

Geadresseerde Dhr. E. Wiebes, minister
Adres Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag

Betreft: Internetconsultatie Wet Markt en Overheid
Datum: 27 oktober 2017

Samenvatting

De huidige Wet Markt en Overheid heeft een onbedoeld, onvoorzien en ook zeer ongewenst neveneffect: het werpt aanzienlijke procedurele drempels op bij maatschappelijk wenselijke gratis beschikkingstelling en daaruit voortvloeiend breed gebruik van zowel software als onderwijsmateriaal. Het gaat hierbij om software en onderwijsmateriaal waarvan de rechten bij overheden liggen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de totstandkoming door eigen medewerkers is mogelijk gemaakt, of in zijn geheel met publiek geld is gefinancierd. Waar volgens de evaluatie van de WMO de algemeenbelanguitzondering in een aantal gevallen weinig specifiek gehanteerd zou worden, is in het geval van open source en open content (en mogelijk andere uitingsvormen van 'open' middelen) de beschreven procedure onoverkomelijk zwaar. Door de voor het gewenste maatschappelijk hergebruik noodzakelijke open licentievorm zou herziening na een periode van vijf jaar niet eens mogelijk zijn. Open source licenties zijn namelijk - eenmaal uitgegeven - niet terug te trekken.

De wet is gericht op producten en diensten die concurreren. De wet is niet ontworpen met het oog op dit soort kleinschalige "prijzloze" artefacten (die veelal voorkomen op het niveau van individuele medewerkers en kleine teams) die gratis ter beschikking worden gesteld. Het bestaan van de wet heeft onvoorziene juridische doorwerking die in het geheel niet in het **maatschappelijk belang** is. De voorgestelde aanscherping van de algemeenbelangvaststelling zou dit nog verergeren.

In deze reactie op de internetconsultatie over de WMO wordt er daarom voor gepleit om in de toekomstige herziene versie van deze wet naast de bestaande uitzonderingsgevallen een categorische uitzondering te maken voor software en onderwijsmateriaal - tenminste wanneer deze gratis worden vrijgegeven onder een open licentie, zodat eenieder er onbeperkt en zonder verdere vergoeding voor welke doelstelling dan ook vrij gebruik van kan maken.

Inhoud van de reactie

De huidige en voorgestelde WMO vertoont onvoorziene juridische interferentie² met de wenselijke verdere benutting van open source en open onderwijsmateriaal binnen de Nederlandse overheid en ver daarbuiten. Voor intern gebruik tot stand gekomen onderwijsmateriaal en de broncode van alle software die met publieke middelen is vervaardigd zouden - in het algemeen belang – middels een *categoriale uitzondering buiten de werking van de WMO* moeten vallen. Op die manier is er immers geen kunstmatig organisatorisch hinderniscircuit dat afgelegd moet worden, en zou de samenleving maximaal en onverwijd kunnen profiteren van de gemaakte investeringen en inspanningen. Het 'vrijgeven' onder een open licentie staat anders in geen verhouding tot de bureaucratische last die er op dit moment aan vast zit.

'Open source' software (ook wel vrije software of FOSS genoemd, en hierna kortweg aangeduidt met 'open source') heeft als uitgangspunt van beleid al vele jaren bij gelijke geschiktheid de voorkeur binnen de Nederlandse publieke sector. In 2007 beschreef het toenmalige bureau OSOSS het fenomeen open source software als volgt³:

De idee achter open source software is dat de gebruiker van de software verschillende vrijheden geniet bij het toepassen van de software. Waar softwarelicenties gewoonlijk de rechten van de gebruiker beperken ten opzichte van de auteurswet, schenken open source licenties de gebruiker juist extra rechten. De belangrijkste vrijheden die open source software biedt zijn de volgende:

² <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2017/07/05/onderzoek-open-source-software>

³ https://www.piano.nl/sites/default/files/documents/documents/Verwerven_van__open_source__software_-_tekstf-1_0.pdf

- I. De gebruiker mag de software vrij en onbeperkt gebruiken
- II. De gebruiker mag de broncode inzien
- III. De gebruiker mag de broncode verbeteren en aanvullen
- IV. De gebruiker mag de broncode distribueren

Er ligt een duidelijke, bij herhaling expliciet uitgesproken wens van de Tweede Kamer om structureel in te zetten op open source als instrument om de verstoorde ICT-markt meer in evenwicht te brengen en de samenleving "optimaal te laten profiteren van de mogelijkheden die software biedt". Al in 2002 verzocht de Tweede Kamer unaniem de regering "actief de verspreiding en ontwikkeling van software met een open broncode (open source software) in de publieke sector te stimuleren en hiervoor concrete en ambitieuze doelstellingen te formuleren".⁴

Open source is een belangrijke manier om ICT binnen de publieke sector efficiënter, betaalbaarder, veiliger en transparanter te maken:

- Het onder open licentie publiceren van eigen broncode en broncode van materiaal dat in opdracht is gebouwd, versterkt de eigen positie van de betrokken overheden: alle marktspelers beschikken op hetzelfde moment beschikken over alle historische broncode waardoor iedereen een gericht aanbod kan maken.
- Overheden kunnen op ieder moment de beste uitvoerder zoeken voor hun eigen behoeftes, code van elders hergebruiken en krijgen daarnaast inkomende bijdragen van externe partijen die hun code voor andere doelen gebruiken.
- Ook migratie van de ene oplossing naar de andere wordt eenvoudiger wanneer alle broncode als open source beschikbaar is. Zo krijgen publieke instellingen toegang tot 'best-of-breed'-oplossingen, in plaats van insluiting bij vaste leveranciers (lock-in).
- Ook ontstaat internationale samenwerking, zoals bijvoorbeeld via het Europese OSOR. Open

⁴ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-28600-XIII-30.html>

source is buiten de publieke sector van onomstreden maatschappelijk en economisch nut.

- En het stimuleert de economie. Het stelt letterlijk iedereen in staat om zonder enige vorm van toestemming onder gelijke voorwaarden voort te bouwen op (bruikbare onderdelen van) bestaande software. Dit wordt wel incrementele, permissievrije innovatie genoemd.

Het waar mogelijk vrijgeven van de broncode van door overheden ontwikkelde software (binnen welk toepassingsdomein dan ook) onder een open licentie is dan ook zeer wenselijk.

Het gebruik van *open onderwijsmateriaal* (zg. Open Educational Resources) is al evenzeer een langlopend aandachtspunt vanuit het onderwijsveld zelf en vanuit het ministerie van OC&W en organisaties als de Onderwijsraad. Het gaat hier in dit geval om onderwijsmateriaal dat *niet* binnen onderwijsinstellingen ontstaat, daarvoor geldt immers reeds een algemenere uitzondering in de WMO. Het gaat om voor onderwijs bruikbaar materiaal (in welke vorm dan ook) dat voor intern gebruik binnen bijvoorbeeld Rijkswaterstaat is gemaakt, maar dat onder een open licentie elders in de samenleving eveneens bruikbaar is – integraal of in onderdelen ervan. Een voorbeeld zou een HBO-opleiding zijn die veel ingenieurs levert aan Rijkswaterstaat, maar het kan evenzeer een onderwijsinstelling in Bangladesh zijn waar een vertaalde versie relevante kennis voor onderwijs ontsluit – waarbij de hergebruiker het materiaal kan en mag aanpassen en 'vertalen' voor de eigen doelstellingen en context.

De eerdere argumentatie zoals hierboven gemaakt voor open source software geldt dus een op een voor het beschikbaar stellen van onderwijsmateriaal in brede zin: ook hier is gratis beschikbaarstelling en breed hergebruik in ieders belang. De samenleving in de meest brede (internationale) zin heeft op dit moment veel behoefte aan goed open onderwijsmateriaal, en de ambitie zou moeten zijn om relevant en kwalitatief hoogstaand materiaal dat binnen (of in opdracht van) overheden met publieke middelen is vervaardigd voor intern gebruik integraal beschikbaar te maken voor burgers, ondernemingen en maatschappelijk middenveld. Een open licentie is daarbij maatschappelijk gezien het meest wenselijk.

Vrijgeven' houdt niet meer in dan dat een kopie van de broncode van een bestaande toepassing waarvan een overheid de rechten bezit ergens (tijdelijk) publiek ter beschikking wordt gesteld, met erin opgenomen een licentie die stelt dat het eenieder toegestaan is om er wijzigen in aan te brengen en om ook daarvan weer onbeperkt kopieën te verspreiden. Het staat iedereen vervolgens vrij om dat te doen, en om de broncode of het onderwijsmateriaal te bewerken en zelfstandig te distribueren naar gelang de eigen wens. Dit verdere gebruik (onbeperkt en zonder enige vorm van toetsing) staat echter principieel los van de betreffende overheidsinstantie. Voor de gemiddelde juridische leek is het niet eens duidelijk waarom dit onder economisch handelen zou vallen, omdat – zo wordt geredeneerd – er eigenlijk geen sprake van actief handelen. Het gaat niet om actief verspreiden (dat doen de hergebruikers zelf) maar om het toelaten dat er een kopie gemaakt wordt van iets zodat hergebruik kan plaatsvinden.

Met de huidige WMO is deze op zich technisch triviale handeling van openbaarmaking onder een open licentie (die nog geen minuut werk hoeft te kosten, en zelfs volledig automatisch zou kunnen plaatsvinden) een complex, kostbaar en tijdrovend proces. De vaststelling van het 'algemeen belang' heeft immers het karakter van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb'). Dat

betekent dat de voorbereiding van dit besluit conform de beginselen en regels van de Awb moet geschieden, waarbij zorgvuldigheid en de aanwezigheid van een deugdelijke motivering vereist zijn. Het betekent ook dat belanghebbenden (lees: potentiële belanghebbenden binnen de huidige verstoorde marktverhoudingen) inspraak kunnen hebben in de besluitvormingsprocedure, en dat nadien ook bezwaar en beroep tegen het genomen besluit openstaat. Naast de zorgvuldigheid en de deugdelijke motivering zijn er nog enkele procedurele punten die in acht moeten worden genomen bij het besluit tot algemeenbelangvaststelling.

Omdat er geen reële waarde toegekend kan worden aan het laten maken van een gratis kopie van voor iedereen eveneens gratis beschikbare broncode of onderwijsmateriaal, zal de toetsing hiervan vooraf noodgedwongen in hoge mate abstract zijn. Dat betekent dat de beoordeling ver van de betrokken organisatie en context zal staan, en de behandeling van alle open source software en van open onderwijsmaterialen feitelijk - qua proces en uitkomst - vrijwel identiek zal zijn. Daarbij zal telkens dezelfde vaste set met vaste afwegingen (transparantie, door steeds andere actoren worden doorlopen. De uitkomst is dan ook voorspelbaar steeds dezelfde: een algemeenbelanguitzondering.

Ondanks die wetenschap vooraf moet voor iedere toepassing desondanks op dit moment apart een zwaar procedureel traject doorlopen worden. Dit zou in versterkte mate gelden in de voorgestelde nieuwe situatie. Dit werkt (zo moge duidelijk zijn) ontmoedigend en bovendien sterk vertragend. Het kan ook even zo gemakkelijk tot afstel of een intern ontmoedigingsbeleid leiden. De bureaucratische procedure die nu al gevolgd moet worden is een onnodig struikelblok. De ermee gemoeide tijd en kosten kunnen er uit praktische overwegingen bij organisaties en individuen toe leiden dat de beoogde vrijgave onder een open licentie niet zal plaatsvinden. Het is wrang dat deze last met name neerkomt juist bij individuele ambtenaren en bij de overheden die op de meest wenselijke manier gevolg geven aan hun politiek-maatschappelijke opdracht in deze.

Het onder handen nemen van de WMO is een belangrijke kans om dit ongelukkige probleem te repareren. Het biedt de gelegenheid om een categorische uitzondering te maken voor zowel software en onderwijsmateriaal die onder een open licentie beschikbaar worden gemaakt. Dat is in het algemeen belang, en zorgt voor minder verspilling van publieke middelen en menselijke motivatie via onnodige procedures. Iedereen (zowel individuele burgers, maar ook ondernemingen, maatschappelijke instellingen en publieke instellingen) krijgt in het geval van het automatisch vrijgeven onder een open source-licentie onder dezelfde gunstige voorwaarden complete toegang tot de volledige broncode van de vrijgegeven toepassing. Analoog daarin kan in het geval van onderwijsmateriaal eenieder het materiaal voor eigen gebruik aanpassen en met anderen delen.

Er is dus op geen enkele manier sprake zijn van oneerlijke concurrentie: zowel broncode als onderwijsmaterialen worden aan eenieder die dat wil zonder enige vorm van discriminatie aangeboden. Hiervoor mag door ondernemers een vergoeding gevraagd worden wanneer ze waarde kunnen toevoegen, maar de gebruiker heeft altijd de mogelijkheid om zelf het heft in handen te nemen wanneer dat niet het geval is. Dat geeft in alle gevallen een positieve marktbrede kwaliteitsimpuls en maakt ongelimiteerd hergebruik in wat voor vorm (ook van specifieke onderdelen) in andere (onder dezelfde gunstige voorwaarden beschikbare) toepassingen mogelijk. Op die manier draagt het bij aan het ontstaan

van een eerlijke speelveld waarin kleine en grote leveranciers gelijkwaardig zijn.

De last die WMO veroorzaakt voor publieke instellingen die werken met open source software en met open onderwijsmaterialen kan niet redelijkerwijs de bedoeling geweest van de WMO, maar de gevolgen zijn reëel en ongewenst. Door het creëren van een vaste uitzondering voor open source software en open onderwijsmaterialen zou daarom beter aan de **intentie** van de wet WMO worden voldaan dan nu het geval is - met daarnaast potentieel zeer gunstige gevolgen voor bedrijfsleven, maatschappelijk middenveld, mede-overheden (en andere publieke instellingen) en individuele burgers. De door de (huidige en voorgestelde) WMO opgeworpen ongewenste bureaucratische lastenverzwaring zou daardoor verdwijnen. Zonder een dergelijke uitzondering is de herziening van de WMO zoals voorgesteld geen goed idee. We hebben er als samenleving niets aan wanneer relevant en hoogwaardig onderwijsmateriaal en goed herbruikbare open source software ongebruikt op de planken zou blijven liggen. Herziening van de voorgestelde nieuwe WMO op dit punt alvorens de inwerkingtreding is een duidelijke voorwaarde om de ongewenste neveneffecten van de huidige WMO als instrument voor de samenleving – waar ICT en onderwijs zeer belangrijke drijvers van innovatie zijn – te neutraliseren. Doel moet zijn om zoveel mogelijk geschikte materialen onder een open licentie vrij te laten komen. Dat is in ieders belang.