

Overheid concurreert oneerlijk¹

Commerciële data-exploitanten ondervinden zware concurrentie van overheidsinstellingen

Louise de Gier en Joost Gerritsen²

Overheidsinstellingen bezitten grote hoeveelheden belangrijke data. In deze tijd van bezuinigingen is het verleidelijk daar commerciële activiteiten mee te ontplooiën. Mogen zij dat? Is er sprake van valse concurrentie? Volgens Louise de Gier en Joost Gerritsen zijn de grenzen niet duidelijk. Met alle gevolgen van dien.

Wanneer mag een overheidsinstelling commerciële activiteiten verrichten en onder welke voorwaarden? Overheidsinformatie wordt steeds belangrijker in onze samenleving. Overheidsinstellingen, zoals KNMI, Kadaster, Kamer van Koophandel, Rijksdienst voor het Wegverkeer, beschikken over belangrijke data omdat zij die in het kader van hun publieke werkzaamheden verzamelen. Doordat er steeds meer bezuinigd moet worden, gaan overheden zich meer richten op commerciële activiteiten. Commerciële bedrijven die (overheids)data exploiteren ondervinden zware concurrentie van overheidsinstellingen die iPhone-applicaties en online-informatie aanbieden. Overheidsinstellingen kunnen deze data goedkoper en sneller aanbieden dan de data-exploitanten in de markt, omdat de data-exploitanten voor overheidsinformatie moeten betalen en deze niet realtime aangeboden krijgen. We praten dan over onder meer reisinformatie, meteo-informatie, voertuiginformatie en wegen- en parkeerinformatie.

Dit kan nog eens worden versterkt als de desbetreffende overheidsinstelling optreedt als beleidsbepaler en toezichthouder. Ook hebben overheidsinstellingen vaak fiscaal voordeel, geen BTW en vennootschapsbelasting. Hierbij speelt tevens het probleem van de kruissubsidiëring. Dit houdt in dat commerciële overheidsactiviteiten gefinancierd worden met publieke middelen. Bijvoorbeeld in de media, waar commerciële omroepen vrezen dat digitale activiteiten van de publieke omroep deels betaald worden met belastinggeld. Op dit moment blijkt uit de praktijk dat de grenzen niet duidelijk zijn, met als gevolg dat de kans zeer groot is dat overheidsinstellingen deze grenzen overschrijden en marktpartijen onvoldoende op de hoogte zijn van de regelgeving en niet tijdig aan de bel kunnen trekken.

Waar en wanneer mag een overheid commerciële activiteiten uitvoeren en wanneer is er sprake van een publieke taak? De Europese Commissie heeft niet geaccepteerd een dienst als publieke dienst aan te merken als deze dienst ook door andere marktaanbieders wordt aangeboden in de gevraagde kwaliteit en kwantiteit, met andere woorden er kan pas sprake zijn van een publieke dienst als er geen andere markt is ('market failure'). Een dergelijke uitspraak is ook gedaan door de Voorzieningenrechter Den Haag in 2003. De VerkeersInformatieDienst vorderde de Staat te verbieden actuele verkeersinformatie te verspreiden via een sms-dienst en via een separate website. De rechter erkende wel dat de Staat in deze situatie belast was met een

¹ Eerder gepubliceerd in Automatisering Gids nr. 42, 22 oktober 2010.

² Louise de Gier (louisedegier@degierstam.nl) is advocaat en mede-eigenaar van het kantoor De Gier | Stam & Advocaten (www.degierstam.nl). Joost Gerritsen (joostgerritsen@degierstam.nl) is als advocaat werkzaam bij hetzelfde kantoor.

wettelijke taak, maar uit beleidsstukken bleek dat de Staat er bewust voor gekozen had om de verspreiding van verkeersinformatie over te laten aan de markt. De rechter kwam tot het oordeel dat de Staat onzorgvuldig heeft gehandeld en dat op deze bewuste keuze slechts kan worden teruggekomen na passend overleg met de betreffende afnemers van de VerkeersInformatieDienst. De rechtbank Den Haag heeft in 2009 bepaald dat de Kamer van Koophandel onrechtmatig handelde. De Kamer van Koophandel bood online een ondernemersplan aan dat concurreerde met de handelsactiviteiten van een marktpartij. Dit viel buiten haar wettelijke taak en verstoorde de concurrentie.

Het onderscheid tussen publieke en private dienstverlening door overheidsorganen wordt vaak niet voldoende duidelijk gemaakt. Het moet niet zo zijn dat de commerciële diensten die verricht worden door overheidsinstellingen profiteren van heffingen die gevraagd worden voor publieke taken. Bovendien zijn overheidsinstellingen verplicht op basis van de Europese transparantierichtlijn een gescheiden boekhouding te voeren voor publieke en commerciële taken, wat vaak niet gebeurt.

Overheidsinstellingen moeten opereren binnen de wettelijke afbakening van hun taken. Zij mogen daar niet buiten treden, de concurrentie niet vervalsen en zijn gebonden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel, gedane toezeggingen moeten worden nagekomen. Conform het evenredigheidsbeginsel moeten opgelegde voorwaarden niet meer dan strikt noodzakelijk zijn. Volgens het rechtszekerheidsbeginsel dienen besluiten duidelijk te zijn. Dus niet steeds wijzigende overheidsbesluiten of vage bewoordingen waardoor de markt telkenmale haar beleid moet aanpassen. Partijen zoals kaartenmakers hebben jaren geïnvesteerd en de overheid betaalt voor deze kaartinformatie, informatie die vervolgens door de overheden wordt vrijgegeven en commercieel geëxploiteerd. De marktpartijen ervaren dit als oneerlijke concurrentie en zien hun investeringen verdampen. Naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is er de hergebruikrichtlijn overheidsinformatie die in Nederland geïmplementeerd is in de Wet Openbaarheid Bestuur ('WOB'). Ook andere overheidsinformatie (niet-WOB-informatie) moet zo breed mogelijk beschikbaar komen tegen uniforme voorwaarden en een uniforme prijs.

Overheden stellen ter rechtvaardiging dat zij de overheidsdata in het algemeen belang aan de markt ter beschikking stellen. Daarmee wordt vergeten dat data-exploitanten hun investeringen zien verwateren, uit de markt worden geprijsd, dat er geen nieuwe toetreders komen en uiteindelijk de consument minder keuze krijgt. Het is belangrijk dat overheid en bedrijfsleven gezamenlijk optrekken en elkaar versterken in een publieke, private samenwerking. Overheden en het bedrijfsleven moeten goed overleg voeren bij het invoeren van nieuwe regelgeving of bij de wijziging van regelgeving.

Louise de Gier (louisedegier@degierstam.nl) is advocaat en mede-eigenaar van het kantoor De Gier | Stam & Advocaten (www.degierstam.nl). Joost Gerritsen (joostgerritsen@degierstam.nl) is als advocaat werkzaam bij hetzelfde kantoor.

Hergebruikregelgeving

Bestaande en nieuwe markten profiteren van het hergebruik van overheidsinformatie. Dit leidt tot meer werkgelegenheid, zo luidt de Europese gedachte. Om deze visie kracht bij te zetten is men overgegaan tot het opstellen van de Europese Richtlijn 2003/98/EG, ook wel de Hergebruikrichtlijn genoemd. De tekst van de richtlijn gaat over het hergebruik van overheidsinformatie en is deels terug te vinden in de nationale WOB. De uitgangspunten van deze hergebruikregelgeving zijn:

- Overheidsinformatie is een breed begrip. Het slaat bijvoorbeeld op tekst, maar ook op kaarten, mediabestanden en databanken.
- Overheidsinformatie dient op transparante, effectieve en niet-discriminerende wijze beschikbaar te worden gesteld, met respect voor de bestaande mededingingsregels.
- De doelen van de regelgeving zijn: het stimuleren van EU-brede informatieproducten, efficiënter grensoverschrijdend hergebruik van overheidsinformatie en het beperken van oneerlijke mededinging op de (Europese) informatiemarkt.
- De hergebruikregelgeving is van toepassing op de verstrekking van algemeen openbare overheidsinformatie, die onder de openbare taak van een overheidsinstelling valt.
- Er geldt een discriminatieverbod: er dienen gelijke voorwaarden te gelden voor gelijke categorieën van hergebruik.
- Uit dit verbod volgt ook dat als een overheidsinstelling buiten haar publieke taak de overheidsinformatie gaat hergebruiken voor commerciële activiteiten, zij in dat geval dezelfde voorwaarden voor andere gebruikers dient te hanteren.
- Overeenkomsten met exclusiviteitsregelingen tussen de overheidsinstelling en een derde zijn in beginsel niet toegestaan.

De Europese Commissie wil de drempels uit de weg ruimen die hergebruik in de weg staan, zoals discriminatie tussen gebruikers, oneerlijke tarifiering (bijvoorbeeld prijsdumping) en complexe licenties. Ook richt zij zich op overheidsinstellingen die de mededinging verstoren. Daarom is de Commissie gestart met een openbare raadpleging over het effect van de hergebruikregels. Iedere belanghebbende partij kan tot 30 november 2010 hierover zijn mening geven via de website: tinyurl.com/psi2010.

Mededingingsrecht

Voor de informatiemarkt zijn de volgende regels uit het mededingingsrecht relevant:

- Anti-trustregels: Nederland is verdragsstaat bij het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU; voorheen: EG-verdrag). Het VwEU bevat onder meer de zogenaamde anti-trustregels: het verbod op kartelvorming en het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Deze regels gelden in beginsel ook voor ondernemende overheidsinstellingen.
- Regels over staatssteun: daarnaast verbiedt het VwEU in principe staatssteun die bestaat uit het bekostigen van economische activiteiten met staatsmiddelen.
- Aankomende wetgeving: het wetsvoorstel dat momenteel bij de Eerste Kamer ligt, bevat gedragsregels voor ondernemende overheidsinstellingen. Eén gedragsregel is een aanvulling op het non-discriminatieprincipe uit de hergebruikregels: het hergebruik door overheidsinstellingen van niet-openbare gegevens (verkregen in het kader van de publieke taak) voor commerciële activiteiten, is alleen mogelijk indien deze gegevens ook aan derden (marktpartijen) beschikbaar kunnen worden gesteld. Zo voorkomt men een ongelijk speelveld met de markt.
- De overige gedragsregels voor overheidsinstellingen gaan over de bekostiging van ondernemersactiviteiten (ten minste integrale kostprijs van product of dienst) en het voorkomen van publiekrechtelijke bevoegdheden en economische activiteiten, berustend bij één persoon van de overheidsinstelling (functievermenging).

Zodra overheidsinstellingen oneerlijke mededinging in de hand werken, kunnen marktpartijen hierover hun beklag doen bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de rechter of de Europese Commissie. De Europese Commissie kan daarnaast ook klachten ontvangen over staatssteun.

Zweden

Lidstaten dienen Europees recht correct uit te voeren. Doet een lidstaat dat niet, dan kan de Europese Commissie een procedure tegen de lidstaat starten. Dit overkwam onder andere Polen, Italië en Zweden, nadat de Commissie constateerde dat zij de Europese hergebruikregels onvoldoende in de nationale wetgeving hadden omgezet. Onder andere Zweden reageerde kordaat op de kritiek en vanaf 1 juli 2010 is een nieuwe wet van kracht die de hergebruikrichtlijn omzet in een Zweedse wet.

Op een ander front deed Zweden ook de markt te kort. De Zweedse mededingingswaakhond, genaamd Konkurrensverket, publiceerde in 2009 een kritisch rapport over de mededingingsbeperkende rol van Zweedse overheidsinstellingen. Door de monopolistische rol van deze instellingen kan oneerlijke mededinging ontstaan. De Konkurrensverket stelt dat dit probleem zich bijvoorbeeld voordoet in markten waarin overheidsinformatie door overheden

wordt doorverkocht, al dan niet onder de kostprijs (prijstdumping). Deze kwestie is ook aangepakt. Op 1 januari 2010 zag een nieuwe Zweedse wet het daglicht die zowel marktpartijen als de Konkurrensverket de mogelijkheid biedt om via een rechterlijke procedure te verbieden dat een overheidsinstelling een commerciële activiteit ontplooit die de mededinging oneerlijk beperkt.

—— Streamers ——

Data-exploitanten zien hun investeringen verwateren

Kans is zeer groot dat overheidsinstellingen grenzen overschrijden