



Commercialisering van overheidsinformatie door de overheid: rechtspraak en wetgeving in België en Nederland. De honden blaffen, maar de karavaan trekt voort.

Verschenen in *Computerrecht* 2005-3, p. 117-129.

J.J.C. Kabel en K. Janssen*

Overheidsinformatie maakt een integraal deel uit van ons dagelijks leven. 's Morgens luisteren we naar het weerbericht. In de auto horen we verkeersinformatie en gebruiken we een wegenkaart of een GPS. Wanneer we een stuk grond of een huis willen kopen, hoort daar informatie over de bouwvoorschriften en van het Kadaster bij. Op kantoor vragen we misschien de jaarrekening van een concurrent op, of kijken we naar statistieken van het koopgedrag van de consument.

In veel van deze gevallen zal de informatie waarop we ons baseren, ook al is ze soms verpakt in een commercieel product of dienst, afkomstig zijn van de overheid. De overheid verzamelt bij de uitvoering van haar publieke taak immers een gigantische hoeveelheid aan informatie die ook zeer interessant kan zijn voor alle deelnemers aan de samenleving.

1 Inleiding

Het tweevoudige economische belang van overheidsinformatie valt als volgt te omschrijven.¹ Aan de ene kant zorgt zij ervoor — net als informatie uit andere bronnen uiteraard — dat deelnemers aan de samenleving en aan de markt hun beslissingen op een rationele en geïnformeerde wijze kunnen nemen, wat de werking van de markt enkel ten goede kan komen. Aan de andere kant kan overheidsinformatie ook dienen als grondstof voor de creatie van commerciële informatieproducten en -diensten. Als we teruggrijpen naar het voorbeeld van de GPS-systemen: deze zijn bijna steeds gebaseerd op topografische kaarten van de nationale geografische instituten, die in databanken worden geïncorporeerd en waaraan bijkomende informatie wordt toegevoegd (bijvoorbeeld benzinstations of restaurants). Het is evident dat de commerciële producent liever uitgaat van een bestaande basis, dan zelf reeds geleverd werk nog eens over te doen. Hij zal zo zijn productiekosten aanzienlijk kunnen beperken, ervan uitgaande dat hij de informatie kan verkrijgen tegen een prijs die lager is dan wat hij zelf zou moeten investeren in het verzamelen ervan.

Wanneer de overheid echter zelf de markt betreedt, wordt zij naast leverancier van de private sector, ook zijn concurrent, wat voor een nog groter spanningsveld zorgt. Een overheidsinstelling die zelf commerciële producten op de markt brengt, zal immers niet van ganser harte de gegevens waarop zij haar producten baseert, doorgeven aan haar rechtstreekse concurrenten. Aangezien de overheid vaak over een monopolie over de betrokken informatiebron zal beschikken, kan dit risico's met zich meebrengen op het gebied van het oneerlijke en het publieke mededingingsrecht. De verleiding zal immers zeer groot zijn om de data duur te verkopen aan de concurrentie, of om de concurrentie de pas af te snijden door het berekenen van veel lagere prijzen aan de consument. Deze factoren kunnen grote belangenconflicten creëren die zich af en toe ook hebben

voorgedaan in de rechtspraak. Het gaat daarbij niet alleen om concurrentie met informatieproducten, maar ook om andere gevallen van overheidsconcurrentie. De door de rechter toegepaste principes zijn echter in beide gevallen hetzelfde.

Hierna geven wij een overzicht van die praktijk, wij demonstreren dat het bestaande recht de rechter armslag geeft om die conflicten op te lossen, wij bespreken de pogingen die de wetgever heeft gedaan om de helpende hand te bieden en wij bespreken de mogelijke consequenties van richtlijn nr. 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie. Wij sluiten af met de conclusie dat, zoals zo vaak, het laatste woord hierover nog niet is gesproken. Om het oneerbiedig te zeggen: de wetgevingshonden mogen nog zo hard blaffen, maar de karavaan van de commercialisering van overheidsinformatie door de overheden zelf trekt onverdroten voort. En men kan zich de vraag stellen of dat wel altijd zo ongewenst is.

2 De rechtspraak

2.1 België

Hoewel er in België een flink aantal overheidsinstellingen is die hun informatie op verschillende wijzen te gelde maken, valt er in de Belgische rechtspraak vooralsnog weinig te merken van dergelijke belangenconflicten tussen de overheid en de informatie-industrie. We moeten dus onze toevlucht zoeken tot andere domeinen waarin de overheid op het randje van de commerciële activiteiten zweeft. Hieruit kunnen we inspiratie opdoen voor de vraagstukken rond de relatie tussen de publieke en private informatieproducenten. Ook op die andere domeinen bezorgt de positie van de overheid op de markt de private sector echter weinig hoofdbrekens. In de meeste rechtspraak waarin deze marktpositie ter sprake komt, wordt die positie niet ter discussie gesteld, maar enkel het misbruik ervan. Moeten we hieruit afleiden dat het uitvoeren van commerciële activiteiten door de overheid niet als een probleem wordt gezien? Of is hier sprake van de typische Belgische aanpak: 'wanneer de onderliggende fundamentele vraag niet wordt geëxpliciteerd, wordt ze ook niet beantwoord'. In ieder geval, het resultaat is een grote vrijheid voor de overheid om commerciële activiteiten op de markt uit te oefenen.

2.1.1 Handelspraktijken

De enige Belgische zaak die rechtstreeks het hergebruik van overheidsinformatie betrof, toont aan dat de wetgeving en de rechtspraak inzake oneerlijke handelspraktijken kunnen worden gebruikt om de exclusieve positie van de overheid met betrekking tot haar informatie te beschermen. In de *Teleatlas*-zaak maakte een producent van geografische informatieproducten gebruik van de topografische kaarten van het Belgische Nationaal Geografisch Instituut voor de vervaardiging van een digitale stratennetwerk-databank onder de naam *Teleatlas*.² De vraag naar het karakter van overheidsinformatie en de machtspositie van het NGI werd wel gesteld door de partijen, maar jammer genoeg niet behandeld door de rechter.³

De enige hint dat er meer aan de hand was op dat vlak, vinden we terug in het volgende:

[het NGI] kan anderzijds zijn gehele werkingskosten niet terugbrengen tot zijn commerciële werking gezien, zoals blijkt uit de hoger vermelde wettelijke opdracht, zijn taak veel ruimer is en van algemeen belang (taak waarvoor hij aanzienlijke subsidies ontvangt).

Welke gevolgen daaraan konden worden verbonden, werd door de rechter zorgvuldig

onbeantwoord gelaten.

Teleatlas werd aangeklaagd op grond van de Wet op de Handelspraktijken, omwille van slaafse nabootsing van de kaarten van het NGI. De rechter vond echter dat er in dit geval geen parasitaire handeling was, omdat Teleatlas met het vectoriseren van de data een relatief nieuwe techniek toepaste, die toeliet om elementen te selecteren en in databanken te verwerken en zo digitale kaarten op de markt te brengen:

[...] weliswaar steunt [Teleatlas] zich aan de basis op verwezenlijkingen van [het NGI], die op zijn beurt op een meer dan honderdjarige ervaring steunt van het vroegere Militair Cartografisch Instituut — maar de eigen vinding (productieproces mede de zogenaamde attributen) van geïntimeerde is nieuw en de vrucht van uiterst belangrijke investeringen en eigen databanken.'

2.1.2 Misbruik van machtspositie

Voor bepaalde categorieën van informatie beschikt de overheid over een machtspositie, en in sommige gevallen zelfs over een monopolie. Op andere markten is dit ook het geval, al wordt daar evenmin vaak een oordeel geveld over de gepastheid van het commerciële optreden van de overheid. In de luchtvaartsector bijvoorbeeld werd de Regie der Luchtweegen verweten dat zij via een exclusieve concessieovereenkomst met Belgavia voor de passagiers*handling* op Zaventem, andere handlers uit de markt hield en misbruik maakte van haar machtspositie.⁴

Volgens het hof van beroep ging het om een dienst van algemeen belang, die onder art. 86 lid 2 van het EG-Verdrag viel, maar was er geen noodzaak om af te wijken van de mededingingsregels. De dienst van algemeen belang had zelfs baat bij de concurrentie van andere commerciële uitbaters.

In deze zaak werd geen enkel oordeel geveld over het al dan niet geoorloofd zijn van een commerciële dienst van de overheid, al of niet in de vorm van een dienst van algemeen belang. We kunnen enkel indirect afleiden dat een commercieel optreden van de overheid mag, zolang zij maar geen misbruik maakt van haar machtspositie, ook al gaat het om een dienst van algemeen economisch belang. Het uitsluiten van andere marktspelers via exclusieve concessieovereenkomsten is een traditionele vorm van dergelijk misbruik.

2.1.3 Onmogelijkheid om de taak te vervullen

Een andere sector waarin de overheid lang een vooraanstaande rol speelde, was de publieke arbeidsbemiddeling. De overheid heeft hier de laatste jaren stevig onder vuur gelegen wegens vermeende concurrentievervalsing.

In een geding voor het Hof van Beroep van Gent in januari 2004 werd de VDAB (de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding) verweten misbruik te maken van haar machtspositie bij haar toenmalig arbeidsbemiddelingsmonopolie met betrekking tot betaalde sportbeoefenaars.⁵ Het hof stelde dat dit inderdaad het geval was, omdat 'de VDAB niet in staat [was] om, voor de betrokken soort activiteiten, te voldoen aan de vraag op de arbeidsmarkt', en daarnaast 'een Koninklijk Besluit de daadwerkelijke bemiddelingsactiviteit van particuliere ondernemingen onmogelijk [maakte]'

Het hof stelde vast dat arbeidsbemiddeling een ondernemingsactiviteit was, en dat de omstandigheid dat deze activiteit gewoonlijk werd toevertrouwd aan een publiekrechtelijk orgaan, daar geen enkele afbreuk aan deed.⁶ Aangezien het hof er

verder geen woorden aan vuil maakt, kunnen we ervan uitgaan dat er dus opnieuw geen enkel bezwaar lijkt te zijn tegen het uitoefenen van economische activiteiten door de overheid in concurrentie met de private sector. Sterker nog, het beperken van de toegang tot de markt van de arbeidsbemiddeling lijkt alleen niet voldoende om van misbruik van machtspositie te spreken, maar wordt pas een probleem wanneer de overheid zelf de betrokken taak niet naar behoren kan vervullen. Op het eerste gezicht houdt dit arrest een nog grotere vrijheid voor de overheid in om naar believen commerciële activiteiten op de markt aan te gaan, zonder zich te storen aan enige concurrentie van de private sector.

2.1.4 Overheidscommunicatie

De Raad voor de Mededinging deed in oktober 2003 een uitspraak die zijdelings in aanraking komt met het aspect overheidsinformatie.⁷ De Kanselarij van de Eerste Minister zou essentiële informatie over de beslissingen om advertentieruimte aan te kopen voor overheidscommunicaties exclusief doorspelen aan Be-Media, een tussenpersoon tussen de overheid en de media, waardoor haar leden als enige op de hoogte waren van de geplande publiciteitscampagnes van de overheid.

Volgens de Raad voor de Mededinging kon het sluiten van overeenkomsten over advertentieruimte met als doel de communicatie met en de voorlichting van de burger niet als een economische activiteit worden beschouwd. Hoe de afbakening zou moeten gebeuren tussen welke informatieactiviteiten we als publieke taak moeten aanmerken en welke niet, wordt niet verder onderzocht. Het criterium 'communicatie met en voorlichting van de burger' lijkt hier nogal vaag te zijn, waardoor zeer veel ruimte aan de overheid wordt gelaten. We zullen verdere beslissingen moeten afwachten om te kunnen beoordelen wanneer de overheid nu een marktactiviteit uitvoert of niet.

Daartoe bestaat misschien binnenkort een eerste mogelijkheid. Zeer recent werd door Meteoservices, een private speler op de markt van weersinformatie, een klacht ingediend tegen het Koninklijk Meteorologisch Instituut (KMI) bij de Belgische mededingingsautoriteit, de Raad voor de Mededinging.⁸ Volgens Meteoservices pleegt het KMI inbreuk op de mededinging, omdat het verschillende prijzen heeft berekend aan Meteoservices — tegelijk klant en concurrent — en aan andere afnemers van weersinformatie. De Raad voor de Mededinging onderzoekt de zaak; een uitspraak wordt pas verwacht in de loop van 2005.

2.2 Nederland

De Nederlandse rechtspraak is iets dikker gezaaid. Richtinggevend is één arrest van de Hoge Raad, het zogenaamde *Artiestenbemiddelings*-arrest en een daarop gebaseerde, uitvoerig gemotiveerde, uitspraak van de Rechtbank Zutphen (*VNI/VNB*). Het meest recente arrest van de Hoge Raad, *De Staat/Centraal Bureau Rijn- en Binnenvaart*, zet de lijn van het *Artiestenbemiddelings*-arrest voort. Die lijn komt er kort gezegd op neer dat marktactiviteiten van overheidsinstanties in beginsel toelaatbaar zijn.

2.2.1 Het principe: artiestenbemiddeling en restcapaciteit brandstofleidingnet

Het standaardarrest op het terrein van commercialisering van overheidsfaciliteiten is het *Artiestenbemiddelings*-arrest.⁹ Artiesten waren op grond van de Werkloosheidswet verplicht zich als werkzoekende bij de Arbeidsbureaus in te schrijven. Zij werden op basis van die inschrijving door de bureaus vaak ook aan freelance werk geholpen. In 1966 maakt de Hoge Raad uit dat onder arbeidsbemiddeling alleen bemiddeling bij een arbeidsovereenkomst valt te verstaan. Freelance werk valt daar buiten. Is het daarmee ook verboden dat de bureaus bemiddelen bij freelance werk? De wet bevat geen uitdrukkelijke opdracht, maar ook geen uitdrukkelijk verbod. Dat de bureaus artiesten aan freelance werk helpen, is tegen het zere been van de commerciële artiestenbemiddelingsbureaus. De Gewestelijke Arbeidsbureaus doen dat namelijk

kosteloos en hoeven geen premies en belastingen af te dragen.

Leverd dat nu oneerlijke mededinging op? Het hof vindt van niet: als er geen uitdrukkelijke wettelijke opdracht is, staat het iedereen, ook de overheid, vrij om activiteiten te ondernemen. De activiteiten van de bureaus sluiten bovendien nauw aan bij de wettelijke opdracht en, aldus zeer praktisch het hof, het zou weinig 'raadzaam' zijn om de ingeschreven artiesten niet aan werk te helpen als de kans zich voordoet. De Hoge Raad sanctioneert die opvatting met de volgende principiële overweging:

[...] dat de beleidsvrijheid van de overheid op dit stuk slechts daar haar grens vindt waar — mede gezien de in de Nederlandse samenleving dienaangaande levende opvattingen — er in redelijkheid geen verschil van mening over kan bestaan, dat het belang bij een bepaalde vorm van dienstverlening door de overheid niet opweegt tegen het belang van particulieren om tegen een zodanige concurrentie beschermd te worden.

In de *Brandstofleidingnet-zaak*¹⁰ is de bovengenoemde redelijkheidstoets punt van discussie geweest. De Staat beheert het Nederlandse deel van een militair brandstofleidingnet en commercialiseert de restcapaciteit van dat net ten koste van, althans dat is de stelling van de eisende partijen, commerciële binnenvaartschippers verenigd in de Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en Binnenvaart en de Internationale Tankscheepvaartvereniging. De vraag waar het om gaat is hoe de rechter in zo'n geval de belangen moet afwegen: marginaal of volledig. Het hof ging voor volledige toetsing en meende dat zulks zou volgen uit analoge toepassing van art. 3:4 lid 2 Awb. De Hoge Raad oordeelde echter conform het *Arbeidsbemiddelings*-arrest dat:

Nadelige gevolgen van het handelen van de Staat als hier aan de orde eerst dan als niet evenredig in de zin van artikel 3:4 lid 2 kunnen worden aangemerkt indien de Staat in redelijkheid niet heeft kunnen menen dat evenredigheid tussen die nadelige gevolgen en het met dat handelen nagestreefde doel bestaat.

De belangenafweging moet ons inziens intussen wel in het licht worden gezien van het in het *Arbeidsbemiddelings*-arrest relevante gegeven dat er in dit geval wel degelijk, gezien de in de Nederlandse samenleving dienaangaande levende opvattingen, een historische opdracht voor de publieke sector kon worden geconstrueerd om op dit terrein activiteiten te ontplooiën én dat het uiterst praktisch is om dat te doen. Dat geeft dus een kleinere marge dan uit de letterlijke tekst van de principiële overweging blijkt. Er moet dus worden getoetst of enig publiek belang te construeren valt dat, mede op praktische gronden, kan noodzaken tot een taakvervulling op de markt. Dat betekent dat de activiteit geschikt is voor de publieke taakvervulling en ook niet verder gaat dan daarvoor noodzakelijk is. Wanneer dat niet zo is, zou de belangenafweging in beginsel altijd in het voordeel van de commerciële concurrent moeten uitvallen. Die conclusie kan niet zo direct uit het *Brandstofleidingnet*-arrest worden getrokken, maar komt wel in de lagere rechtspraak tot uiting en als eerste in de zaak *VNI/VNB*.

2.2.2 Toepassing in de lagere rechtspraak

Publieke taak

Veluwe Nutsbedrijven (VNB) breidt haar activiteiten uit met het verkopen en verhuren en onderhouden van cv-ketels, ten nadele van de commerciële installatiebedrijven (VNI). De rechtbank overweegt¹¹:

(D)at — mede gezien de thans in de Nederlandse samenleving heersende opvattingen welke mede zijn gevormd door de ontwikkelingen van het mededingingsrecht in het kader van het EG-Verdrag — er in redelijkheid geen verschil van mening meer over kan bestaan, dat het belang van het energiedistributiebedrijf VNB om een relevant marktaandeel in de regionale installatiemarkt te verwerven en daartoe met gebruikmaking van haar voorsprong als voormeld nevenactiviteiten te ontplooiën

concurrerend met activiteiten welke particuliere ondernemingen op de installatiemarkt plegen uit te voeren, minder zwaar weegt dan het belang van VNI c.s. om daartegen beschermd te worden, tenzij VNB voor die activiteiten een rechtvaardiging vindt in het dienen van een bijzondere taak van publiek belang en de wijze van concurrentie met gebruikmaking van die voorsprong ook geëigend is tot de vervulling van een bijzondere taak.

Het principe is duidelijk: als er een voorsprong is van de overheidsinstantie, dan brengt ook een marginale toetsing mee dat de belangen van de commerciële concurrent altijd zwaarder wegen, tenzij er een publieke taakvervulling kan worden geconstrueerd. De vraag is waaruit die voorsprong dan moet bestaan. *Security Print/Stadsdrukkerij Amsterdam* geeft daar antwoord op. Deze uitspraak bevestigt overigens ook weer het principe dat het overheden op zichzelf niet verboden is marktactiviteiten te ontplooiën.

Belangrijke voorsprong

In 1993 kondigt Vervoersbewijzen Nederland (VBN) een aanbesteding aan voor het vervaardigen en distribueren van vervoerbewijzen. De offerte van het particuliere bedrijf Security Print sluit op 4 miljoen gulden, die van de gemeentelijke Stadsdrukkerij Amsterdam (SDA) op 2,7 miljoen gulden, de rest zit ruim boven het bedrag van Security. Niet alleen is SDA veel goedkoper, de gemeente zelf zegt ook nog toe dat VBN verzekerd kan zijn van de door haar gewenste continuïteit tijdens de looptijd van de met SDA gesloten overeenkomst. Security voelt zich gepakt. Zij stelt dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door SDA te laten meedingen naar de opdracht van VBN en vordert een schadevergoeding van bijna 5 miljoen gulden.

De rechtbank stelt zich op het al eerder in het arrest van de Hoge Raad neergelegde standpunt dat geen rechtsregel het een gemeente verbiedt om diensten te leveren die niet vallen binnen de wettelijke omschrijving van haar taak, ook als de gemeente met die dienstverlening deelneemt aan het vrije rechtsverkeer en aldus concurreert met private ondernemingen. Dat standpunt wordt door het hof overgenomen. De situatie is aldus dat de wetgever uitdrukkelijk moet aangeven dat een overheidsinstantie zich bij haar eigen leest moet houden. Het hof oordeelt¹²:

Noch de bewoordingen van de Grondwet of de gemeentewet, noch de geschiedenis van die wetten wijzen erop dat de wetgever met de begrenzing van de taak van gemeenten heeft beoogd tot uitdrukking te brengen dat gemeenten zich van de verlening van niet binnen die grenzen vallende diensten dient te onthouden.

Met de erkenning van de vrijheid van de overheid om de markt op te gaan, is nog niet gezegd dat die vrijheid niet aan specifieke grenzen gebonden zou zijn. Overheidsinstanties kunnen immers voordelen genieten die gewone commerciële bedrijven niet hebben en daarom oneerlijk handelen tegenover die laatste bedrijven. Die grens wordt dan ook door het hof getrokken: er is sprake van (onrechtmatige) concurrentievervalsing door de overheid:

[...] indien de overheid in vergelijking tot andere (private) deelnemers op de desbetreffende markt een belangrijke voorsprong heeft doordat zij als overheid voordelen geniet, die andere (private) mededingers op de markt moeten ontberen.

Niet iedere voorsprong behoeft dus onrechtmatig te zijn: er doen zich in het bedrijfsleven immers ook tal van voorsprongen voor die niet als oneerlijk worden beschouwd en waarom zou een overheidsvoorsprong dan altijd oneerlijk zijn, alleen omdat het een overheidsvoorsprong is? Het hof gaat in die laatste overweging mee, omdat het overweegt dat het moet gaan om een belangrijke voorsprong en dat het ook om een, in vergelijking met het bedrijfsleven, daadwerkelijke en niet alleen om een hypothetische voorsprong moet gaan. Het laatste kan betekenen dat een

overheidsvoorsprong die ook in het bedrijfsleven niet ongewoon is, geen daadwerkelijke overheidsvoorsprong is. Als zodanig kan bijvoorbeeld de bovengenoemde continuïteitsverklaring van de gemeente worden gezien. In het bedrijfsleven is het immers ook niet ongebruikelijk dat een moederonderneming zich garant stelt voor de nakoming van verplichtingen door de dochter aangegaan. Die redenering komt volgens ons tegemoet aan fundamentele kritiek die indertijd op het rapport van de Commissie-Cohen is geuit en die erop neerkomt dat wat de commissie aan overheden verbiedt in het bedrijfsleven strijk en zet voorkomt.[13](#)

Had de rechtbank zich bij haar onderzoek naar mogelijke voorsprongen alleen maar gericht op het punt van een mogelijk belastingvoordeel dat de SDA zou genieten en Security niet, het hof pakt het grootser aan en meent dat het geheel van eventuele voorsprongposities voor nader onderzoek in aanmerking komt. Het noemt daarbij onder meer, naast het punt van de belasting, ook de afwezigheid van rendementseisen, het feit dat niet op goodwill wordt afgeschreven, de beschikbaarheid van vreemd vermogen afkomstig van de gemeente, het onbeperkt dragen van verliezen door de gemeente en voordelige geldleningen van de gemeente aan SDA. Op deze en mogelijk andere punten moet worden onderzocht of zij aanwezig zijn en daadwerkelijk voordeel opleveren, én of bij afwezigheid van die voordelen de offerte van SDA er inderdaad anders uit zou zien. Bij dat onderzoek moet uiteraard ook in aanmerking worden genomen of het niet ook zo is dat SDA nadelen van haar positie ondervindt. Overheidsbedrijven hoeven wat personeelslasten en organisatie betreft, lang niet altijd als concurrerend met het bedrijfsleven te worden beschouwd.

Interessant is dat het hof het niet nodig acht te bezien of het eventueel niet betalen van vennootschapsbelasting moet worden beschouwd als een steunmaatregel in de zin van art. 92 van het EG-Verdrag. Het profiteren van het niet betalen van die belasting, kan al onrechtmatig zijn tegenover concurrenten op de markt voor grafische nijverheid en hoeft daarom ook niet nog eens te worden getoetst aan de bepalingen inzake steunverlening. Dat is winst voor het oneerlijke-mededingingsrecht en daarmee voor een genuanceerde benadering van het probleem van oneerlijke overheidsconcurrentie.[14](#)

2.3 Voorlopige conclusie

Uit de Belgische rechtspraak kunnen alleen indirect algemene principes inzake overheidsop treden op de markt worden afgeleid. De positie van de overheid wordt enkel ter discussie gesteld wanneer zij misbruik zou maken van haar machtspositie. De rechter zal moeten beoordelen of het al of niet gaat om een commerciële activiteit, maar hij lijkt dit slechts te doen door de concrete situatie van geval tot geval te beoordelen, zonder na te gaan of er specifieke criteria zijn om te onderscheiden of we te maken hebben met de uitvoering van een publieke taak of een marktactiviteit, laat staan dat hij zich bezighoudt met de wenselijkheid van de commerciële overheidsactiviteiten te beoordelen. Voor een beter idee hierover, moeten we onze toevlucht nemen tot de Nederlandse rechtspraak.

De Nederlandse rechtspraak laat zien dat bij gebreke van een wettelijk geformuleerde publieke taak er niettemin een terrein is waarin de overheid zich op de markt kan begeven. Wanneer er ook maar een indicatie te vinden is voor een publieke taak, stelt de rechter zich terughoudend op: kennelijk was het in het geval van het brandstofleidingnet voldoende dat er maatschappelijke opvattingen te vinden waren die billijkten dat de Staat restcapaciteit commercieel exploiteerde. Die opvattingen zijn te vinden in de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst, en met name in art. 6 daarvan.[15](#) Wanneer zo'n indicatie

ontbreekt, mag ons inziens volledig worden getoetst op de vraag of de overheidsinstantie zich op de markt mag begeven en zou de belangenafweging doorgaans moeten uitvallen in het nadeel van de overheidsdienst. In het geval van *SDA/Security* wordt echter — maar dat dan wel volledig — alleen op het punt van de oneerlijke voorsprong getoetst. Voor een antwoord op de vraag of de overheid zich wel op de markt mag begeven, is dus wetgeving nodig. De ervaring met algemene wetsvoorstellen, is echter niet gunstig.

3 Tot nu toe gehanteerde regelgeving

3.1 België

3.1.1 Geen algemene regelgeving

In België bestaat tot nog toe geen algemene regeling voor het gebruik van overheidsinformatie. De enige bestaande wetgeving die verwijst naar het commerciële gebruik van informatie van de overheid in het algemeen, vinden we terug in de verschillende federale en regionale wetten inzake de openbaarheid van bestuur.¹⁶ De betrokken bepalingen leggen een verbod op aan de verkrijger van de bestuursdocumenten om ze te verspreiden of te gebruiken voor commerciële doeleinden. Hierop wordt een uitzondering gemaakt voor milieu-informatie, in navolging van de Europese richtlijn inzake toegang tot milieu-informatie.¹⁷

Alle andere documenten in het bezit van de overheid, verkregen onder deze wetgeving, zijn dus niet beschikbaar voor hergebruik door de informatie-industrie.

Wat de Vlaamse bestuursdocumenten betreft, moet dit verbod echter worden genuanceerd. Het gaat volgens de memorie van toelichting enkel om 'de commercialisatie van de verkregen bestuursdocumenten op zich. Het verwerken van de verkregen informatie om deze nadien te commercialiseren is wel toegelaten'.¹⁸ Het verbod betreft enkel bestuursdocumenten die opgevraagd zijn in het kader van de passieve openbaarheid¹⁹ en het is niet van toepassing op de latere commerciële verspreiding van verrijkte informatie. Deze opvatting wordt echter enkel geëxpliciteerd in de nieuwe Vlaamse regelgeving. Uit de toelichting bij de federale wet op de openbaarheid van bestuur valt deze nuancering bijvoorbeeld nergens af te leiden.²⁰ We moeten er dus maar naar raden of deze bepaling ook enkel deze beperkte bedoeling had.

Wat wel vaststaat, is dat in geen van beide wetgevingen een sanctie werd opgenomen voor de overtreding van dit verbod. In de praktijk heeft dit artikel dus weinig gevolgen voor de mogelijkheden tot hergebruik, maar het draagt wel bij tot de grote onduidelijkheid die er in België heerst over het verkrijgen van overheidsinformatie. Bij gebrek aan algemene regels moet de Belgische informatie-industrie zich tevreden stellen met sectorspecifieke regels, of in vele gevallen zelfs met enkel ad hoc overeenkomsten met de betrokken overheidslichamen. Informatie waarvoor een min of meer uitgewerkte regeling bestaat, bevindt zich onder meer bij GIS Vlaanderen²¹, het Nationaal Geografisch Instituut²², het Koninklijk Meteorologisch Instituut²³, de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling²⁴ en Cultuurnet Vlaanderen.²⁵

3.1.2 Gids voor de verspreiding van overheidsinformatie

In 2001 gaf het ministerie van Economische Zaken (ondertussen de FOD Economie) een *Gids voor de verspreiding van overheidsinformatie uit*.²⁶ Deze gids was bedoeld om de

openbare diensten te ondersteunen bij het uitstippelen van een beleid voor informatieverspreiding. Dit beleid betrof alle aspecten van informatievoorziening, van openbaarheid van bestuur en voorlichting van de burger tot de verspreiding van informatieproducten en -diensten met een toegevoegde waarde.

De overheidsinstellingen moeten, aldus de gids, van geval tot geval, de eventuele grenzen voor de verspreiding van overheidsinformatie vastleggen. Om te beslissen over de opportuniteit van een eventuele verspreiding van gegevens waarop geen verspreidingsverplichting of -verbod rust, moet het bestuur de maatschappelijke behoeften afwegen, de concurrentie onderzoeken en rekening houden met de werkdruk voor de betrokken dienst.²⁷ De gids moedigt dus zelf eigenlijk een onoverzichtelijk en ad hoc beleid aan, door de instellingen *case by case* over hun informatie te laten beslissen.

Een belangrijker advies dat wordt gegeven is het volgende: 'het bestuur [hoeft] de privé-sector niet te vervangen indien die laatste dezelfde diensten kan aanbieden'. Het ministerie pleit dus voor terughoudendheid wat betreft het marktoptreden van de overheid. Er moet over worden gewaakt dat de overheid niet in concurrentie treedt met de privé-sector. De volgende beginselen worden voorgesteld: het feit dat het bestuur 'inlichtingen van algemeen belang' bezit en die inlichtingen ook moet verspreiden naar het publiek, verleent het op zichzelf geen recht om die inlichtingen rechtstreeks commercieel uit te baten. Het is immers niet de primaire taak van de overheid om de markt te betreden.²⁸ Wanneer ze dit toch doet, bijvoorbeeld omdat ze de tekortkomingen van de privé-sector moet opvangen, mag ze geen winst halen uit haar exclusieve rechten of uit de voordelen die ze geniet, doordat ze tegelijk een opdracht van openbare dienst uitvoert, i.e. vormen van kruissubsidiëring en dergelijke.²⁹

Deze aanbevelingen hebben weinig beweging teweeggebracht in het Belgische overheidsinformatielandschap. Of misschien heeft de gids juist te veel navolging gekregen, en heeft de promotie van het *van geval tot geval*-beleid het gebrek aan transparantie juist extra aangezwengeld.

3.1.3 De Belgische mededingingsautoriteit

We kunnen ons afvragen of een algemene regeling voor het hergebruik van overheidsinformatie wel nodig is. Kunnen de algemene mededingingsregels geen oplossing bieden? In Nederland blijkt de mededingingsautoriteit niet altijd in staat te zijn om een uitspraak te doen over deze materie. In België lijkt de Raad voor de Mededinging zich voorlopig niet door onbevoegdheid geplaagd te voelen, aangezien zij de klacht tegen het KMI aan een onderzoek heeft onderworpen. Het KMI kan beschouwd worden als een openbare onderneming die een economische activiteit uitvoert en bij de uitvoering van die activiteit misbruik zou kunnen maken van haar machtspositie. Dergelijke ondernemingen zijn onderworpen aan de Wet Economische Mededinging van 1 juli 1999.³⁰ In deze gevallen zal de Raad voor de Mededinging inderdaad zijn bevoegdheid kunnen uitoefenen. Wanneer de overheid zelf echter rechtstreeks haar informatie verspreidt voor hergebruik, zal de Raad voor de Mededinging ook tekortschieten. Bovendien zal het niet altijd duidelijk zijn of een overheid economische activiteiten uitvoert of niet.

De Raad voor de Mededinging zal zich bovendien enkel a posteriori kunnen uitspreken op basis van een klacht, terwijl het grootste probleem de bestaande onzekerheid over de mogelijkheden voor het gebruik van overheidsinformatie lijkt te zijn. Zonder voorafgaande duidelijkheid over de voorwaarden voor hergebruik en hun relatie met de overheid zullen potentiële deelnemers aan de overheidsinformatiemarkt steeds worden

afgeschrikt. Zonder algemene regels zal deze drempel voor veel bedrijven onoverkomelijk blijven.

3.2 Nederland

3.2.1 Toepassing van de Mededingingswet

De hierboven behandelde Nederlandse rechtspraak is gebaseerd op de moeder van het publieke mededingingsrecht: de oneerlijke mededinging. Zij geeft oplossingen op basis van een belangenafweging in concrete gevallen. Die rechtspraak behoort, zo is wel geopperd, tot de 'eerste-generatie'problematiek, omdat zij niet, zoals in de tweede-generatieproblematiek het geval zou zijn, aangeeft onder welke specifieke voorwaarden een overheidsbedrijf activiteiten mag ontplooiën op vrije markten.³¹ Zoals uit boven ondernomen systematisering van die rechtspraak blijkt, valt daar wel wat op af te dingen, en is het uiteraard ook mogelijk een overheidsactiviteit vooraf in kort geding te laten verbieden, maar toegegeven moet worden dat de resultaten van deze civiele rechtspraak natuurlijk niet een handzame set van toetredings- en gedragsregels oplevert, inclusief een toezichthoudend orgaan op naleving van die regels. Die set is ook niet goed te vinden in de toepassing van de Mededingingswet (Mw)³², vanwege het feit dat die wet niet van toepassing is op geringe beperkingen van de mededinging, behalve als er sprake is van een economische machtspositie en vanwege het feit dat die wet alleen van toepassing is op ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen. In bovenstaande gevallen is nergens sprake van een economische machtspositie; van die gevallen kan bovendien niet worden gezegd dat ze op de desbetreffende markt aanzienlijke mededingingsbeperkingen opwerpen en het zal tenslotte lang niet altijd eenvoudig zijn om aan te tonen dat een overheidsorgaan een economische activiteit uitoefent.³³

Niettemin zijn er wel zaken waarin de NMa is geroepen ter beoordeling van oneerlijke overheidsconcurrentie, zij het doorgaans met negatief resultaat voor klager. In *Muzisch Collectief/Roosendaal*³⁴ klaagt een commerciële muziekschool over subsidiëring van de gemeentelijke muziekschool als gevolg waarvan zij haar diensten niet tegen concurrerende tarieven kan aanbieden. Nu de gemeentelijke muziekschool niet vrij is in het vaststellen van haar tarieven, maar die bij besluit van de gemeenteraad worden vastgesteld, is er geen sprake van een mededingingsrechtelijke gedraging waartoe de onderneming (de gemeentelijke muziekschool) op eigen initiatief³⁵ heeft besloten, aldus de NMa. Er is dan ook geen sprake van 'misbruikelijk' handelen en het is daarom niet nodig te onderzoeken of de school een economische machtspositie heeft op de relevante markt. In *Bloemenmarkt Amsterdam*³⁶ oordeelt de NMa dat een gemeente die een assortimentsvoorschrift in haar erfpachtvoorwaarden heeft opgenomen, niet handelt ten gunst van de eigen commerciële belangen noch ter bescherming van de belangen van derden, maar ter uitoefening van haar publieke taak en daarmee is de Mw niet van toepassing. Deze twee simpele voorbeelden mogen illustreren wat op dit punt de problemen kunnen zijn met overheidsbedrijven en met ingrijpen door overheidsinstanties op de markt. Door bepaalde instrumenten in te zetten, kan de overheid de effecten van toepassing van mededingingswetgeving neutraliseren.³⁷

3.2.2 Aanwijzingen marktactiviteiten rijksdienst

Zoals hierboven, bij de behandeling van het *Brandstofleidingnet*-arrest al is gebleken, vormen de Aanwijzingen marktactiviteiten rijksdienst³⁸ een neerslag van de maatschappelijke opvattingen omtrent het vraagstuk van overheidsconcurrentie. Deze Aanwijzingen zijn gebaseerd op een besluit van de minister-president als Minister van Algemene Zaken, handelend in overeenstemming met de mening van de ministerraad. Geen wetgeving dus en overigens beperkt tot de rijksoverheid. Marktactiviteiten in concurrentie met derden, aldus de Toelichting bij dit besluit dienen, gelet op de effecten

van deze activiteiten voor andere aanbieders van marktgoederen, onderhevig te zijn aan een expliciete belangenafweging door de wetgever. Zoals we straks zullen zien is die wetgeving vooralsnog alleen sectoraal en niet algemeen van karakter. Het is de vraag of dat zo erg is.

De principes, neergelegd in de Aanwijzingen, zijn van toepassing op het leveren van goederen of diensten aan organisaties en personen die niet tot de rechtspersoon Staat behoren door instanties die wel daartoe behoren voorzover daarbij in concurrentie met anderen wordt getreden. Leverantie van goederen of diensten door overheidsinstanties aan andere overheidsinstanties valt dus niet onder het bereik, ook al zou daardoor concurrentie ontstaan met het bedrijfsleven. Het systeem van de Aanwijzingen is een verbodstelsel, met twee uitzonderingen. Aanwijzing 4 bepaalt dat marktactiviteiten slechts mogen worden verricht bij of krachtens de wet of indien voortvloeiend uit een internationale verplichting. Aanwijzing 5 breidt de toelaatbaarheid uit met activiteiten die onlosmakelijk zijn verbonden aan het uitvoeren van een overheidstaak en art. 6 ziet op de reeds genoemde exploitatie van restcapaciteit. Ten aanzien van de activiteiten van Aanwijzing 4 wordt een integraal kostenmodel voorgeschreven, in de twee andere gevallen een volledig marktconform prijsmodel (inclusief belastingen- en winstopslag). In die twee gevallen dient overheidsinformatie die voor marktactiviteiten mag worden aangewend, op non-discriminatoire basis aan derden te kunnen worden verstrekt (Aanwijzing 13 lid 2) en geldt een verbod van koppelverkoop (Aanwijzing 14). Wettelijk geregelde marktactiviteiten komen er dus wat gemakkelijker af (geen opslagen, geen non-discriminatoire toegangsbepaling, geen verbod van koppelverkoop), maar het zal natuurlijk van de wettelijke regeling zelf afhangen in hoeverre die activiteiten inderdaad gemakkelijker kunnen worden verricht.

3.2.3 Bijzondere wettelijke regelingen

Bijzondere wettelijke regelingen ter zake voor organen met een publieke taak op het terrein van informatie kennen wij onder meer voor de publieke omroepen, het Kadaster, de Kamers van Koophandel, het CBS, het KNMI, de Rijksdienst voor het Wegverkeer, het Bureau voor de Industriële Eigendom en voor Gemeenten in verband met de gemeentelijke basisadministratie. Het min of meer gereguleerde terrein is ruimer: veel is alleen geregeld in beleidsnota's (bijvoorbeeld de distributie van basisverkeersinformatie), stichtingsvoorwaarden en bijbehorende modelovereenkomsten (Stichting NNI) of is nog onderwerp van besluitvorming, zoals bijvoorbeeld de zogenaamde authentieke registraties³⁹: de eenmalige verzameling van persoons-, adres-, bedrijfs-, gebouwen-, kadastrale en geografische gegevens.

De regelingen geven op het punt van hergebruik, wat wel eens is genoemd, *hybride modellen*⁴⁰, dat wil zeggen het hergebruik van overheidsinformatie is niet conform het WOB-model geregeld, maar is nader geclausuleerd. Het WOB-model gaat in beginsel (de praktijk is wat weerbarstiger) uit van gemakkelijke beschikbaarheid van informatie tegen maximaal de verstrekingskosten, zonder beperkingen aan hergebruik en met uitsluiting van selectieve of exclusieve informatieverlening.⁴¹ Bij wijze van voorbeeld van een hybride model geven wij hier aan hoe met hergebruik van weersgegevens wordt omgegaan.

In de Wet op het KNMI⁴² wordt de weersinformatie in een aantal categorieën onderscheiden met telkens een verschillend kostenplaatje, variërend van om niet beschikbaarstelling van het algemeen weerbericht tot een naar aard en omvang van het gebruik gedifferentieerd tarief voor zogenaamde KNMI-gegevens, gebaseerd op een integraal kostenmodel met een bijdrage in de productiekosten. De prijs voor die gegevens is dus niet-commercieel en die niet-commerciële prijs moet ook, ingevolge de licentievoorwaarden van het KNMI bij doorlevering van Nederlandse gegevens door afnemers aan derden worden gevraagd. Op die manier wordt prijsconcurrentie en handel

in de onbewerkte gegevens voorkomen, uiteraard ook voor het KNMI zelf.[43](#)

Uit de zaak *VerkeersInformatieDienst/De Staat* en uit de zaak *Vierhand/KvK*[44](#) is gebleken dat daar doorgaans pijnpunten zitten: de overheidsdienst die de concurrentie aangaat met haar eigen afnemers door dezelfde gegevens gratis of tegen een concurrerend tarief ook aan eindgebruikers te leveren. Dit niet-commerciële prijsmodel is gebaseerd op een precieze omschrijving van de taak van het KNMI die als een publieke taak wordt geformuleerd vanwege de zorg voor de veiligheid en de niet economisch te exploiteren, maar noodzakelijke instandhouding van de infrastructuur. Die taakomschrijving beperkt de activiteiten van KNMI op het vlak van concurrentie met de particuliere weermarkt. Daar waar KNMI op basis van de wet wel in concurrentie mag treden (in het onderzoeksprogramma passend onderzoek voor derden), moet, geheel volgens de systematiek van bovengenoemde Aanwijzingen een integraal kostenmodel worden toegepast en geen commercieel opslagmodel.

3.2.4 Het wetsvoorstel Markt en Overheid

In het kader van de MDW-operatie[45](#) is de werkgroep Markt en Overheid ingesteld. Begin 1997 heeft deze werkgroep een oplossingskader aangedragen, waarbij werd uitgegaan van het beginsel 'gelijke monniken, gelijke kappen'. Aldus zou mee concurreren ongewenst zijn, omdat gelijke spelregels niet goed tot stand zijn te brengen. Marktactiviteiten door de overheid zouden dus in beginsel afgescheiden en afgestoten moeten worden.[46](#) Het rapport maakt een uitzondering voor kennis. Ik citeer[47](#):

Op het gebied van de kennisinfrastructuur is breed aanvaard dat de aansluiting tussen publiek en privaat domein verbeterd moet worden om een optimale spreiding van kennis te bevorderen. Dit geldt in het bijzonder voor wetenschappelijk onderzoek en daarbinnen voor toegepast technologisch onderzoek. Dit vergt dat wetenschappelijke, c.q. technologische kennis actief in marktactiviteiten wordt omgezet door publieke kennisinstellingen.

Door het toenmalige kabinet werden de aanbevelingen van de werkgroep onderschreven. Daarbij werd uiting gegeven aan het streven naar de ontwikkeling van implementatie-activiteiten.[48](#) Door de Tweede Kamer werd aangedrongen op een voortvarende voorbereiding van een wetsvoorstel.[49](#)

Ook de SER bracht unaniem advies uit over de noodzaak en de invulling van een wettelijke regeling.[50](#) De Raad drong aan op totstandkoming van regels die een oplossing zouden bieden voor deze problematiek.[51](#) In het regeerakkoord is vastgelegd dat regels voor het marktoptreden van de overheid in wetgeving moeten worden vastgelegd en voor derden afdwingbaar dienen te zijn.[52](#) Vooruitlopend op deze wetgeving waren alvast de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst vastgesteld.[53](#) In oktober 2001 werd het voorstel voor de Wet Markt en Overheid aan de Tweede Kamer aangeboden.[54](#) Hoewel er altijd brede erkenning is geweest voor de noodzaak om op dit terrein maatregelen te treffen, is er op dit wetsvoorstel als oplossing voor de problematiek van diverse zijden kritiek uitgeoefend. Zo adviseerde de Raad van State negatief over het voorstel. Ook van andere overheden en belangenorganisaties kwam er commentaar[55](#), met name op de vaagheid van het voorstel en op de bepaling dat een overheidsorganisatie in een formeel besluit duidelijk zou moeten maken dat de marktactiviteit de aangewezen weg is voor de behartiging van het door de overheid gedefinieerde openbaar belang. Deze onvrede vloeide vooral voort uit de beperking van de autonomie van lagere overheden om zelf

invulling te geven aan de wijze waarop zij het openbaar belang wensen te borgen.

Op basis van deze kritiepunten komen de Ministers van Economische Zaken, van Justitie en voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties tot de conclusie dat het wetsvoorstel Markt en Overheid niet het geschikte instrumentarium is voor het oplossen van de 'markt en overheid'-problematiek. Daarom wordt het wetsvoorstel ingetrokken.⁵⁶ Voormelde ministers concluderen echter ook dat de noodzaak voor het stellen van regels onverminderd groot is. Daarom doen zij meteen een voorstel tot een alternatieve aanpak van de problematiek.⁵⁷ Met deze nieuwe aanpak willen ze bevorderen dat er een gelijk speelveld ontstaat bij ondernemingsactiviteiten van de overheid. Daarom moeten voorzieningen worden getroffen waarbij het bedrijfsleven beschermd wordt tegen het oneigenlijke gebruik van overheidsvoordelen. Gedacht wordt daarbij aan het opnemen van repressieve gedragsregels in de Mededingingswet (een verbod van kruissubsidiëring, functiescheiding tussen bestuurlijke taken en ondernemingsactiviteiten en een verbod op onevenredige bevoordeling van de eigen overheidsbedrijven). Daarnaast wordt ook onderzocht of de Algemene wet bestuursrecht een basis kan bieden voor betere (preventieve) besluitvorming en rechtsbescherming bij het optreden van de overheid als onderneming.⁵⁸ Hoewel het onderwerp al lang op de agenda staat, verkeert het dus nog steeds in een onderzoeksstadium.⁵⁹

4 De richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie

De bestaande regelgeving en rechtspraak reiken ons, meer in Nederland dan in België, richtsnoeren aan voor de relatie tussen de overheid en de private sector op de informatiemarkt. Een duidelijke algemene regeling voor het hergebruik van alle soorten overheidsinformatie ontbreekt echter. Dit heeft niet alleen gevolgen voor de nationale informatiemarkt, maar vooral ook voor de grensoverschrijdende informatieproducten en -diensten, die rekening moeten houden met allerlei nationale verschillen.

De richtlijn over het hergebruik van overheidsinformatie zou hier een oplossing moeten brengen. Zij beoogt immers de harmonisering van de voorwaarden waaronder informatie door de overheid aan afnemers ter beschikking moet worden gesteld en de wijze waarop de commerciële activiteiten van de overheid zelf aan banden worden gelegd.

De richtlijn biedt ons echter nog steeds weinig houvast: over het essentiële onderscheid rept ze namelijk met geen woord: namelijk dat tussen de publieke taak en commerciële activiteiten.

4.1 Ontstaansgeschiedenis en ratio

Volgens de Europese Commissie konden de bestaande nationale regels niet volstaan om de Europese informatiemarkt ten volle tot bloei te brengen. Het beperkte aanbod in pan-Europese informatieproducten en -diensten gebaseerd op overheidsinformatie lag volgens de Commissie vooral aan het gebrek aan transparantie en aan de divergenties tussen de regelingen van de verschillende lidstaten, en van de verschillende overheidsdiensten binnen de lidstaten. Deze veroorzaakten een grote rechtsonzekerheid, waardoor de industrie eerder terughoudend was om zich op de Europese informatiemarkt te wagen.

Niet alleen de interne Europese beperkingen leidden de Europese Commissie ertoe om actie te ondernemen, maar ook de bezorgdheid om de concurrentie met de Amerikaanse informatie-industrie, die kan profiteren van de volledig vrije beschikbaarheid van federale overheidsinformatie, en daardoor een flinke voorsprong heeft op haar Europese medespelers. Het wetgevende kader in de Verenigde Staten zorgt ervoor dat data

afkomstig van de overheid niet onderworpen zijn aan het auteursrecht en tegen zeer lage prijzen beschikbaar zijn voor elk gewenst gebruik.

Met het oog op harmonisatie van de Europese regels, stelde de Europese Commissie dus een richtlijn voor die het hergebruik moest regelen. De definitieve versie van de richtlijn werd afgekondigd op 17 november 2003.⁶⁰ Zij heeft de bedoeling om een minimum van regels vast te stellen betreffende het hergebruik van overheidsinformatie en de praktische middelen die dat hergebruik moeten faciliteren.⁶¹

4.2 Inhoud van de richtlijn

4.2.1 Toepassingsgebied

De richtlijn heeft dus de bedoeling het hergebruik van overheidsinformatie voor pan-Europese informatieproducten en -diensten te stimuleren. Vanuit dat opzicht, lijkt het enigszins vreemd dat de draagwijdte van de richtlijn op verschillende vlakken aanzienlijk beperkt wordt. Het betreft onder meer het toepassingsgebied van de richtlijn.

Een groot deel van de informatie in het bezit van de overheid wordt uitgezonderd van het toepassingsgebied van de richtlijn, waarbij het in een aantal gevallen enkele types van informatie betreft waarvoor de private sector net een zeer grote interesse aan de dag legt. Het betreft documenten in het bezit van de openbare omroep, onderwijs- en onderzoeksinstellingen en culturele instellingen.⁶² Deze uitzonderingen zijn te danken aan het lobbywerk van de belangenorganisaties van de betrokken sectoren, voornamelijk van de culturele sector. Van deze instellingen wordt immers steeds vaker verwacht dat zij minstens gedeeltelijk in hun eigen financiering voorzien. Wat bijvoorbeeld de culturele organisaties betreft: als zij hun toegankelijkheid voor het grote publiek tegen een democratische prijs willen bewaren, moeten zij hun toevlucht zoeken in het met winst verkopen van informatieproducten en -diensten, zoals boeken, cd-rom's, posters, enz. De richtlijn wenste hiermee rekening te houden, zodat deze sectoren hun werkmiddelen niet zouden verliezen.

Een volgende categorie van documenten die buiten het toepassingsveld wordt gehouden, zijn de documenten waarvan de verstrekking een activiteit is die niet valt onder de openbare taak van de openbare lichamen.⁶³ Het gaat in de regel om documenten die uitsluitend worden geproduceerd en gefactureerd op een commerciële basis en in concurrentie met anderen op de markt.⁶⁴

Voor dergelijke documenten gelden de voorwaarden gesteld in de richtlijn dus niet. Ook het verbod van discriminatie tussen vergelijkbare categorieën van hergebruik zou dus niet toepasselijk zijn op deze documenten. Dit betekent niet dat een openbaar lichaam in het kader van zijn commerciële activiteiten zich aan geen enkele voorwaarde hoeft te houden en volledig zijn zin kan doen op de markt. Wanneer het een economische activiteit uitoefent die geen verband houden met zijn openbare taak, zal het toch de werking van de markt moeten respecteren.

Uit deze bepalingen van de richtlijn kunnen we zijdelings ook afleiden dat de Europese instellingen er dus geen bezwaar tegen hebben dat de overheidsinstellingen zelf ook commerciële activiteiten uitoefenen. Of de overheid zich hiermee moet of mag bezighouden, naast de uitoefening van haar publieke taak, is echter vatbaar voor

discussie.

Documenten waarvan de intellectuele-eigendomsrechten bij derden berusten, zijn ook niet onderworpen aan de richtlijn. Documenten waarvan de overheid de rechthebbende is, worden echter niet vermeld. Betekent dit dat openbare lichamen zich niet op hun auteursrecht kunnen beroepen om het hergebruik van hun documenten te beletten? Dit lijkt een logische conclusie, want het tegendeel zou ertoe leiden dat in sommige landen alle documenten van de overheid automatisch uitgesloten zouden worden van hergebruik, aangezien zij onderworpen zijn aan het auteursrecht, terwijl in andere landen officiële documenten van de overheid wel hergebruikbaar — want niet beschermd door auteursrecht — zouden zijn, en in nog andere lidstaten geen enkel document hierdoor uitgesloten zou zijn. De instandhouding van dergelijke verschillen op het vlak van hergebruik zou elk nut aan de poging tot harmonisatie ontnemen. In de overwegingen bij de richtlijn wordt dan ook gesteld dat de openbare lichamen hun auteursrecht op dusdanige wijze dienen uit te oefenen dat hergebruik wordt vergemakkelijkt.[65](#)

4.2.2 Algemeen principe van de richtlijn

Art. 3 van de richtlijn bevat het algemene beginsel waarop de regulering van de Europese lidstaten inzake het hergebruik moet voortbouwen. Dit algemene beginsel is zeer voorzichtig geformuleerd: de lidstaten moeten ervoor zorgen dat, wanneer het hergebruik van documenten toegestaan is, het hergebruik voor commerciële en niet-commerciële doeleinden kan gebeuren overeenkomstig de voorwaarden bepaald in de richtlijn.

De richtlijn houdt dus geen enkele verplichting in om het hergebruik van documenten toe te staan. De beslissing daartoe blijft in handen van de lidstaten of de betrokken openbare lichamen.[66](#) De richtlijn vraagt de lidstaten enkel het hergebruik te stimuleren door het introduceren van uniforme regels voor de uitvoering van toegestane verzoeken om hergebruik. Het Europees Parlement heeft in zijn amendementen getracht een echte verplichting voor de lidstaten in te voeren, maar is gestrand op de weerstand van de Commissie en de Raad. Wanneer we dit beperkte uitgangspunt combineren met de afbakening van het toepassingsgebied van de richtlijn en de soepele tarifieringsregels, zal de impact van de richtlijn heel erg afhangen van het belang dat de lidstaten zelf hechten aan de informatiemarkt.

De impact van de richtlijn gaat echter toch verder dan op het eerste gezicht lijkt, aangezien voor de toelating zelf geen onderscheid kan worden gemaakt tussen hergebruik voor commerciële en niet-commerciële doeleinden. Wanneer documenten beschikbaar zijn voor het ene, moeten zij ook in aanmerking komen voor het andere. Alleen de voorwaarden kunnen enigszins verschillen, binnen de grenzen bepaald door de richtlijn.[67](#) Aangezien elk gebruik van de overheidsinstellingen zelf buiten de openbare taak ook als hergebruik moet worden beschouwd, kan dit verregaande implicaties hebben. Zodra een overheidsinstantie bij een andere instelling informatie opvraagt die zij niet louter voor haar publieke taak gaat gebruiken, zal deze informatie dus ook ter beschikking moeten zijn van de private sector. De vraag naar de inhoud van de publieke taak wordt dus eens te meer pertinent.

4.2.3 Regels voor het verstrekken van overheidsinformatie

De richtlijn laat de keuze om informatie beschikbaar te maken voor hergebruik dus aan de lidstaten of aan de openbare lichamen, maar wanneer voor beschikbaarstelling wordt gekozen, moet wel een aantal voorwaarden worden nageleefd.

De openbare lichamen moeten een verzoek om hergebruik behandelen binnen een redelijke termijn, die in beginsel moet worden afgestemd op de termijn in het kader van de toegang tot informatie op de openbaarheid van bestuur. Wanneer dergelijke

toegangswetgeving niet bestaat in een bepaalde lidstaat, legt de richtlijn een termijn van ten hoogste twintig werkdagen op.⁶⁸ Rekening moet wel worden gehouden met de beperkte levensduur van bepaalde soorten informatie, zodat deze moet worden verstrekt binnen een termijn die de private sector toelaat het economisch potentieel van de informatie ten volle te benutten. Het gaat bijvoorbeeld om meteorologische informatie of *real time* verkeersinformatie.

De richtlijn legt geen format op waarin de openbare lichamen hun documenten ter beschikking moeten stellen.⁶⁹ De voorkeur wordt wel gegeven aan de verspreiding van documenten via elektronische weg, maar de richtlijn verlangt niet dat de overheidsinstellingen documenten digitaliseren enkel met het oog op het beantwoorden van een verzoek tot hergebruik. Daarnaast worden de openbare lichamen ook uitdrukkelijk vrijgesteld van enige verplichting om documenten te creëren of aan te passen om aan een verzoek te voldoen. Deze bepaling werd opgenomen om te garanderen dat de stimulering van het hergebruik niet gepaard zou gaan met een aanzienlijke verhoging van de financiële en administratieve lasten van de overheidsinstellingen.

Om vergelijkbare redenen maakt de richtlijn ook duidelijk dat van de openbare lichamen niet wordt verwacht dat zij de productie van bepaalde documenten voortzetten, enkel met het oog op het hergebruik ervan door de private sector, terwijl ze er zelf geen behoefte meer aan hebben. Dit kan natuurlijk wel zeer nadelige gevolgen hebben voor de private afnemers die hun informatieproducten of -diensten op deze informatie hebben gebaseerd. Zij blijven dan in de kou staan. De overheden worden wel aangemoedigd om zo spoedig mogelijk het stopzetten van de productie bekend te maken⁷⁰, maar zijn dus niet verplicht om de private sector een 'redelijke opzegperiode' te geven, zodat zij een andere oplossing kunnen vinden voor de levering van de benodigde informatie.

4.2.4 Tarieven voor het verstrekken van overheidsinformatie

De richtlijn blijft zeer soepel wat de tarifiering van het hergebruik van overheidsdocumenten betreft. Wanneer een vergoeding wordt gevraagd van de verzoeker (dit is dus niet noodzakelijk het geval), mogen de totale inkomsten niet hoger zijn dan de kosten van verzameling, productie, vermenigvuldiging en verspreiding, vermeerderd met een redelijk rendement op investeringen.⁷¹ Niets belet de overheden echter om geen of enkel een zeer lage vergoeding te vragen. De enige grens die wordt bepaald, is dat de vergoeding kostengeoriënteerd moet zijn en berekend moet worden overeenkomstig de boekhoudkundige beginselen die op de betrokken openbare lichamen van toepassing zijn.

Deze regeling laat een zeer grote marge voor de openbare lichamen: tussen de gratis terbeschikkingstelling en een 'redelijk rendement op investeringen' ligt immers een heel spectrum van mogelijkheden. Onder productie moeten we ook het creëren en bundelen van informatie verstaan, terwijl onder verspreiden tevens de ondersteuning van de gebruiker moet worden begrepen.⁷² Dit laat nog een flink aantal vragen open: 'Valt het loon van de ambtenaar die elektronische bestanden verstuurt ook onder verspreiding?' 'Vallen de afschrijvingen op de computers onder productie?'

4.2.5 Licenties voor hergebruik

Aan de lidstaten en de openbare lichamen wordt de vrije keuze gelaten om, eventueel door middel van licenties, voorwaarden op te leggen bij het verlenen van toestemming voor hergebruik. Bovendien wordt geen indicatie gegeven over de voorwaarden die kunnen of mogen worden opgenomen, behalve dat zij de mogelijkheden tot hergebruik niet nodeloos mogen beperken en niet mogen worden gebruikt om de mededinging aan banden te leggen.⁷³ Het invoeren van een licentie is dus geen vereiste. Hoe zonder licenties een transparant en geharmoniseerd systeem voor hergebruik op poten kan

worden gezet, is ons echter niet heel duidelijk.

Wanneer er toch gekozen wordt voor het invoeren van een licentie, moet het gaan om een standaardlicentie, die eventueel kan worden aangepast voor specifieke aanvragen, in digitale vorm beschikbaar is en elektronisch kan worden verwerkt. Ook over de inhoud van deze standaardlicentie bewaart de richtlijn het stilzwijgen. Enkele aspecten die kunnen worden opgenomen betreffen, naast de bepalingen die volgens het gemeenrecht moeten worden opgenomen bij het afsluiten van dergelijke overeenkomsten, onder meer aansprakelijkheid, correct gebruik van documenten, de gewaarborgde niet-wijziging en de erkenning van de bron van de informatie.⁷⁴ Een regeling zal bijvoorbeeld ook moeten worden uitgedokterd in verband met de updating van de informatie die wordt verstrekt. Wordt een regelmatige update inbegrepen in de licentie voor de eerste levering van informatie, of moet telkens een nieuwe licentie worden genomen? Dit soort van praktische vragen zal moeten worden overwogen bij het opstellen van de standaardlicenties.

4.2.6 Discriminatieverbod en eerlijke handel

De bepalingen in de richtlijn inzake het discriminatieverbod en de eerlijke handel moeten ervoor zorgen dat de mededinging en de werking van de markt gewaarborgd blijven. Zij vormen dus in zekere zin een concretisering van de algemene regels inzake non-discriminatie en eerlijke mededinging.

Welke voorwaarden ook door de lidstaten worden opgelegd aan het hergebruik, zij mogen niet discriminerend zijn voor vergelijkbare categorieën van hergebruik.⁷⁵ Een onderscheid tussen commercieel en niet-commercieel gebruik is dus perfect aanvaardbaar. Het is bijvoorbeeld goed voor te stellen dat een overheidsinstelling aan de commerciële afnemers een vergoeding berekent waarin een redelijk rendement op investeringen inbegrepen is, terwijl organisaties met educatieve of non-profitdoeleinden de informatie tegen een lagere prijs kunnen verkrijgen.

Wanneer het openbaar lichaam echter zelf zijn eigen documenten gebruikt als basismateriaal voor commerciële activiteiten die buiten zijn openbare taak vallen, moeten op de verstrekking ervan dezelfde vergoedingen en andere voorwaarden van toepassing zijn als voor de andere gebruikers van de informatie.⁷⁶ In de praktijk zal dit echter niet zo eenvoudig te realiseren zijn, aangezien de betrokken overheidsinstelling aan zichzelf een vergoeding zou moeten berekenen of zichzelf bepaalde voorwaarden voor de verkrijging van informatie zou moeten opleggen, terwijl zij de informatie reeds in haar bezit heeft via de uitvoering van haar publieke taak. Om deze regel te kunnen handhaven, zal een afscheiding tussen de publieke en commerciële activiteiten van de overheidsinstelling onontbeerlijk zijn.

4.2.7 Open gebleven vragen

Een van de vragen omtrent het kader voor hergebruik die nog niet beantwoord is, betreft de kwestie van afdwinging. In de richtlijn wordt voorzien dat elke beslissing waarin hergebruik wordt geweigerd (bijvoorbeeld ter bescherming van de nationale veiligheid, enz.), een verwijzing naar de openstaande rechtsmiddelen moet bevatten. Indirect wordt dus de verplichting opgelegd om in een beroepsprocedure te voorzien. Hoe die procedure moet worden ingericht, wordt volledig aan de lidstaten overgelaten. We kunnen ons afvragen in hoeverre hier een bemoeienis van de overheid nodig is. Kunnen we dit overlaten aan de rechtbanken, ervan uitgaande dat de private sector wel aan de alarmbel zal trekken wanneer nodig? Of vereist de behoefte aan transparantie dat er een centrale autoriteit is die zich buigt over het naleven van de regels?

5 Implementatievoorstellen in Nederland en België

5.1 België

In België zit noch de federale, noch de Vlaamse overheid al in een implementatiefase. In beginsel zijn er twee mogelijkheden voor de omzetting van de richtlijn. Beide manieren hebben hun voor- en nadelen, die tegen elkaar zullen moeten worden afgewogen. Ten eerste kan een formeel regulerend kader worden ontwikkeld, waarbij alle vereisten van de richtlijn in een wet worden opgenomen, en in dergelijke wetgeving ook wordt gezorgd voor een controlemechanisme en gepaste sancties. Deze aanpak zorgt voor rechtszekerheid, maar kan tot een beperking van de flexibiliteit en aanzienlijke bijkomende kosten voor de overheidsinstellingen leiden. Een tweede mogelijkheid is het beperken van de wetgeving tot een louter algemeen kader, dat op zijn beurt wordt aangevuld door gedragscodes of zogenaamde *best practices*. In dit geval zijn de kosten voor de overheid lager, maar dit gaat wel gepaard met een vermindering van de rechtszekerheid. Bovendien kan het gebrek aan formele regels en een controlerend orgaan tot een grotere terughoudendheid leiden van de private sector om zich op de informatiemarkt te begeven.

In België rijst ook steeds de vraag welke overheid bevoegd is voor het omzetten van een richtlijn. Wanneer we de regeling van het hergebruik van overheidsinformatie beschouwen als een uitbreiding van het recht op toegang tot informatie in het bezit van de overheid of van de openbaarheid van bestuur, zijn zowel de federale staat als de gemeenschappen en gewesten bevoegd voor hun eigen informatie.⁷⁷ Hierdoor loopt de omzetting wel het risico in een even onontwaaar kluwen te eindigen als de huidige situatie. We kunnen dit illustreren aan de hand van een voorbeeld. Wanneer een GIS-producent een applicatie aanbiedt voor toeristische uitstapjes, heeft hij de topografische data van het federale Nationaal Geografisch Instituut nodig, de stratendatabank van GIS Vlaanderen, en toeristische informatie van de verschillende steden en gemeenten in Vlaanderen, die onder de regionale bevoegdheid vallen, en die bovendien erg gesteld zijn op hun autonomie. Wanneer telkens verschillende regels en voorwaarden gelden, zal de GIS-toepassing behoorlijk wat bloed, zweet en tranen kosten. Coördinatie is dus onontbeerlijk. Een nadelig gevolg hiervan is wel de traagheid van de procedure. Om alle neuzen in dezelfde richting te zetten, zal ongetwijfeld meer tijd nodig zijn dan de korte periode die ons nog rest tot 1 juli 2005. Een regeling zal echter zeker nodig zijn, want het bestaande kader beantwoordt niet aan de transparantievereisten van de richtlijn.

De discussie verloopt in België quasi-volledig langs de lijnen van de openbaarheid en de toegang tot informatie. De vraag naar de mededingingsrechtelijke positie van de overheid wordt niet gesteld. Er lijkt te worden verondersteld dat de activiteiten van de overheid inzake haar informatie steeds als een publieke taak kunnen worden aangemerkt. Dit is echter allerm minst het geval, getuige de tientallen gemeenten die informatie over wandelingen of ansichtkaarten verkopen.

5.2 Nederland

De Nederlandse discussie verloopt vooralsnog langs de lijnen die na intrekking van het wetsvoorstel Markt en Overheid zijn uitgezet. Genoemd kabinetsstandpunt over de verhouding markt en overheid introduceert een toetsing door de bestuursrechter van overheidsbesluiten met betrekking tot het gaan verrichten van marktactiviteiten. Die toetsing zal, zoals wij hebben gezien, ongetwijfeld een marginaal karakter krijgen, maar biedt toch de gelegenheid de principes die er op dit punt in de hierboven behandelde rechtspraak zijn ontwikkeld afzonderlijk te toetsen. Daarnaast zullen gedragsregels worden ontwikkeld die tot doel hebben concurrentievoordelen van overheden weg te nemen. Toezicht op naleving van die regels komt in handen van de NMa. Binnen die twee uitgezette lijnen is er nauwelijks nog ruimte nodig voor een afzonderlijke implementatie van de richtlijn. Die lost, zoals we hebben gezien, immers het echte probleem, dat van de toelaatbaarheid van commerciële overheidsactiviteiten niet op.

De richtlijn wordt volgens een persbericht van het Ministerie van Algemene Zaken van

11 april j.l. geïmplementeerd in de Wet openbaarheid van bestuur.

6 Afstemmingsproblemen met openbaarheid van bestuur

De wetgeving inzake de openbaarheid van bestuur zal alleszins in het achterhoofd moeten worden gehouden om al te grote inconsistenties met de regeling van het hergebruik te vermijden. In de eerste plaats is er het verbod in de toegangswetgeving in België en Vlaanderen om de verkregen documenten te verspreiden of te gebruiken voor commerciële doeleinden. Dit verbod, zeker in zijn beperkte Vlaamse vorm, heeft weinig zin en is in de praktijk onhoudbaar, aangezien het niet gesanctioneerd wordt en de verzoeker bovendien geen reden moet opgeven waarom hij bepaalde documenten wenst te verkrijgen van de overheid. De overheidsinstellingen zullen dus onmogelijk kunnen nagaan wanneer documenten worden aangevraagd met het oog op hergebruik. Het verbod kan echter leiden tot verwarring en op die manier een goed ontwikkeld hergebruik in de weg staan. Het Nederlandse systeem van de WOB kent dat probleem niet.

Het regime voor hergebruik moet ook op een tweede manier worden afgestemd op de openbaarheid van bestuur. Om een document te verkrijgen onder de toegangswetgeving kan ook een vergoeding worden gevraagd, die de kostprijs niet mag overschrijden. Wanneer voor het hergebruik een vergoeding zou worden gevraagd waarin een redelijk rendement op investering is inbegrepen, en die dus hoger zal liggen dan enkel de kostprijs, zal de verleiding groot zijn voor de private sector om de informatie aan een lagere prijs te verkrijgen via de openbaarheid van bestuur. Om dit te vermijden zullen de vergoedingsprincipes voor toegang en hergebruik in een coherente vorm moeten worden gegoten. Alleen op deze manier zullen misbruiken en ongelijkheden op de markt kunnen worden vermeden. De aangewezen wettelijke regeling daarvoor, kan niet de Nederlandse WOB zijn, omdat die vooralsnog slechts een gedeelte betreft van de informatie waar het hier om gaat.⁷⁸ Het Nederlandse implementatievoorstel komt er namelijk op neer dat informatie die op grond van de WOB openbaar is, kan worden hergebruikt. In België, en zeker in Vlaanderen, zal dit laatste minder problemen opleveren, gelet op het ruime toepassingsgebied van de openbaarheidswetgeving. Daar is ook nog niet uitgemaakt of de regeling al of niet zal worden opgenomen in de openbaarheid van bestuur. De afstemmingsproblemen zijn er echter niet minder om.

7 Besluit

Met de introductie van een toetsing vooraf door de (Nederlandse) bestuursrechter op de vraag of de overheidsinstantie bepaalde marktactiviteiten mag gaan verrichten is volgens ons een stap voorwaarts gezet op dit kennelijk moeilijk in het algemeen te regelen gebied. Het voordeel van een dergelijke toetsing is uiteraard dat zij concreet kan zijn; bovendien zou dan ook de keuze van de juridische instrumenten ter discussie kunnen staan. Bij die toetsing dient echter ook de wenselijkheid van marktoptreden door de overheid in de beoordeling te worden betrokken. Het kan bij die toetsing immers niet alleen gaan om belangen van particuliere ondernemingen. Ook de belangen van eindgebruikers dienen gewicht te hebben. En die belangen kunnen, afhankelijk van de marktsituatie, zeer wel gediend zijn met marktactiviteiten van overheidsinstanties. Dat laatste doet zich vooral op de informatiemarkt voor, zoals de werkgroep Markt en Overheid in haar rapport al heeft onderkend.

Noten

* Mw. drs. K. Janssen is als onderzoeker verbonden aan het Interdisciplinary Centre for Law and ICT (ICRI) van de KU Leuven.

Met dank aan Stef van Gompel, voormalig student-assistent bij het IVIR voor het kundig bewerken van een deel van het Nederlandse materiaal.

1. Uiteraard heeft informatie die verzameld of geproduceerd werd door de overheid op de eerste plaats ook een politiek en democratisch belang. De overheid baseert immers haar beleid en haar beslissingen op de informatie die zij heeft over de maatschappelijke ontwikkelingen. Aan de andere kant heeft de burger ook behoefte aan adequate en correcte informatie om zijn rechten en plichten in de democratische samenleving te kunnen uitoefenen.
2. Gent 16 november 1995, *A.J.T.* 1995, 430, noot I. Vernimme, 'De bescherming van creaties op grond van de WHPC en de samenloop met auteursrechten'. Teleatlas maakte gebruik van de — toen relatief nieuwe — techniek van het vectoriseren. Volgens het NGI was er sprake van een slaafse nabootsing of een parasitaire handelswijze, verboden onder de Belgische Handelspraktijkenwet, omdat Teleatlas zich volledig had gesteund op het werk en de inspanningen van het NGI, en geen eigen inbreng deed. Het hof van beroep was het hier niet mee eens en stelde dat Teleatlas in de selectie van de gegevens uit de topografische kaarten en de combinatie ervan met haar eigen administratieve informatie wel degelijk als een persoonlijke inbreng kon worden beschouwd.
3. Volgens Teleatlas behoorden de kaarten van het NGI tot het openbaar domein, aangezien het NGI gesubsidieerd werd. Dit zou aanleiding kunnen geven tot een misbruik van machtspositie, aldus de producent. Volgens het NGI moest echter een onderscheid worden gemaakt: de informatie waarvan de kaartlezer zonder meer kennis kon nemen, kon inderdaad tot het openbaar domein worden gerekend. Het onderliggend geometrisch bestand, dat enkel relevant is voor diegenen die zelf geografische kaarten of databestanden produceren, behoort volgens het NGI niet tot het openbaar domein. Het hof van beroep heeft echter geen standpunt ingenomen met betrekking tot deze discussie.
4. Brussel 7 december 1995, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1995, 676. De Regie der Luchtwezen was in die tijd belast met het beheer van de luchthaven van Zaventem. Deze taken werden later opgeslorpt door BIAC (Brussels International Airport Company). Belgavia (Belgian Aviation Services) heet ondertussen Aviatpartners. Volgens het toenmalige statuut van de Regie was de passagiershanding een commerciële activiteit.
5. Gent 21 januari 2004, *RABG* 2004, afl. 11, 679, noot Y. Van Gerven, 'Overheidsmonopolies die niet aan de marktvraag voldoen'.
6. Y. Van Gerven, 'Overheidsmonopolies die niet aan de marktvraag voldoen', noot onder Gent 21 januari 2004, *RABG* 2004, afl. 11, 683.
7. Beslissing nr. 2003-V/M-81 van 20 oktober 2003, *Driemaandelijks Tijdschrift van Rechtspraak van de Raad voor de Mededinging*, 2003/4, 24–40.
8. Zie <http://www.epsigate.org>
9. HR 8 maart 1974, *NJ* 1974, 264 (*Vecta/De Staat: Artiestenbemiddeling*).
10. HR 21 maart 2003, *LJN* AF2293 (*Staat/Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en binnenvaart: brandstofleidingnet*).
11. Rb. Zutphen 19 februari 1994, *Computerrecht* 1995/1, p. 24 (*VNI/VNB*). Zie daarover Hans van der Saag, 'Der unlauterer Wettbewerb der öffentlichen Hand nach niederländischen Recht', *GRUR Int* 1987, afl. 12, 842–851; E.P.H. Pijnacker Hordijk & T.M. Snoep, 'De overheid als ondernemer. Kanttekeningen vanuit mededingingsrechtelijk perspectief', *NJB* 1996, p. 923–929.
12. Hof Amsterdam 18 februari 1999, *NJ* 2000, 592 (*Security Print/Gemeente Amsterdam*).
13. Zie onder andere J.J.C. Kabel, *Communicatie en Commerce*, Deventer: Kluwer 1997, p. 7.
14. Zie voor andere uitspraken ter zake nog Rb. Utrecht 23 oktober 2002, zaaknr. 134402/HA ZA 01-1671/WV (*Baby Dan/Werkvoorzieningschap Weert c.a.*); Vzng. Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2003, *LJN* AF7282 (*LBVI/CBR : rijopleiding*); Vzng. Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2003, *LJN* AI0852 (*VerkeersinformatieDienst/De Staat*).
15. *Stcrt.* 1998, 95, p. 8.
16. Bijvoorbeeld de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, *B.S.* 30 juni 1994, Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, *B.S.* 1 juli 2004.
17. Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad nr. 2003/4 van 28 januari 2003 inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot intrekking van richtlijn nr. 90/313/EEG van de Raad, *PbEU* 14 februari 2003, L 41/26.
18. MvT bij het Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 26 maart 2004 inzake de openbaarheid van bestuur, *Stuk* 1732 (2002–2003), nr. 1, 40.
19. Het gaat dus niet om de informatie die door de Vlaamse overheid wordt verspreid in het kader van de actieve openbaarheid.
20. Integendeel, uit de voorbereidende werken van de federale wet betreffende de openbaarheid van bestuur van 1994 valt een zeer grote terughoudendheid in verband met de mogelijkheden tot commercieel gebruik af te leiden: '[...] om misbruik te voorkomen wordt in een [verbod op gebruik van bestuursdocumenten voor commerciële doeleinden] voorzien. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat de openheid van de administratie naar de burger toe dient ter verkrijging van privé-persoon of bedrijven. Of dat de burger derden betaalt voor informatie die eigenlijk gratis beschikbaar is.' (*Parl. St. Kamer* 1992/93, 1112/11).
21. Zie <http://www.gisvlaanderen.be>.
22. Zie <http://www.ngi.be>.
23. Zie <http://www.kmi.be>.
24. Zie <http://www.vdab.be>.
25. Zie <http://www.cultuurnet.be>.
26. Ministerie van Economische Zaken, *Gids voor de verspreiding van overheidsinformatie*, http://www.mineco.fgov.be/administrations/public_information_guide/home_nl.htm.
27. Ministerie van Economische Zaken, *Gids voor de verspreiding van overheidsinformatie*, 38.
28. *Ibid.*, 70.
29. *Ibid.*, 79.
30. Art. 47 WEM. Een openbare onderneming is 'elk bedrijf waarop overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende voorschriften' (richtlijn nr. 80/723/EEG van de Raad van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven, *PbEG* 29 juli 1980, L 195/35).
31. Pijnacker Hordijk & Snoep, *a.w.*, p. 926.

32. Zoals laatstelijk gewijzigd bij de Wet modernisering EG mededingingsrecht van 20 juli 2004, *Stb.* 2004, 345.
33. Zie ook Mireille Van Eechoud, 'Openbaarheid, exclusiviteit en markt: commercialisering van overheidsinformatie', *Mediaforum* 1998, afl. 6, 183.
34. Besluit NMa 31 juli 1998, Zaak nr. 5.
35. Zie voor die voorwaarde HvJ EG 11 november 1997, C-359/95 P en C-379/95 P (Ladbroke).
36. Besluit NMa 26 november 1996, Zaak nr. 101.
37. Zie aldus ook ten aanzien van het wetsvoorstel Markt en Overheid, Eric Van Damme, 'Het wetsvoorstel Markt en Overheid: een economisch perspectief', in: H. de Ru, J. Peters & J. Sylvester (red.), *De Wet markt en overheid: Beschouwingen over een omstreden wetsvoorstel* (Monografieën Overheid & Markt 2), Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 42. Vgl. over de positie van gemeenten en (Europees) mededingingsrecht: Anna Gerbrandt & Bart Hessel, *Mededingingsrecht voor decentrale overheden, in hun rollen als onderneming en als overheid*, Deventer: Kluwer 2004.
38. *Stcrt.* 1998, 95, p. 8.
39. Zie over authentieke registraties Eric Schreuders & Corien Prins, *Met Recht gestroomlijnd. Juridische normen voor authentieke gegevens, authentieke registraties en het gebruik van de daarin opgenomen gegevens. Rapport in opdracht van het Programmbureau Basisgegevens*, Tilburg: Katholieke Universiteit Brabant 2002.
40. E.J. Dommering, P.B. Hugenholtz & J.J.C. Kabel, 'De overheid en het publiek domein van informatie voor wetenschappelijk onderzoek', in: H. Dijstelbloem en C.J.M. Schuyt (red.), *De publieke dimensie van kennis, Voorstudies en achtergronden* (V110), Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 288.
41. Vgl. over dit model nader het rapport *Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*, Universiteit van Tilburg, januari 2004.
42. Wet van 1 november 2001 op het Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut, *Stb.* 2001, 562.
43. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 623, p. 8.
44. Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2003, *LJN* AI0852 (*VerkeersinformatieDienst/De Staat*); HR 15 september 1995, *Computerrecht* 1996/1, p. 22–33 (*Vierhand/NV Databank Kamers van Koophandel*).
45. Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit.
46. *Kamerstukken II* 1996/97, 24 036, nr. 45, p. 1–2.
47. Eindrapport Werkgroep Markt en Overheid, 20 februari 1997, p. 69.
48. *Kamerstukken II* 1996/97, 24 036, nr. 45, p. 2.
49. *Kamerstukken II* 1996/97, 24 036, nr. 51. De Tweede Kamer gaf herhaaldelijk aan zorg te hebben over oneerlijke concurrentie door de overheid (zie onder andere *Kamerstukken II* 1997/98, 24 036, nr. 63).
50. SER-advies 99/12 van 17 september 1999.
51. SER-advies *Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*, 2003, p. 74.
52. *Kamerstukken II* 1997/98, 26 024, nr. 10, p. 80.
53. *Stcrt.* 1998, 95.
54. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 050, nr. 1–3. Vgl. over het voorstel O.J.C. Cornielje & M. Van Der Putten, 'Wet markt en overheid: transparantie en zorgvuldigheid staan voorop', *Markt en Mededinging* 2002, afl. 1, p. 3–10; H.J. de Ru, 'Commentaar op het voorstel voor een Wet markt en overheid', *Markt en Mededinging* 2002, afl. 2, p. 62–67; K.J.M. Mortelmans & H.A.G. Temmink, 'Het wetsvoorstel Markt en Overheid in een Europeesrechtelijk perspectief: concurrerende stelsels?', *NTER*, afl. 10, p. 242–253.
55. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 050, nr. 7, p. 2–3.
56. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 050, nr. 7, p. 1 en 3 en nr. 8.
57. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 050, nr. 7, p. 3 en 4–6.
58. Vgl. over de vraag welke kosten in rekening gebracht mogen worden voor de verstrekking van overheidsinformatie M. Reinsma & H. van der Sluijs, *Naar een ruimere openbaarheid en een vrij gebruik van bestuurlijke informatie*, onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Directie Informatiebeleid Openbare Sector, December 2002. Zie verder Marijke Reinsma, 'Gebruiksrechten op overheidsinformatie', *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- en Informatierecht* 2003, afl. 5, p. 169–174; Mireille Van Eechoud & Jan Kabel, *Prijsbepaling voor elektronische overheidsinformatie* (IteR-Reeks nr. 14), Deventer: Kluwer 1998 p. 66.
59. Zie voor de laatste stand van zaken Verslag van een Algemeen Overleg, 9 november 2004, 28 050.
60. Richtlijn nr. 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie, *PbEU* 31 december 2003, L 345/90. De richtlijn heeft een zeer lange weg afgelegd. Een eerste initiatief van de Europese Commissie dateerde al van 1989: de *Guidelines for improving the synergy between the public and the private sectors in the information market* (<http://www.europa.eu.int/ISPO/legal/en/access/synergy.html>). In deze richtsnoeren werd een lans gebroken voor de beschikbaarstelling van informatie aan de private sector en voor een beperking van de betrokkenheid van de publieke sector bij de informatie-industrie tot de functie van leverancier van data als grondstof voor producten en diensten van de private ondernemingen. De Richtsnoeren hadden nauwelijks impact, mede door het feit dat zij de lidstaten geen enkele verplichting oplegden. Een ander juridisch instrument leek dus onontbeerlijk. In 1998 publiceerde de Europese Commissie het Groenboek over overheidsinformatie in de informatiemaatschappij (COM(98)585 def.), dat een aantal essentiële vragen opriep voor het bepalen van een gepast wettelijk kader voor hergebruik. Het werd zeer goed ontvangen door de lidstaten, de regeringen en de belangenverenigingen van de burgers, en ook door de informatie-industrie. Het duurde echter weer tot 2001 eer het Groenboek gevolgd werd door een nieuwe mededeling en consultatieronde van de Commissie. Hierop volgde, op vraag van de meeste betrokken partijen, een eerste ontwerp van richtlijn in 2002.
61. Art. 1.1 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.
62. Art. 1.2 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.
63. Openbaar lichaam wordt in de richtlijn gedefinieerd als 'de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen, en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen'. Een publiekrechtelijke instelling is iedere instelling die 'is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en rechtspersoonlijkheid heeft, en waarvan hetzij de activiteiten in hoofdzaak door de staat of zijn territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, hetzij het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, hetzij de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend orgaan of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, zijn territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen' (art. 2 Richtlijn inzake het

hergebruik van overheidsinformatie).

64. Overweging 9 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

65. Overweging 22 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

66. Overweging 9 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

67. Cf. infra.

68. Art. 4 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

69. Art. 5 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

70. Overweging 18 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

71. Art. 6 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

72. Overweging 14 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

73. Art. 8 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

74. Overweging 17 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

75. Art. 10.1 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

76. Art. 10.2 Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie.

77. Openbaarheid van bestuur kan worden beschouwd als transparantie van de openbare dienstverlening over de gehele lijn, vanaf de receptie tot en met de procedure voor de betwisting van genomen besluiten (P. Popelier, 'De openbaarheid van het overheidshandelen in de democratische rechtsstaat', *T.B.P* 1995, p. 712). Het omvat onder meer de motiveringsplicht van bestuurshandelingen, de actieve openbaarheid, het spreekrecht van de ambtenaren en de ombudsdienst. Het toewijzen van de bevoegdheid inzake toegang tot overheidsdocumenten veroorzaakte zeer veel discussie, waarvoor enkel een oplossing werd gevonden door de uitdrukkelijke verwijzing in art. 32 van de Belgische Grondwet naar uitvoering door een wet, decreet of ordonnantie.

78. Zo ook M. de Vries, 'Implementatie van de EU-Richtlijn en het gebruik van overheidsinformatie in de Wob. Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald', *NJB* 2004, p. 2042–2043.