en STW bieden in beginsel geen ruimte voor dergelijke *non-disclosure* clausules. Overall wordt gestipuleerd dat onderzoeksresultaten, onderzoeksdata daaronder begrepen, moeten kunnen worden gepubliceerd. Waar licenties aan derden worden verleend, wordt het recht op publicatie expliciet voorbehouden. Onze korte blik op de contractspraktijk laat zien dat het publicatierecht van onderzoeksresultaten bij publiek-private projecten wordt voorbehouden ten gunste van de onderzoekers. Er is wel sprake van geheimhouding, maar deze is in duur beperkt. Bovendien is voorzien in procedures waarmee eerdere publicatie van onderzoeksresultaten na goedkeuring door de participanten mogelijk is. Weliswaar vindt overdracht van *knowhow* plaats, maar niet op een wijze die wetenschappelijke publicatie van de onderliggende data uitsluit.

Geheimhouding van onderzoeksresultaten kan gewenst zijn met het oog op hun exploitatie door een private co-financier. Voor succesvolle exploitatie is exclusiviteit geboden. Momenteel voorzien de regelingen van NWO en STW enkel in exploitatie door middel van octrooien. Met het oog op een octrooiaanvraag kan publicatie worden opgeschort. Het Open Access-beleid wordt daarmee niet geschaad. Publicatie van onderzoeksdata blijft immers mogelijk, zij het dat tijdelijk uitstel is vereist. De data die aan de aanvraag ten grondslag liggen, moeten zelfs in de openbare aanvraag ontsloten worden.

In exploitatie van andersoortige onderzoeksresultaten, zoals databanken of onoctrooieerbare kennis (*knowhow*), is niet voorzien. Hierbij moet echter worden opgemerkt dat dergelijke exploitatie doorgaans zal vergen dat de onderzoeksdata gedurende de exploitatietermijn niet worden ontsloten. Exploitatie vereist dat enkel de exploitant over de data kan beschikken. Indien de data vrij ter beschikking staan, kunnen anderen daar hun voordeel mee doen. Dat geldt zowel voor onbeschermde als voor beschermde data. Bescherming van onderzoeksdata ziet immers alleen op de vorm van data; hun toepassing is hoe dan ook vrij. Evenmin kan toegang tot

onderzoeksdata (bijvoorbeeld een databank) worden verkocht indien de data tevens onder Open Access-voorwaarden gratis ter beschikking worden gesteld. Exploitatie anders dan door middel van octrooien staat dus op gespannen voet met het Open Access-beleid. Het zou vereisen dat de data gemonopoliseerd moeten kunnen worden. Zoals gezegd lijkt zulke exploitatie niet voor te komen. Het is echter van belang om te benadrukken dat Open Access van onderzoeksdata met zich meebrengt dat exploitatie van die data anders dan door middel van octrooien niet langer goed mogelijk zal zijn. Hoewel ook nu geen geheimhouding plaatsvindt, kunnen veel private partijen toch over een grote mate van feitelijke exclusiviteit beschikken, omdat data thans niet op grote schaal worden gedeeld. Die feitelijke situatie zal veranderen nu NWO een Open Access-beleid voor data heeft geïmplementeerd. Daarmee wordt het voor private partijen steeds lastiger om niet-octrooieerbare kennis te exploiteren.

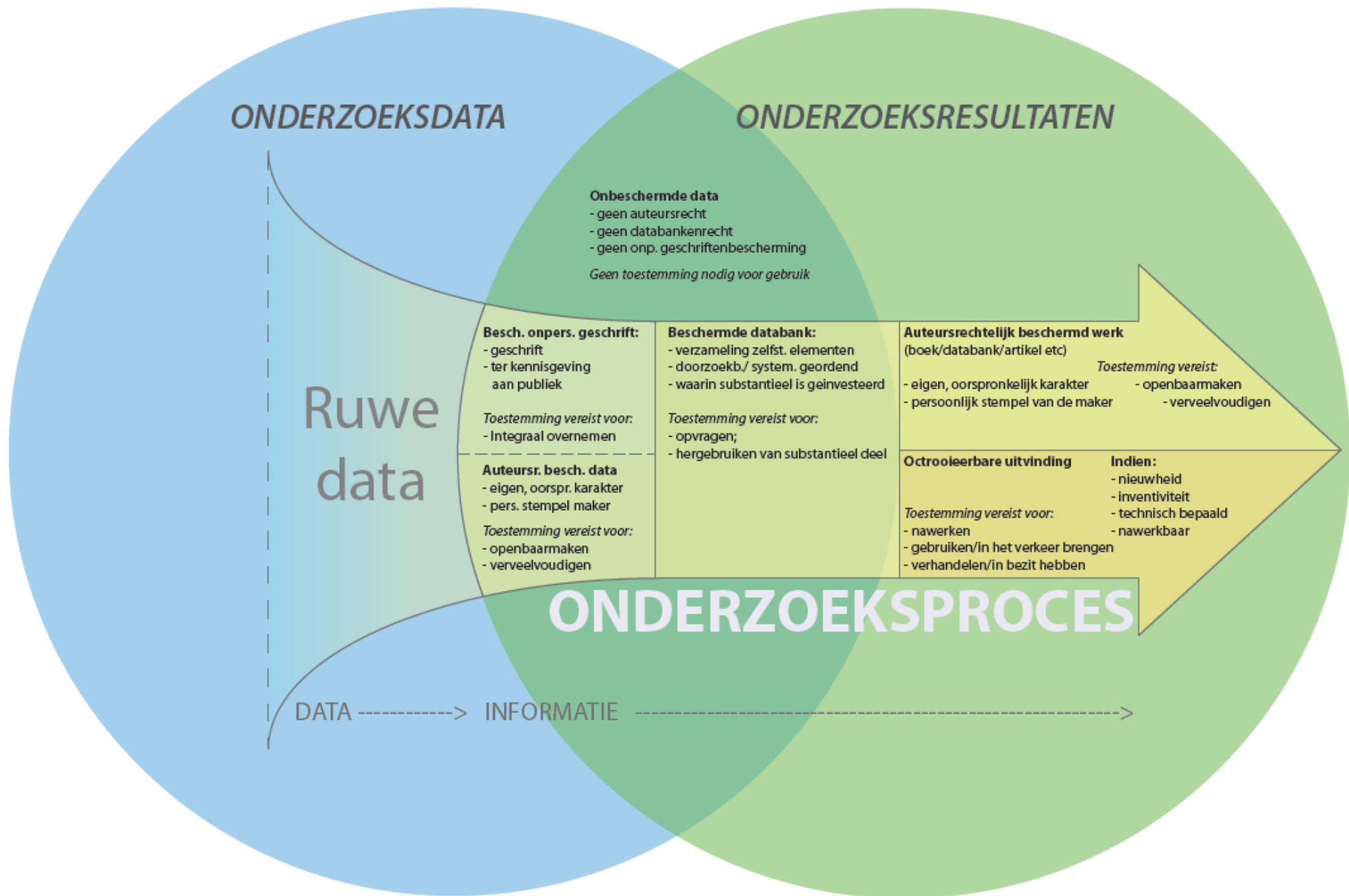
4.6 Door derden aangeleverde onderzoeksdata

Geheimhouding raakt ook aan de status van onderzoeksdata die geen onderzoeksresultaten zijn, maar worden overgenomen uit bestaande bronnen. Deze bevinden zich in figuur 1 aan de linkerkant. Omdat deze niet door het onderzoek zijn gegenereerd en daardoor niet als onderzoeksresultaten zijn aan te merken, is het Open Access-beleid in beginsel niet van toepassing. De grens tussen overgenomen en gegenereerde data vervaagt echter zodra overgenomen data in het kader van het onderzoek worden verwerkt of worden vermengd met eigen gegevens. Dan kan het voorkomen dat externe data toch onder het Open Access-beleid vallen en derhalve moeten worden openbaar gemaakt.

Toepassing van het Open Access-beleid kan botsen met de belangen van de leveranciers van de data. In de eerste plaats kunnen de geleverde data vertrouwelijke of concurrentiegevoelige informatie bevatten. Het risico dat deze informatie in de openbaarheid komt, kan leveranciers ervan weerhouden gegevens voor onderzoek ter beschikking te stellen.

In de tweede plaats kunnen geleverde data persoonsgegevens zijn, zodat de Wet Bescherming Persoonsgegevens van toepassing is. De uitwisseling van persoonsgegevens is in het kader van wetenschappelijk onderzoek toegestaan, mits er voldoende maatregelen worden getroffen dat de gegevens niet verder worden verspreid.⁹⁰ Die maatregelen kunnen bestaan in het maken van geheimhoudingsafspraken. In dit geval staat de wet dus aan toepassing van Open Access-beleid op onderzoeksdata in de weg.

⁹⁰ Art. 9 lid 3 Wet Bescherming Persoonsgegevens.



Afbeelding 1: Weergave van de gehanteerde begrippen, uitgezet als onderzoeksproces

5 Het gebruik van licenties voor de publicatie van onderzoeksdata

5.1 Inleiding

In het voorgaande is gebleken dat er voldoende grond is om aan te nemen dat de verplichting om onderzoeksresultaten Open Access te publiceren breed kan worden geïnterpreteerd. Dat wil zeggen dat de publicatieplicht ook geldt voor allerhande onderzoeksdata (ruw of verwerkt) die in het kader van een onderzoeksproject worden gegenereerd. Tegelijk is aangetoond dat onderzoeksdata in bepaalde gevallen door het auteurs- en databankenrecht en de onpersoonlijke geschriftenbescherming kunnen zijn beschermd. Waar bescherming van toepassing is, is toestemming van de rechthebbende vereist om het materiaal te kunnen delen. De *repository* of website waarop de data beschikbaar worden gemaakt, moet toestemming hebben om de beschermde data openbaar te maken. Iedere afnemer van de data moet bovendien toestemming hebben om de data te kunnen hergebruiken (d.w.z. de data te kopiëren, bewerken en zelf opnieuw te publiceren). Ook al zal de bescherming van onderzoeksresultaten, zoals betoogd, beperkt zijn, dan nog is het verstandig om dergelijke toestemming goed te regelen. Zo voorkomt men problemen indien achteraf wordt geclaimd dat de data een zekere bescherming genieten. Er is dus behoefte aan een zogenaamde *veegnetregeling* waarmee eventuele IE-rechten die aan delen en hergebruik in de weg staan worden weggenomen.

De NWO-Regeling bevat een bepaling op grond waarvan rechthebbenden en producenten toestemming verlenen om hun data te delen en hergebruiken. Hoe die toestemming wordt verleend en wat ze omvat, is niet omschreven. De toestemming van de rechthebbende wordt verleend door middel van een licentie. Een licentie dient twee doelen. Enerzijds verleent de rechthebbende toestemming aan derden om een werk dat door auteurs- of databankenrecht is beschermd op een nader bepaalde wijze te gebruiken. Zo krijgt de *repository* toestemming om de beschermde onderzoeksdata openbaar te maken. Maar ook afnemers van de data moeten toestemming krijgen voor hergebruik. Dat verschaft zekerheid over de toelaatbaarheid van het gebruik als later blijkt dat het materiaal beschermd is. Anderzijds kan een licentie ook voorwaarden bevatten waaraan een gebruiker zich moet houden bij hergebruik van het betreffende materiaal. Op die wijze kan een licentie beperkingen opleggen aan het hergebruik. Om deze doelen te bereiken, zouden NWO en STW in hun regelingen de rechthebbenden kunnen verplichten om een geschikte licentie te verlenen.

Licenties zijn onmisbaar bij het Open Access publiceren van beschermde onderzoeksresultaten. Er wordt dan ook veelvuldig gewerkt met standaardlicenties, waarvan de Creative Commons-licenties het bekendste voorbeeld zijn. Standaardlicenties hebben als voordeel dat de rechthebbende op voorhand aangeeft voor welk soort gebruik hij wel en niet toestemming verleent. Een gebruiker weet dan waar hij aan toe is zonder contact met de rechthebbende op te nemen. De voorwaarden worden bovendien door middel van heldere bewoording en eenvoudige symbolen kenbaar gemaakt. Zolang de gebruiker zich aan de voorwaarden van de licentie houdt, schendt hij de intellectuele eigendomsrechten die op de onderzoeksresultaten rusten niet.

Dergelijke standaardlicenties zijn echter ontwikkeld voor onderzoeksresultaten die evident door het auteursrecht zijn beschermd, zoals boeken en artikelen. Ook bestaan er standaardlicenties voor auteurs- en databankrechtelijk beschermde databanken. Hierboven is echter aangetoond dat de te publiceren onderzoeksdata niet altijd door het auteurs- of databankenrecht beschermd worden. Dat roept de vraag op of bestaande standaardlicenties geschikt zijn voor gebruik bij het Open Access publiceren van onderzoeksdata.

5.2 Eisen aan standaardlicenties bij Open Access publiceren

Voordat kan worden ingegaan op de geschiktheid van standaardlicenties voor onderzoeksdata moet een selectie van standaardlicenties worden gemaakt. Het belangrijkste criterium voor deze selectie is zijn de eisen die het Open Access-beleid zelf aan publicatie stelt. Bovendien zouden de licenties niet gebonden moeten zijn aan een bepaald rechtstelsel. Vanwege de te verwachten internationale uitwisseling van onderzoeksdata is internationale toepasbaarheid een vereiste.⁹¹ Tot slot is dit onderzoek beperkt tot een selectie van de meest voorkomende standaardlicenties.⁹² De licenties van de Creative Commons en Open Data Commons zullen worden besproken.

Het Open Access-beleid vereist dat onderzoeksresultaten worden gepubliceerd en voor hergebruik in nieuw wetenschappelijk onderzoek ter beschikking worden gesteld. Daaruit volgt dat in de eerste plaats dat in de licentie moet worden opgenomen dat een derde het werk mag kopiëren. Ten tweede moet in de licentie waarschijnlijk worden toegestaan dat de onderzoeksdata mogen worden bewerkt. Zonder de mogelijkheid tot bewerking zal hergebruik voor nieuw onderzoek worden bemoeilijkt. De data kunnen anders alleen in hun oorspronkelijke vorm worden hergebruikt, maar bijvoorbeeld niet worden gewijzigd of aangevuld, of opgenomen in een ander databestand. Afhankelijk van het soort data (met name indien het een beschermde selectie of structuur van gegevens betreft) kan dat de mogelijkheid van hergebruik aanzienlijk inperken. Anderzijds kan het verbieden van bewerking gezien worden als een instrument om de integriteit van een gegevensverzameling te waarborgen. Wijzigingen kunnen er toe leiden dat data verkeerd geïnterpreteerd worden, en sommige onderzoekers zouden er derhalve de voorkeur aan kunnen geven om bewerking niet toe te staan.

De meeste standaardlicenties kennen nog een aantal mogelijkheden, waarvan onzeker is of ze gehanteerd moeten worden bij Open Access-publicatie. Het eerste belangrijke punt betreft het recht op verdere openbaarmaking. Met een licentie kan een gebruiker toestemming worden verleend om het betreffende werk zelf openbaar te maken – bijvoorbeeld door het aan anderen ter beschikking te stellen of in een publicatie op te nemen – maar die mogelijkheid kan ook worden uitgesloten. In het laatste geval mag een gebruiker de beschermde onderzoeksdata wel kopiëren en in een eigen onderzoeksproces verwerken, maar ze daarbij niet op een of andere wijze naar buiten brengen. Dat kan problematisch zijn. Om allerlei redenen kan van de gebruiker worden geëist dat hij de hergebruikte gegevens, waarop hij een nieuw onderzoek heeft gebaseerd, openbaar maakt. Zulks kan bij publicatie in een wetenschappelijk tijdschrift worden geëist. Ook kan het zijn dat de gebruiker zelf, als gesubsidieerd onderzoeker, verplicht is om zijn onderzoeksdata te delen conform Open Access-beleid. Het verbieden om hergebruikte data verder openbaar te maken kan met name een probleem worden als de hergebruikte data samengevoegd worden met nieuwe of andere data. Een verbod zou dan betekenen dat de samengestelde onderzoeksdata niet openbaar mogen worden gemaakt.

Een andere, veel gehanteerde licentievoorwaarde is de zogenaamde attributie, wat inhoudt dat een gebruiker bij verder gebruik steeds de bron van de hergebruikte onderzoeksdata moet vermelden. Dat lijkt een voor de hand liggende voorwaarde, en ze is ook gebruikelijk bij veel van de hieronder te bespreken standaardlicenties. Bij het Open Access publiceren van onderzoeksdata levert de voorwaarde echter mogelijke problemen op indien de data worden overgenomen in en vermengd met nieuwe data. Iedere keer dat een dergelijke samenstelling wordt gemaakt, zal moeten worden aangegeven wat de bron van de verschillende data is. Dat wordt lastiger naarmate datasets vaker vermengd worden en de hergebruikte data niet meer apart zijn aan te wijzen. Dit probleem van 'gestapelde attributie' kan derhalve worden gezien als een administratieve belemmering. Een en

⁹¹ Het voert in het kader van dit onderzoek te ver om in te gaan op de details van internationaal contracteren en licentiëren. Voor zover het potentieel beschermde onderzoeksresultaten betreft, kan worden opgemerkt dat de beschermingscriteria en regels omtrent het gebruik van beschermde werken grotendeels worden beheerst door het recht van het land waar het werk wordt gebruikt. Bij publicatie op het internet wordt doorgaans aangenomen dat het recht van het land waar het werk toegankelijk is, van toepassing is (en dat zal veelal dus het recht van meerdere landen zijn). Ook de toelaatbaarheid van bepaalde afspraken over de exploitatie van auteurs- of databankrechten kunnen per land verschillen.

⁹² De selectie is gebaseerd op Alex Ball, XXX

ander hangt natuurlijk af van de wijze waarop attributie moet plaatsvinden. Attributie kan ook geschieden door bij een nieuwe set onderzoeksgegevens simpelweg te verwijzen naar de gebruikte bronnen, zonder specifiek aan te geven welke data uit welke bron afkomstig zijn.

5.3 Geschikte standaardlicenties bij Open Access publiceren

Aan deze vereisten voldoen op het eerste gezicht de licenties van de Creative Commons en de Open Data Commons. Deze zijn bedoeld voor het online delen van beschermd materiaal en derhalve toegesneden op internationale toepassing. Beide initiatieven sluiten bovendien goed aan bij de Open Access-beweging.

Zowel de Creative Commons als de Open Data Commons komen in een aantal modaliteiten voor, waarbij een combinatie van beperkingen aan de afnemer van gelicentieerde werken kan worden opgelegd. Een aantal beperkingen zijn uit de aard der zaak niet verenigbaar met een Open Access-beleid. Het uitsluiten van de mogelijkheid om derivatieve werken te maken, kan als gezegd significante restricties opleggen aan het hergebruik van de data. Ook het vereisen van attributie kan een administratieve last opleveren, met name als de licentie erg specifiek is over de wijze van attributie (hetgeen bij de Open Data Commons het geval is). De Creative Commons licenties bieden tot slot de mogelijkheid om alleen niet-commercieel gebruik toe te staan. Dat betekent dat onderzoeksdata niet mogen worden hergebruikt met een winstogmerk. Of een dergelijke inperking opportuun is, is een kwestie van beleid.

De Creative Commons Attribution (CC BY) en Attribution Share Alike (CC BY SA) komen in aanmerking voor het Open Access delen van onderzoeksdata. De eerste licentie staat verveelvoudiging en bewerking toe, mits bij derivatieve werken (bewerkingen) de oorspronkelijke bron wordt vermeld. De wijze waarop die vermelding moet geschieden is niet nader geregeld. De tweede licentie heeft hetzelfde effect, maar bepaalt dat bewerkingen van de gedeelde data onder dezelfde licentie verder moeten worden gedeeld. Beide licenties hebben echter als nadeel dat ze geschreven zijn voor teksten en audiovisueel materiaal, en niet zijn toegespitst op onderzoeksdata. Ze houden daarom geen rekening met de diverse wijze waarop onderzoeksdata beschermd kunnen zijn – door auteurs- of databankenrecht – en welke aspecten van de vorm van de data dan precies zijn beschermd – vastlegging, structuur of selectie.

Door de Open Data Commons zijn een aantal licenties ontwikkeld die specifiek zien op onderzoeksdata die door het auteurs- en databankenrecht zijn beschermd. Hiervan komen de Attribution Licence (ODC-By) en de Open Database Licence (ODC-ODbL) in aanmerking. Met de eerste krijgen afnemers toestemming om een databank te verveelvoudigen, verder te verspreiden en te bewerken. De tweede variant heeft identieke effecten maar stipuleert daarnaast dat derivatieve werken onder dezelfde of een soortgelijke licentie moeten worden verspreid. Tezamen met een van deze licenties kan de Database Contents Licence (ODC-DbCL) worden gebruikt om toestemming te geven voor hergebruik van de eventuele auteursrechtelijk beschermde inhoud van de gedeelde databank. Het nadeel van deze licenties is dat ze zijn toegespitst op auteursrechtelijk en databankrechtelijk beschermde databanken. Daardoor zijn ze minder geschikt voor andersoortige onderzoeksdata, zoals tekst en audiovisueel materiaal.

Er lijken vooralsnog geen licenties voorhanden te zijn die zich lenen voor alle soorten onderzoeksdata tegelijk. Dat is het gevolg van de veelzijdigheid van onderzoeksdata en de diverse regimes die dientengevolge van toepassing kunnen zijn. Tot op zekere hoogte kan dat probleem worden opgelost door altijd zowel de Creative Commons-licentie als de Open Data Commons-licentie te hanteren. Ook dat is echter geen ideale oplossing. Beide licenties verschillen inhoudelijk, en door ze gelijktijdig toe te passen wordt onduidelijk aan welke voorwaarden een gebruiker zich in concrete gevallen moet houden.

5.4 Een alternatieve benadering: gedragscodes

Er kan behoefte bestaan om het hergebruik van gedeelde onderzoeksdata aan voorwaarden te onderwerpen. Adequate attributie en beperkte mogelijkheden tot wijziging zijn daar voorbeelden van. Licenties bieden de mogelijkheid om voorwaarden op te leggen, maar zijn geen geschikt instrument. Omdat ze zijn gekoppeld aan het intellectuele eigendomsrecht zijn ze niet geschikt voor onbeschermd data. Bovendien zijn licentievoorwaarden inflexibel. Ze worden op voorhand bepaald en in algemene termen vastgelegd. Derhalve kunnen ze belangrijke obstakels vormen bij het hergebruik van onderzoeksdata. Het vereisen van attributie en het beperken van de mogelijkheden tot wijziging maken het lastig om gedeelde data in nieuw onderzoek te gebruiken. In de loop der jaren kan de omvang van dat probleem alleen maar toenemen, omdat mogelijkheden van hergebruik veranderen terwijl eenmaal afgegeven licenties statisch zijn. Wijziging van de voorwaarden voor onderzoeksdata die zich op enig moment reeds in een repository bevinden is dan alleen mogelijk indien alle rechthebbenden weer worden opgezocht en hen om een nieuwe, herziene licentie wordt gevraagd. Een gedragscode kan daarentegen zonder instemming van de rechthebbenden worden aangepast, ook met terugwerkende kracht voor onderzoeksdata die al in de repository zijn opgenomen. De rechthebbenden hebben immers afstand gedaan van hun eventuele aanspraken op intellectuele eigendomsrechten.

De voorwaarden waaronder gedeelde onderzoeksdata kunnen worden hergebruikt, zijn vooral een kwestie van wetenschappelijke integriteit en academische normen. In verschillende Open Access-beleidsstukken wordt opgemerkt dat dergelijke standaarden geen kwestie van intellectueel eigendomsrecht zijn en dus ook niet door middel van licenties moeten worden geregeld. Veeleer zou men moeten werken met gedragscodes waarmee wetenschappers moeten instemmen bij het overnemen van gedeelde data. In een gedragscode kunnen open, flexibele normen omtrent bijvoorbeeld de wijze van attributie en mogelijkheden en methoden van hergebruik en wijziging worden opgenomen. Deze normen kunnen veel beter worden afgestemd op de verwachtingen en standaarden die in de academische gemeenschap leven dan het intellectuele eigendomsrecht. Bovendien kan een gedragscode ook normen bevatten over zaken die geen deel uitmaken van het intellectuele eigendomsrecht maar wel zeer relevant zijn voor het delen en hergebruiken van onderzoeksdata. Daarbij valt te denken aan de bescherming van persoonsgegevens en ongeoorloofde mededeling (bijvoorbeeld het gebruiken van eens anders ontdekkingen voor eigen gewin). Tot slot heeft een gedragscode als voordeel dat de toepassing niet afhangt van juridische complexiteiten zoals het onderscheid tussen beschermd data en vrije inhoud en beschermd data en onbeschermd data. Gedragscodes lijken dus een meer geëigend instrument voor het Open Access delen van onderzoeksdata dan licenties. Het gebruik van gedragscodes vereist echter wel dat de onderzoeksdata op zich vrij mogen worden gebruikt. Rechthebbenden moeten dus geheel afstand doen van hun intellectuele eigendomsrechten en de onderzoeksdata in het publieke domein plaatsen. Dat kan door gebruik te maken van standaardlicenties. Voor het auteursrecht bestaat de CC0-licentie, waarmee afstand wordt gedaan van aanspraak op alle eventuele auteursrechten die op een werk rusten. Voor databanken bestaat de Open Data Commons Public Domain Dedication (ODC-PDDC). Door beide toe te passen op onderzoeksdata kan hun gebruik geheel door middel van gedragscodes worden gereguleerd. Overigens bevat laatstgenoemde licentie al een eigen gedragscode, die mogelijk niet aansluit bij de gewenste standaarden. Aanpassing van de beschikbare licenties om volledig afstand te doen van auteurs- en databankrechten is wellicht vereist.

Het gebruik van gedragscodes in plaats van licenties roept wel de vraag op naar het publiek waarmee onderzoeksdata worden gedeeld. Een gedragscode leent zich voor het delen in wetenschappelijke kringen. Maar als de data in bredere kringen worden gedeeld, is een gedifferentieerd beleid wellicht geïndiceerd. Daarbij kan bijvoorbeeld worden onderscheiden tussen commercieel en wetenschappelijk hergebruik.

6 Aanbevelingen

Op grond van de bovenstaande bevindingen en analyses komen wij tot een aantal aanbevelingen waarmee NWO en STW een Open Access-beleid voor onderzoeksdata verder kunnen verbeteren. Hierbij geldt het ideaal van de Berlin Declaration steeds als uitgangspunt: onderzoeksdata die het resultaat zijn van publiek gefinancierd of gefinancierd wetenschappelijk onderzoek moeten vrij beschikbaar zijn (bijvoorbeeld in online repositories of via de websites van wetenschappelijke tijdschriften) en moeten door afnemers vrij hergebruikt kunnen worden voor verder wetenschappelijk onderzoek. De subsidiebepalingen van NWO bevatten al een plicht om data te delen, en die van STW werpen daartegen in ieder geval geen belemmering op. Wij signaleren echter een aantal punten die nadere overweging verdienen.

1. Verhelder het toepassingsbereik van de subsidiebepalingen

De subsidiebepalingen van NWO en STW voorzien al in de publicatie van alle onderzoeksresultaten van gesubsidieerd onderzoek. De regeling van NWO bepaalt dat onderzoeksresultaten conform de Open Access-gedachte publiek beschikbaar moeten zijn. In een regeling voor databanken is reeds voorzien. Voor andersoortige data bestaat echter geen plicht om ze feitelijk ter beschikking te stellen. Faciliteiten daarvoor zijn nog in ontwikkeling.

In deze bepalingen worden onderzoeksdata echter niet expliciet vermeld. Hoewel onderzoeksdata natuurlijk ook een soort onderzoeksresultaat zijn, zou duidelijke vermelding de rechtszekerheid ten goede komen. Dat zorgt voor heldere communicatie naar onderzoekers die een subsidie ontvangen. Bovendien kan dan een definitie worden ontwikkeld waarmee duidelijk wordt wat voor soort onderzoeksdata moeten worden gedeeld (de primaire of de verwerkte, alleen meet- en observatiegegevens of ook notities en logboeken, etc.). Bovendien maakt expliciete vermelding van onderzoeksdata het mogelijk dat de regeling voor het delen van onderzoeksdata wordt onderscheiden van de regeling voor het delen van eindresultaten zoals wetenschappelijke artikelen. Zoals uit de hiernavolgende aanbevelingen zal blijken, vergt Open Access-beleid voor onderzoeksdata een regeling op maat.

2. Voorkom dat intellectuele eigendomsrechten een obstakel voor het delen van onderzoeksdata kunnen vormen

Onderzoeksdata zijn niet altijd door intellectuele eigendomsrechten beschermd. De informatie zelf geniet geen bescherming, maar de vorm waarin ze gegoten is kan wel beschermd zijn. Dat betekent dat die vorm niet zonder toestemming van de rechthebbende mag worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt. Indien bescherming door het auteursrecht, databankenrecht of de bescherming van onpersoonlijke geschriften van toepassing is, kan een Open Access-beleid dus niet zonder toestemming van de rechthebbende worden toegepast. Omdat de criteria voor bescherming door het auteurs- en databankenrecht onduidelijk zijn en omdat de onpersoonlijke geschriftenbescherming in veel gevallen bescherming biedt (zij het in zeer beperkte mate), is het verstandig om altijd toestemming van de rechthebbende voor het delen en hergebruik van onderzoeksdata te regelen.

NWO en STW kunnen de vereiste toestemmingen in hun subsidiebepalingen afdwingen. Het verdient aanbeveling om in de subsidiebepalingen duidelijker te bedingen dat de rechthebbende (de onderzoeker of de kennisinstelling) alle toestemming verleent die vereist is voor het Open Access delen van onderzoeksdata. Dat betekent dat zowel aan de repository (voor het openbaar maken van de data) als een afnemer van de data (voor het verveelvoudigen, wijzigen en opnieuw publiceren ervan) toestemming wordt verleend. Indien deze toestemming in de subsidiebepalingen goed wordt geregeld, vormt het intellectuele eigendomsrecht geen obstakel voor het voeren van een Open Access-beleid. De rechthebbenden behoeven dan geen expliciete toestemming (meer) te verlenen, maar doen dit door de aanvaarding van de subsidiebepalingen.

3. Gebruik gedragscodes in plaats van standaardlicenties

Met de opkomst van informatieverspreiding via internet is ook het gebruik van standaardlicenties gebruikelijk geworden. Door een auteurs- of databankrechtelijk beschermd werk van een standaardlicentie te voorzien, verleent de rechthebbende bij voorbaat aan iedere potentiële gebruiker toestemming om het werk onder bepaalde voorwaarden te gebruiken. Indien iemand het werk wil gebruiken, hoeft hij geen contact met de rechthebbende op te nemen; de toestemming is immers reeds verleend in een licentie die als het ware aan het werk is gehecht. De standaardlicenties die door de Creative Commons zijn ontwikkeld, zijn het bekendste voorbeeld en worden veel gebruikt voor werken die op het internet worden verspreid.

Dergelijke standaardlicenties zijn echter vooralsnog niet bij uitstek geschikt om de toestemming die voor het delen en hergebruiken van beschermde onderzoeksdata is vereist, te regelen. In de eerste plaats zijn de beschikbare standaardlicenties ontwikkeld voor werken die evident beschermd zijn, zoals artikelen en databanken. In de tweede plaats ontberen standaardlicenties de flexibiliteit die nodig kan zijn voor het delen en hergebruiken van onderzoeksdata.

Het gebruik van gedragscodes in plaats van standaardlicenties wordt daarom aanbevolen. Daartoe zouden eventuele rechthebbenden afstand kunnen doen van alle eventuele auteursrechten (inclusief onpersoonlijke geschriftenbescherming) en databankrechten die op de onderzoeksdata rusten. Dat kan bijvoorbeeld bewerkstelligd worden door in de eerste plaats gebruik te maken van een Creative Commons 'CC0' licentie. Hiermee worden eventuele auteurs- en databankrechtelijke belemmeringen voor het delen en hergebruiken van onderzoeksdata weggenomen.

Het delen en hergebruiken van de data kan vervolgens door middel van gedragscodes gereguleerd worden. In de gedragscode kan bijvoorbeeld worden bepaald op welke wijze de bron van hergebruikte data dient te worden vermeld, welk soort hergebruik (commercieel of niet-commercieel) is toegestaan, onder welke voorwaarden een afnemer de data verder mag verspreiden, en voor welke handelingen de afnemer persoonlijk contact moet opnemen met de onderzoeker die de data heeft geleverd. Het soort normen dat in de code kan worden opgenomen en de wijze waarop ze op flexibele doch duidelijke wijze vorm dienen te krijgen, verdient nader onderzoek.

In de praktijk zal regulering door middel van gedragscodes betekenen dat de *repositories* waarin de onderzoeksdata worden aangeboden, een centrale rol krijgen toebedeeld. De *repository* kan het gebruik van de data reguleren door een gedragscode op te stellen. Iedere gebruiker van de repository die data wil downloaden moet deze code als bindend aanvaarden. Dan geldt de gedragscode als contract tussen de *repository* en de gebruiker, zodat de laatste tot nakoming is verplicht en op schending van de normen in rechte kan worden aangesproken.

Men zou kunnen stellen dat het doen van afstand van auteurs- en databankrechten een grote stap is en ertoe leidt dat waardevol bezit wordt weggegeven. Dat is echter niet het geval. Indien data al beschermd zijn door auteurs- of databankrechten is alleen de vorm, of een bepaald aspect daarvan, beschermd. Het waardevolle in de data – de informatie die erin is vervat – geniet geen bescherming. Zodra de data aan het publiek ter beschikking worden gesteld, kan die informatie vrij worden gebruikt, ongeacht of het auteurs- of databankenrecht van toepassing zijn en ongeacht aan wie de eventuele rechten toekomen. Alleen het octrooirecht is vanuit commercieel oogpunt interessant, maar vormt geen obstakel bij het delen en hergebruiken van onderzoeksdata zodra het octrooi is aangevraagd.

4. Voorkom feitelijke monopolies op informatie

Het wegnemen van de obstakels die het auteurs- en databankenrecht (inclusief de onpersoonlijke geschriftenbescherming) bij het delen en hergebruiken van onderzoeksdata kunnen vormen, is nog niet voldoende om volledige Open Access van onderzoeksdata te garanderen. De data moeten immers ook daadwerkelijk beschikbaar worden gesteld, bijvoorbeeld door ze te uploaden in een *repository*. De subsidiebepalingen van NWO en STW bevatten op het moment nog geen duidelijke plicht om dit ook daadwerkelijk te doen, behalve voor databanken.

Voorts moet in de regelingen worden geanticipeerd op het gevaar van feitelijke informatiemonopolies. Omdat onderzoeksdata commercieel of anderszins interessante informatie kan bevatten die niet op enige wijze door intellectuele eigendomsrechten is beschermd, kunnen onderzoekers en kennisinstellingen er de voorkeur aan geven hun onderzoeksdata geheim te houden of slechts onder de voorwaarde van geheimhouding aan anderen ter inzage te geven. Ook kunnen private co-financiers geheimhouding van de onderzoeksdata bedingen, zodat ze de informatie commercieel kunnen exploiteren. Dat betekent dat dergelijke informatie in feite wordt gemonopoliseerd. Hoewel de informatie tot het publieke domein behoort en niet op enige wijze juridisch beschermd is, wordt zij door geheimhouding aan het publieke domein onttrokken. Het delen en hergebruiken van de onderzoeksdata conform het Open Access-ideaal wordt dan feitelijk onmogelijk gemaakt.

NWO en STW kunnen dergelijke feitelijke informatiemonopolies voorkomen door geheimhouding in hun subsidiebepalingen te verbieden en onderzoekers en kennisinstellingen te verplichten hun onderzoeksdata te delen en vrij voor hergebruik ter beschikking te stellen. Commerciële belangen kunnen met behulp van octrooien worden beschermd. Het octrooirecht staat niet aan het delen van onderzoeksdata in de weg, maar vereist slechts dat de data gedurende de octrooiaanvraag geheim worden gehouden. Of andere (commerciële) belangen die niet door het octrooirecht worden beschermd ook een plaats dienen te krijgen, verdient nader onderzoek. In de voorgestelde gedragscode kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat gedeelde onderzoeksdata niet voor commerciële doelen mogen worden gebruikt, zodat de onderzoeksinstantie waar de data zijn gegenereerd het 'alleenrecht' op commerciële exploitatie behoudt. Ook zou kunnen worden bepaald dat de afnemers van gedeelde data deze niet zonder meer voor een eigen publicatie mogen gebruiken. De mogelijkheden van dergelijke voorwaarden en de restricties die het oplegt aan de mogelijkheden van hergebruik van data moeten echter verder worden verkend.

Tot slot moet worden opgemerkt dat geheimhoudingsbedingen in sommige gevallen onvermijdelijk zijn. Persoonsgegevens kunnen onder de Wet Bescherming Persoonsgegevens onder voorwaarden worden uitgewisseld voor gebruik in wetenschappelijk onderzoek. Daarbij moet de leverancier van de persoonsgegevens echter maatregelen nemen om te waarborgen dat de ontvanger de gegevens alleen voor wetenschappelijke doeleinden zal gebruiken en niet verder zal verspreiden. Die maatregelen kunnen bestaan uit geheimhoudingsafspraken die met de ontvanger worden gemaakt. In dit geval verplicht de wet dus tot geheimhouding omwille van de bescherming van privacy.

5. Regel de positie van private co-financiers

Publiek-private samenwerking, met name de co-financiering van onderzoek, neemt een bijzondere plaats in en verdient derhalve afzonderlijke regeling. Daarbij moet onderscheiden worden tussen de situatie waarin een externe partij data aanlevert, en de situatie waarbij een co-financier de onderzoeksdata die resultaat zijn van het onderzoek commercieel wil exploiteren. In beide situaties is de huidige regeling van de juridische status van onderzoeksdata niet helemaal helder.

In sommige onderzoeksprojecten wordt gebruik gemaakt van data die bij een externe partij worden gekocht of anderszins door een externe partij worden aangeleverd. De leverancier van de data kan er dan belang bij hebben dat deze data niet verder openbaar worden gemaakt en eventuele rechten die erop rusten niet worden overgedragen. In de huidige regeling van NWO en STW is echter niet uitgemaakt of dergelijke extern aangeleverde data ook als onderzoeksresultaat zijn aan te merken en derhalve onder enige publicatieplicht vallen. Over deze kwestie zou beleid kunnen worden gevormd. NWO en STW zouden kunnen besluiten of extern aangeleverde data ook onder het Open Access-beleid kunnen vallen, en kunnen daarover duidelijkheid verschaffen in hun subsidiebepalingen. Als alternatief kan de regeling van de publicatie van extern aangeleverde onderzoeksdata in voorkomende gevallen in een aanvullende overeenkomst worden geregeld, zodat kan worden ingespeeld op de specifieke omstandigheden van het geval. Wel is het van belang om een algemeen beleidsstandpunt in te nemen en kenbaar te maken, zodat leveranciers van data in algemene zin weten waar ze aan toe zijn.

De tweede situatie ziet op gevallen waarin een private partij als co-financier optreedt en de onderzoeksresultaten (inclusief onderzoeksdata) die door het onderzoeksproject worden

gegenereerd commercieel wil exploiteren. Deze situatie komt met name bij technisch onderzoek dat door STW wordt gefinancierd regelmatig voor. De Open Access-gedachte dat de resultaten van publiek gefinancierd onderzoek publiekelijk ter beschikking moeten worden gesteld, gaat hier maar ten dele op. Het onderzoek is immers niet louter met publieke middelen gefinancierd. Derhalve kan een spanning ontstaan tussen het belang van Open Access voor onderzoeksdata en het belang om samen te kunnen werken met private financiers.

Voor zover de commerciële belangen van private partijen bestaan uit de exploitatie van octrooien, is geen sprake van een daadwerkelijk conflict met het Open Access-ideaal. Octrooibeschermt staat niet aan publicatie van onderzoeksdata in de weg. Wel moeten de onderzoeksdata voorafgaand aan de octrooiaanvraag geheim worden gehouden. NWO en STW hanteren thans regelingen waarbij iedere voorgenomen publicatie gedurende een bepaalde geheimhoudingsperiode aan een commissie van participerende partijen moet worden voorgelegd om te bezien of de publicatie octrooieerbare uitvindingen bevat en daarom moet worden uitgesteld. Met die regeling kan aan de belangen van zowel de private financiers als de onderzoekers tegemoet worden gekomen. Het valt te betwijfelen of de regeling ook geschikt is voor de publicatie van grote hoeveelheden onderzoeksdata. Het is immers niet eenvoudig om een dergelijke grote en ongeduide hoeveelheid informatie op octrooieerbare uitvindingen te doorzoeken. Nader onderzoek is nodig om een regeling te ontwikkelen waarmee onderzoeksdata conform de Open Access-standaard kunnen worden gepubliceerd terwijl ook de octrooibelangen van private financiers worden gerespecteerd.

De belangen van private financiers kunnen ook nopen tot geheimhouding van onderzoeksdata. Waar de data geen octrooieerbare uitvinding maar wel commercieel interessante *knowhow* bevatten, kan het commerciële belang van de co-financier alleen worden gewaarborgd door het creëren van een feitelijk informatiemonopolie. Dan kan niet worden voldaan aan het Open Access-ideaal, althans niet gedurende de periode waarin de private partij de resultaten exclusief wil kunnen exploiteren. NWO en STW zouden moeten besluiten of het commerciële belang bij geheimhouding gerespecteerd moet worden door een uitzondering te maken op het Open Access-beginsel dat onderzoeksdata moeten worden gedeeld. Daarbij kan ook gedacht worden aan geheimhouding van beperkte duur, zodat de data na verloop van de exploitatietermijn alsnog gedeeld kunnen worden. Het is in ieder geval van belang om een beleidsmatig standpunt wordt ingenomen opdat duidelijkheid jegens potentiële co-financiers kan worden verschaft.