

Markt en overheid: hoe zit het nu eigenlijk?

Het afgelopen decennium is discussie ontstaan over in hoeverre de overheid haar geo-informatie mag of kan vermarkten. De commercialiseringdiscussie gaat om de vraag wanneer de overheid de markt mag betreden en aan welke spelregels zij zich dan moet houden. Een overheid verricht in principe een marktactiviteit als zij goederen of diensten, al dan niet gratis, aanbiedt op de markt. Gebeurt dit in het kader van de publieke taak dan mag de overheid zelf bepalen hoe ze dit doet (uitbesteden of zelfdoen). Als dit niet onder de publieke taak valt dan zijn er spelregels waaraan de overheid zich moet houden. In dit artikel schetsen wij enkele algemene juridische kaders en in het bijzonder de situatie rond drie overheidsinstanties.

Spelregels bij het betreden van de markt

Regels Markt & Overheid

Het rapport "Markt en Overheid" van de werkgroep Cohen vormt sinds 1997 de basis van het beleid omtrent de commercialisering van overheidsgegevens. Het beleid inzake "Markt en Overheid" bepaalt dat als overheidsinstellingen in of naast hun taak commerciële activiteiten verrichten, zij zich in eenzelfde concurrentiepositie moeten bevinden als private ondernemingen op die markt. Het gaat dan om het creëren van een gelijk speelveld voor zowel publieke als private partijen. Dit betekent ook dat iedereen onder dezelfde voorwaarden toegang tot basisinformatie moet krijgen, dat overheidsorganen geen speciale fiscale behandeling krijgen, dat er geen subsidie voor marktactiviteiten mag worden uitgekeerd, en dat alle kosten van arbeids-, vermogens- en productiemiddelen van de marktactiviteiten alsmede een voor de vennootschapsbelasting en de omzetbelasting op de markt gebruikelijk bedrag vermeerderd met een winsttopslag moeten worden verrekend in de prijs.

Dit beleid is ook neergelegd in de "Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst". Deze worden gehanteerd als regels voor toetreding tot een markt door een rijksdienst en voor het gedrag op de markt. Deze gelden alleen voor Rijksdiensten inclusief agentschappen, maar exclusief zelfstandige bestuursorganen, lagere overheden en private organisaties.

Rijksoverheden mogen verder marktactiviteiten verrichten indien het verrichten van deze activiteiten is opgedragen bij of krachtens de wet, bijvoorbeeld de Kadasterwet, of voortvloeit uit internationale verplichtingen. Ook mogen marktactiviteiten worden verricht indien deze onlosmakelijk zijn verbonden met de publieke taak of ter vervulling van een restcapaciteit.

De Richtlijn hergebruik overheidsinformatie (ingevoerd via de Wet openbaarheid van bestuur) regelt daarnaast dat voor hergebruik van overheidsinformatie de overheid geen exclusief recht op hergebruik mag geven, en dat voorwaarden voor vergelijkbare categorieën van hergebruik gelijk zijn.

Aanpassing Mededingingswet: gedragsregels voor de hele overheid

Momenteel is bij de Eerste Kamer een wetsvoorstel aanhangig dat het beleidskader van de Commissie Cohen moet vervangen. Het wetsvoorstel is door de Tweede Kamer ingrijpend geamendeerd. De Eerste Kamer is dan ook zeer kritisch over het wetsvoorstel. Het is dan ook de vraag of het hier op een meerderheid mag rekenen.

Het wetsvoorstel beoogt oneerlijke concurrentie door overheden tegen te gaan. Het staat een overheid in beginsel vrij om de markt op te gaan maar dit is dan wel gebonden aan vier voorgestelde gedragsregels (doorberekenen alle kosten, bevoordelingsverbod, verbod op exclusief gegevensgebruik, verbod op functievermenging).

Een door de Tweede Kamer aangenomen wijziging van het wetsvoorstel geeft provincies, gemeenten, waterschappen en zelfstandige bestuursorganen onverkort de ruimte om in het algemeen belang economische activiteiten te (blijven) ondernemen. Een besluit waarbij wordt vastgesteld dat een economische activiteit of een bevoordeling plaatsvindt in het algemeen belang heeft tot gevolg dat de wet daarop niet (meer) van toepassing is. Hierdoor wordt de reikwijdte van de wet drastisch ingeperkt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers dat het algemeen belang ruim moet worden opgevat. Dit zal betekenen dat een rechter zo'n besluit slechts marginaal zal toetsen.

Het wetsvoorstel geldt in principe voor de gehele overheid. Het kent evenwel ook een aantal belangrijke beperkingen. Het aanbieden van goederen en diensten door/aan overheden onderling, voor zover deze zijn bestemd voor de uitvoering van een publieke taak, valt niet onder het

wetsvoorstel. Goederen en diensten mogen binnen dit kader ook beneden de kostprijs worden aangeboden. Uitwisseling tussen overheden in het kader van de basisregistraties valt dus niet onder wet. Ook mag een bestuursorgaan gegevens, die ze heeft verkregen in het kader van de uitoefening van haar publieke taak, onder de integrale kostprijs verstrekken.

Rijkswaterstaat

Rijkswaterstaat is gebonden aan de algemene regels markt en overheid. Zij beheert een aantal grootschalige GI-bestanden waaronder het Nationaal Wegenbestand (NWB). Het NWB is een landsdekkend digitaal geografisch netwerk van de Nederlandse verkeers- en vervoersinfrastructuur (weg, water, rail). Rijkswaterstaat kondigde in 2007 het NWB in 2009 vrij te geven zonder restricties. Het algemene beleidskader markt en overheid bleek een obstakel te zijn voor deze beleidswijziging aangezien de integrale kostprijs zouden moeten worden berekend voor levering aan derden.

Tot nader besluit van de minister wordt het NWB openbaar gemaakt zonder recht op hergebruik. De markt heeft in de aanloop naar het oorspronkelijke besluit verdeeld gereageerd. Aan de ene kant zijn er marktpartijen die het vrijgeven van het NWB toejuichen en het als een kans zien voor het ontwikkelen van nieuwe producten. Aan de andere kant zijn er de gevestigde bedrijven die het vrijgeven als een ongeoorloofde economische activiteit van een overheidsorganisatie, die als marktverstoring voor hun eigen bedrijfsvoering werkt, omdat zij vergelijkbare bestanden produceren. Tevens wil het bedrijfsleven zekerheid of in de toekomst aan het NWB informatie zal worden toegevoegd of niet. Rijkswaterstaat heeft overigens haar andere bestanden ook vrij beschikbaar gesteld zoals de Digitale Topografische Bestanden zonder dat daarover bezwaren zijn gemaakt.

Speciale regelingen

Voor het Kadaster en het KNMI geldt het regime zoals dat respectievelijk in de Kadasterwet en Wet op het KNMI is neergelegd.

Het Kadaster

De Kadasterwet kent aan het Kadaster onder andere de taak toe om de basisregistraties kadaster en topografie te houden en bij te werken en informatie hieruit te verstrekken. De Memorie van toelichting op de Wijziging van de Kadasterwet geeft aan dat bij de levering van (delen) van de geografische basisgegevens geen gegevens worden toegevoegd die afkomstig zijn uit een andere bron dan de gegevens die zijn opgenomen in de door het Kadaster gehouden registraties en kadastrale kaart (Kamerstukken 28748).

Nu naast de basisregistratie topografie en kadaster, ook de basisregistratie adressen en gebouwen (BAG), de ondergrondse netwerken (WION) en ook de publiekrechtelijke beperkingen bij het Kadaster zijn ondergebracht, lijkt dit mogelijkheden te bieden voor het Kadaster om combinaties van deze producten op de markt te brengen. Echter waar traditioneel het Kadaster de bronhouder voor kadaster en topografie was, en het beleid daar op gestoeld, is dit voor de BAG, WION en publiekrechtelijke beperkingen strikt genomen niet zo. Gemeenten houden voor BAG-gegevens bijvoorbeeld auteursrecht en databankenrecht voor.

Sinds 2004 biedt de Kadasterwet de mogelijkheid om ook marktactiviteiten te verrichten. Deze moeten bij algemene maatregel van bestuur (Amvb) worden toegestaan en niet onverenigbaar zijn met de doeleinden genoemd in de Kadasterwet. Indien bij Amvb aan het Kadaster een marktactiviteit wordt toegestaan, zal in de toelichting bij die Amvb de afweging die is voorafgegaan aan het toestaan van een marktactiviteit, inzichtelijk worden gemaakt. Een marktactiviteit zal niet aan het Kadaster worden toegestaan indien het belang van die activiteit voor het Kadaster niet opweegt tegen het belang van derden om tegen zodanige concurrentie te worden beschermd (Kamerstukken 28748 nr.3).

Gebruik van gegevens uit gemeentelijke basisregistraties om de Kadasterbestanden te verifiëren en actualiseren is ons inziens legitiem en te verenigen met de wettelijke taken. Sommige activiteiten, zoals het Woningrapport waarbij gegevens van derden worden gebruikt en het distribueren van gegevens van een private partij moeten ons inziens echter als marktactiviteit worden beschouwd. Dit zal bij Amvb moeten worden geregeld. Dit betekent dat de Ministerraad instemt en dat de Raad van State advies adviseert.

Bij de recente inkoop van landsdekkende luchtfoto's en panoramabeelden stelden een aantal partijen de vraag of dit geen aanleiding geeft tot het maken van nieuwe producten en diensten die op de markt worden gezet. De Minister antwoordde dat deze *nieuwe* producten en diensten worden ontwikkeld in het kader van een efficiëntere en op innovatie gerichte bedrijfsvoering. Wat dit precies inhoudt en voor wie de nieuwe producten zijn bedoeld (overheid of de markt) is onbekend. Als het de bedoeling is hiermee de markt te betreden dan zal dit bij Amvb moeten worden geregeld.

Het KNMI

Het KNMI is het nationale instituut voor weer, klimaat en seismologie. Het KNMI is een agentschap van het Ministerie van Verkeer & Waterstaat en haar taken zijn vastgelegd in de Wet op het KNMI. Het KNMI heeft een gelimiteerd aantal wettelijke taken waaronder het verzamelen en beschikbaar maken van weergegevens. Niet in de wet genoemde meteorologische taken worden overgelaten aan de markt. De gegevens van het KNMI zijn beschikbaar voor onder meer gebruik door derden. Het KNMI stelt veel van deze gegevens gratis ter beschikking met minimale voorwaarden.

Een recente evaluatie van de Wet op het KNMI constateert dat er op het punt markt en overheid veel is verbeterd maar dat er desondanks bij niet alle onderwerpen de beoogde scheiding tussen markt en overheid even duidelijk is. Mede door de veranderende techniek is er meer mogelijk geworden zowel qua kwaliteit van het weerbericht als qua presentatie van de informatie (via internet bijvoorbeeld). De techniek stelt het KNMI ook in staat om specifieke weersverwachtingen af te geven (bijvoorbeeld voor een pretpark). De evaluatie beveelt aan deze laatste activiteit aan de markt te laten. Ten slotte kan het KNMI voor steeds langere termijn betrouwbare voorspellingen doen. De interpretatie van het begrip middellange termijn zoals in de wet is vastgelegd komt hiermee onder druk te staan.

Conclusie

Waar de taak van het KNMI in beton is gegoten in de Wet op het KNMI, laat de Kadasterwet de nodige ruimte. In het eerste geval geeft dat een gebrek aan flexibiliteit die nu door de techniek wordt ingehaald. Dit heeft geleid tot onduidelijkheid bij de markt over wat men nu van het KNMI kan verwachten, bijvoorbeeld op het gebied van het presenteren van weersinformatie op het internet. Bij het Kadaster is de onzekerheid te wijten aan de flexibiliteit van mogelijke activiteiten en de ruimte die het Kadaster neemt bij het uitvoeren van sommige activiteiten. Bij Rijkswaterstaat wordt de onzekerheid deels gevoed door een deel van het bedrijfsleven nu deze het vrijgeven van sommige informatie niet wenst terwijl aan de andere kant geen duidelijkheid wordt gegeven door Rijkswaterstaat of in de toekomst aan het NWB informatie zal worden toegevoegd of niet.

De cases laten zien dat het definiëren van de publieke taak lastig is. De dynamiek van de samenleving stelt steeds nieuwe eisen aan de overheid. Hierdoor kan iets wat vandaag evident is, morgen volstrekt onbegrijpelijk zijn. De stand der techniek is hierbij een belangrijke drijfveer voor wat de overheid doet en hoe dit door de samenleving wordt geëist dan wel gewaardeerd. Het ligt in de lijn der verwachting dat overheden op termijn steeds meer met overheidsinformatie mogen of moeten doen in het kader van een efficiënte en effectieve overheid maar ook de klantgerichte overheid; als onderdeel van de publieke taak (zie bijvoorbeeld basisregistraties). Dit zal kunnen leiden tot een efficiënte, effectieve en klantgerichte overheid die het bedrijven mogelijk maakt te innoveren en nieuwe producten te ontwikkelen waar een ieder van kan profiteren.

Bastiaan van Loenen, Frederika Welle Donker en Jitske de Jong, Onderzoeksinstituut OTB, TU Delft

Figuur: De pont over de Schie bij Delft voor €0,01: publieke taak of een marktactiviteit?



