

arrest

4

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.138.491 / 01

Zaaknummer rechtbank : C/09/432677 / HA ZA 12-1429

arrest van 25 november 2014

inzake

Andes B.V., mede handelend onder de naam **Falkplan-Andes**,
gevestigd te Eindhoven,
appellante,
hierna te noemen: Andes,
advocaat: mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,

tegen

De Staat der Nederlanden (ministerie van Infrastructuur en Milieu),
zetelend te Den Haag,
geïntimeerde,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. M. Dijkstra te Den Haag.

Het geding

1. Bij exploit van 15 november 2013 is Andes in hoger beroep gekomen van een door de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnis van 21 augustus 2013 (ECLI:NL:RBDHA:2013:17409). Bij memorie van grieven met (een afzonderlijke akte houdende) producties heeft Andes negen grieven (A tot en met I) tegen dat vonnis aangevoerd. Bij memorie van antwoord heeft de Staat de grieven bestreden.

2. Vervolgens hebben partijen op 9 oktober 2014 de zaak doen bepleiten, Andes door mr. Th.C.J.A. van Engelen te Utrecht en de Staat door mr. Dijkstra en mr. R.S.I. Lawant, die zich allen hebben bediend van overgelegde pleitnotities. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

3. De door de rechtbank in het vonnis van 21 augustus 2013 vastgestelde feiten zijn niet in geschil, behoudens de kwalificatie van het Nationaal Wegenbestand (hierna: NWB), welke in grief A aan de orde wordt gesteld en die afzonderlijk zal worden behandeld.

Het gaat in deze zaak om het volgende:

- a) Andes heeft een onderneming op het gebied van geografische data, routepanning en travel information services. Zij ontwikkelt producten en diensten voor professionele en publieke toepassingen.
- b) Uit artikel 15 Wegenwet volgt dat, wanneer een weg tot openbare weg wordt

- bestemd, het Rijk, de Provincie, de Gemeente of het Waterschap die dat heeft gedaan, tot het onderhoud van die weg verplicht is. Binnen de rijksoverheid is Rijkswaterstaat belast met het beheer van de rijkswegen.
- c) Rijkswaterstaat is in 1996 begonnen met het verzamelen van door decentrale wegbeheerders aangeleverde gegevens over de wegen binnen het door die wegbeheerders beheerde gebied. Deze gegevens worden sinds 1998 na samenvoeging met de gegevens van Rijkswaterstaat zelf, neergelegd in het NWB.
 - d) Op 8 mei 1998 zijn de Aanwijzingen inzake verrichten marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst (Stcrt. 1998, 95, hierna: de Aanwijzingen) vastgesteld.
 - e) Op 10 februari 2001 is het Besluit toegestane marktactiviteiten Rijkswaterstaat in bijzondere gevallen (Stcrt. 2001, 28, hierna: het Besluit 2001) vastgesteld.
 - f) In de periode van 11 november 2010 tot en met 23 mei 2011 hebben zeven partijen de minister van Infrastructuur en Milieu (hierna: de minister) verzocht om toestemming voor hergebruik van het NWB. Bij brief van 5 juli 2011 heeft de minister aan Andes bericht voornemens te zijn positief op de desbetreffende verzoeken te beslissen. Bij brief van 19 juli 2011 heeft Andes daarop haar zienswijze gegeven
 - g) Vervolgens heeft de minister bij (gelijkluidende) besluiten van 2 november 2011 op de hiervoor bedoelde verzoeken beslist. In deze besluiten staat onder meer het navolgende:

“(…)

De totstandkoming van bovengenoemde wijziging van de Mededingingswet, het publiceren in mei 2011 van de beleidslijn Hergebruik en Open Data alsmede mijn aanwijzing van mei 2011 van Rijkswaterstaat als dataprovider voor INSPIRE Annex I betreffende onder andere (...) het NWB, betekenen een wezenlijke wijziging in wetgeving en concretisering van (uitvoering van) beleid.

(…)

Op grond van het bovenstaande beoordelingskader dient overheidsinformatie zo breed mogelijk voor de burger en het bedrijfsleven toegankelijk en beschikbaar te zijn.

Ruime mogelijkheden voor het hergebruik van overheidsinformatie zullen ondernemingen onder meer in staat stellen de informatie te benutten en zo bij te dragen aan economische groei.

Bij besluitvorming over verzoeken om hergebruik van overheidsinformatie toe te staan, is het dan ook mijn uitgangspunt om hergebruik van gegevens die door mij zijn verkregen in de uitoefening van mijn publiekrechtelijke bevoegdheden, zoveel mogelijk toe te staan, tenzij andere belangen zich daartegen in zwaarwegende mate zouden verzetten.

In mijn eerdere besluitvorming ten aanzien van hergebruik van het NWB heb ik dit hergebruik nog niet toegestaan omdat meer duidelijkheid nodig was over a) de verhouding tot het beleid inzake marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst, en b) de mogelijke gevolgen voor economische belangen van marktpartijen.

(…)

Het door Andes B.V. aangehaalde rijksbeleid voor marktactiviteiten door de Rijksoverheid staat niet in de weg aan het toestaan van hergebruik van het NWB.

(…)

Het ‘Besluit toegestane marktactiviteiten Rijkswaterstaat wegens onlosmakelijke verbondenheid met publieke taak dan wel ter benutting van noodzakelijke

restcapaciteit' van 11 januari 2011 en het 'Besluit toegestane marktactiviteiten Rijkswaterstaat in bijzondere gevallen' van 2 februari 2001, zijn vastgesteld ter uitvoering van de 'Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst' van 8 mei 1998.

Deze aanwijzingen en besluiten betreffende interne gedragsregels voor de rijksoverheid waaraan derden geen rechten kunnen ontleenen.

In deze aanwijzingen en besluiten wordt uitgegaan van eenzelfde begrip 'marktactiviteiten'.

Het toestaan van hergebruik van het NWB valt hier niet onder.

(...)

Zoals Andes B.V. memoreert heb ik bij die beslissing op bezwaar en in de aanvulling daarop in januari 2010 inderdaad geconcludeerd dat wijziging van het relevante beleid noodzakelijk was.

De achtergrond van die overweging was echter dat dit beleid, in afwachting van aanpassingen in Mededingingswet, toen nog niet uitdrukkelijk voorzag in een afbakening tussen hergebruik en marktactiviteiten, niet dat het beleid aan hergebruik in de weg stond.

Inmiddels is deze afbakening voldoende duidelijk in het rijksbeleid tot uitdrukking gebracht en heeft dit ook zijn weerslag gevonden in een, op voorstel van het kabinet, wijziging van de Mededingingswet (...)

Dat deze aanpassing feitelijk nog moet worden uitgevoerd laat onverlet dat huidig rijksbeleid niet in de weg staat aan het toestaan van hergebruik van het NWB.

(...)

Uit hetgeen in de zienswijze wordt aangevoerd over omvang van benadeling van Andes B.V. wanneer hergebruik van het NWB toegestaan wordt, blijkt onvoldoende van een nadeel dat voor mij zo zwaar weegt dat ik zou moeten afzien van het toestaan van hergebruik.

Ik neem daarbij onder meer in aanmerking dat het NWB reeds sedert medio 2007 openbaar is en marktpartijen vanaf die datum eventueel noodzakelijke aanpassingen in hun bedrijfsvoering hebben kunnen verrichten.

Dit neemt niet weg dat er mogelijk goede gronden kunnen bestaan voor nadeelcompensatie naar aanleiding van de onderhavige, op zichzelf rechtmatige, toestemming tot hergebruik. Dit vergt echter een nadere beoordeling die afzonderlijk en zelfstandig kan plaatsvinden. Het staat Andes B.V. vrij daartoe bij mij een gemotiveerd verzoek in te dienen op grond van de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 (...).

Besluit

Hergebruik van het NWB wordt onvoorwaardelijk, derhalve zonder dat de Staat zijn auteursrecht of databankenrecht terzake geldend wil maken, toegestaan.

Niet eerder dan twee weken na bekendmaking van dit besluit zal het NWB voor een ieder doorzoekbaar, raadpleegbaar, downloadbaar en verwerkbaar worden gemaakt door plaatsing op www.dataportal.nl."

- h) Andes heeft de tegen dit besluit aangevangen bestuursrechtelijke procedure ingetrokken. Haar verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening is verworpen bij uitspraak van 14 december 2011 van de voorzieningenrechter in de (toenmalige) rechtbank 's-Hertogenbosch.
- i) Bij brief van 16 april 2012 heeft Andes de minister op grond van de Wob verzocht om openbaarmaking van (kort gezegd) alle documenten over het aanbieden van het NWB aan lagere overheden, de vaststelling van tarieven daarvoor en over de kosten daarvan.

- j) Bij besluit van 20 juni 2012 heeft de minister op dit verzoek beslist. In dit besluit staat onder meer het navolgende:
*“Voor wat betreft het aanbieden (als bedoeld in Besluit toegestane marktactiviteiten Rijkswaterstaat in bijzondere gevallen) van het Nationaal Wegenbestand (hierna: ‘NWB’) aan overheden/wegbeheerders buiten de rechtspersoon Staat, is geen tarief vastgesteld omdat Rijkswaterstaat en de wegbeheerders de betreffende data onderling om niet uitwisselen. Daarnaast werd het NWB niet aangeboden aan derden. Vanaf 2 november 2011 is hergebruik van het NWB aan een ieder toegestaan.
Andere gegevensbestanden dan het NWB werden niet aangeboden aan wie dan ook. Er was dan ook geen reden om een tarief vast te stellen. Ik beschik derhalve niet over documenten die zien op het aanbieden van het NWB dan wel andere gegevensbestanden of op het vaststellen van tarieven daarvoor.”*
- k) Bij brief van 19 maart 2013 heeft Andes bij de minister een verzoek om nadeelcompensatie ex artikel 13 Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 ingediend. Op dit verzoek is nog geen beslissing genomen.

4. Andes vordert in dit geding, samengevat weergegeven, een verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld en handelt door
1. het realiseren, beheren, actualiseren en in stand houden van het NWB, en met name door daarbij samen te spannen met één of meerdere gemeenten, provincies en waterschappen;
 2. het niet adequaat handhaven van de auteurs- en databankrechten op het NWB, alsmede het niet adequaat handhaven van licentievoorwaarden inzake het NWB door gemeenten, provincies en waterschappen, dan wel andere derden;
 3. het (doen) exploiteren van het NWB door het (doen) openbaar maken en verveelvoudigen daarvan, dan wel het laten opvragen of hergebruiken daarvan, dan wel het herhaald en systematisch laten opvragen of hergebruiken daarvan of van in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële delen van de inhoud daarvan, dan wel het herhaald en systematisch laten opvragen of hergebruiken van in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud daarvan zowel op de overheidsmarkt vanaf de aanvang af van het ontstaan van het NWB, althans sinds het Besluit van 8 mei 1998 houdende de Vaststelling aanwijzingen inzake verrichten markt-activiteiten door organisaties binnen de rijksdienst, dan wel het Besluit van 2 februari 2001 inzake toegestane marktactiviteiten Rijkswaterstaat in bijzondere gevallen, alsmede op de markt buiten de overheid sinds de vrijgave voor hergebruik per eind 2011;
 4. het (doen) exploiteren van het NWB zonder daarvoor een vergoeding bestaande uit ten minste de integrale kosten van het NWB, althans een vergoeding, door het hof in goede justitie te bepalen, in rekening te brengen;
 5. het (doen) exploiteren van het NWB onder afstand van alle auteurs- en databankrechten, althans zonder het hanteren van een licentie tegen marktconforme voorwaarden, waaronder gangbare gebruiksrestricties;
 6. het (doen) exploiteren van het NWB zonder compensatie van het door Andes daardoor ondervonden onevenredige nadeel.

Andes vordert verder dat het hof voor recht zal verklaren dat de onrechtmatige daden aan de Staat toegerekend kunnen worden, en dat de Staat zal worden veroordeeld de schade die Andes heeft geleden en nog zal lijden en die moet worden vermeerderd met rente, te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Anders vordert voorts dat het de Staat wordt bevolen om binnen twee weken na betekening van het arrest het

realiseren, beheren, actualiseren en in stand houden van het NWB en het (doen) openbaar maken en veeleuldigen daarvan, dan wel het laten opvragen of hergebruiken daarvan of van in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantiële delen van de inhoud daarvan, dan wel het herhaald en systematisch laten opvragen of hergebruiken van in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud daarvan, te staken en gestaakt te houden, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de Staat in de kosten van het geding.

5. Andes heeft aan haar vorderingen, samengevat weergegeven, ten grondslag gelegd dat de Staat jegens haar onrechtmatig handelt door in samenspanning met lagere overheden het NWB in stand te houden en om niet aan die lagere overheden te verstrekken. De handelwijze van de Staat komt volgens Andes in strijd met de (daarvoor geldende) Aanwijzingen. Met het in stand houden van het NWB en de verstrekking daarvan aan lagere overheden en derden is bovendien sprake van ongeoorloofde mededinging, althans verstoring van die mededinging en misbruik van bevoegdheid. In hoger beroep heeft Andes de grondslag van haar vorderingen uitgebreid met de stelling dat sprake is van een aanbestedingsplichtige activiteit.

6. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De tegen die afwijzing gerichte grieven lenen zich deels voor gezamenlijke behandeling.

7. Het hof ziet aanleiding eerst grief B te behandelen omdat het al dan niet slagen van die grief invloed heeft op de periode waarover het handelen van de Staat moet worden beoordeeld. Grief B richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de formele rechtskracht van de besluiten van 2 november 2011 meebrengt dat het vanaf de datum van de besluiten voor gebruik beschikbaar stellen van het NWB aan de lagere overheden, evenals het door de Staat vanaf de datum van de besluiten (kosteloos en zonder handhaving van zijn intellectuele eigendomsrechten op het NWB) voor hergebruik beschikbaar stellen van het NWB in de rechtsverhouding tussen Andes en de Staat rechtmatig moet worden geacht.

8. Het hof stelt voorop dat niet een grief is opgeworpen strekkend ten betoge dat de besluiten alleen maar formele rechtskracht ten opzichte van de aanvragers van die besluiten hebben. Die formele rechtskracht moet daarom in hoger beroep geacht worden voor eenieder te gelden. Andes voert tegen het oordeel van de rechtbank in de eerste plaats aan dat de formele rechtskracht van de besluiten van 2 november 2011 enkel ziet op het “as is” vrijgeven voor hergebruik van het NWB zoals dat op 2 november 2011 voorhanden was. Het hof verwerpt dat betoog. In de besluiten is immers opgenomen dat het NWB na bekendmaking van de besluiten doorzoekbaar, raadpleegbaar, downloadbaar en verwerkbaar zal worden gemaakt. Aangezien het NWB, zoals Andes ook onderkent, wordt gevoed met informatie over wijzigingen in het wegenbestand, is inherent aan dit besluit dat een digitaal levend bestand voor hergebruik beschikbaar wordt gesteld. Uit de besluiten volgt voorts dat het NWB “voor een ieder” beschikbaar wordt gesteld. Het betoog van Andes dat de besluiten geen betrekking hebben op het gebruik van het NWB door lagere overheden is dan ook niet juist. Er is geen reden om aan te nemen dat die lagere overheden niet onder het begrip “een ieder” vallen. Wel juist is dat, zoals de rechtbank ook heeft overwogen, de formele rechtskracht van deze besluiten niet in de weg staat aan toetsing van de handelwijze van de Staat vóór 2 november 2011.

9. Het feit dat per 1 juli 2012 de Wet Markt en Overheid (Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel

uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden, Stb. 2011, 162) in werking is getreden brengt niet mee dat de besluiten van 2 november 2011 hun werking hebben verloren. Daarvoor zou, mede ter bescherming van de rechten van derden die door de besluiten begunstigd zijn, een wijziging van die besluiten nodig zijn waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zouden openstaan. Het feit dat in de toelichting op het Besluit 2001 is opgenomen dat na de inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid “vorenbedoelde activiteiten” opnieuw zullen worden bekeken brengt evenmin mee dat de formele rechtskracht van de besluiten van 2 november 2011 moet worden doorbroken, reeds omdat met de Wet Markt en Overheid in de besluiten nadrukkelijk rekening is gehouden. Het feit dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (thans Autoriteit Consument & Markt) bevoegd zou zijn geweest op te treden wegens schending van artikel 25i Mededingingswet staat daar in zoverre los van dat die bevoegdheid de positie van Andes in het licht van de besluiten van 2 november 2011 niet raakt. De opmerkingen die Andes maakt over “timing” van de besluiten van 2 november 2011 had zij in het kader van de bestuursrechtelijke procedure tegen die besluiten aan de rechter kunnen voorleggen, en kunnen thans niet tot het oordeel leiden dat het handelen dat op die besluiten is gebaseerd, ondanks de formele rechtskracht van die besluiten, toch onrechtmatig is.

10. Grief B faalt dan ook. Dat betekent dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat de periode waarover het handelen van de Staat moet worden beoordeeld, wordt begrensd door de werking van de besluiten van 2 november 2011. De daarna van kracht geworden wijzigingen van de Mededingingswet, waaraan de rechtbank kennelijk ten overvloede aandacht heeft besteed, kunnen onbesproken blijven. Het hof wijst er nog op dat het vrijgeven van het NWB aan het publiek in overeenstemming is met het ‘open data’-beleid zoals neergelegd in de Richtlijn Hergebruik en dat vanuit dit gezichtspunt dat vrijgeven niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Ook hierop strandt grief B.

11. Het hof stelt bij de verdere beoordeling van de vordering het volgende voorop. Tussen partijen is niet in geschil dat de Staat op grond van artikel 15 van de Wegenwet gehouden is het onderhoud aan rijkswegen uit te voeren. Bij de uitoefening van zijn taak als wegbeheerder heeft de Staat onmiskenbaar behoefte aan allerlei hulpmiddelen die niet als zodanig in de wet worden genoemd. Het is in belangrijke mate aan de (beleids)vrijheid van de Staat als wegbeheerder overgelaten om te beoordelen welke hulpmiddelen hij nodig heeft. Er is verder geen regel die de Staat verbiedt zelf en voor eigen gebruik die hulpmiddelen te ontwikkelen die hij voor de uitoefening van zijn wettelijke taken nodig heeft, ook niet wanneer die hulpmiddelen ook van marktpartijen betrokken zouden kunnen worden. Ook als juist is dat Andes een product zou kunnen leveren dat vergelijkbaar is met het NWB, hetgeen de Staat heeft weersproken, behoeft dat gegeven de Staat er niet van te weerhouden niettemin zelf het NWB te ontwikkelen en in stand te houden.

12. Gelet op de hierboven bedoelde vrijheid van de Staat om te beoordelen welke producten hij nodig heeft voor de uitoefening van zijn taken, heeft de Staat ook de vrijheid om hulpmiddelen te ontwikkelen of aan te schaffen die meer functionaliteiten hebben dan voor de uitoefening van zijn wettelijke taak strikt genomen noodzakelijk zou zijn. Ook als juist is dat, zoals Andes stelt en de Staat betwist, het NWB beschikt over functionaliteiten zonder welke de Staat zijn verplichtingen als wegbeheerder zou kunnen uitvoeren, brengt dat niet mee dat de Staat door het ontwikkelen van een dergelijk systeem zijn bevoegdheden overschrijdt en onrechtmatig jegens Andes handelt. Er is ook geen algemene regel die de Staat verbiedt om gegevens van lagere overheden in een door hem beheerd en door hem gebruikt digitaal bestand op te nemen en voor dat doel te verwerken. Dit geldt temeer nu de

Staat gemotiveerd heeft gesteld dat een bestand met uitsluitend rijkswegen onvoldoende compleet is om zijn taken als wegbeheerder te kunnen uitvoeren, dit mede vanwege de noodzaak tot samenhang in het beleid van verschillende wegbeheerders. De vraag of de Staat die gegevens al dan niet in gedigitaliseerde vorm van die lagere overheden krijgt, is voor de uitkomst van dit geding dan ook niet relevant. Datzelfde geldt voor de vraag of die gegevens van lagere overheden al dan niet de basis hebben gevormd van het NWB, dit nog daargelaten dat Andes zelf ook onderkent dat het door haar genoemde Digiweg-project is “mislukt omdat de betrokken partijen weigerden hun databestanden ter beschikking te stellen”.

13. Het hof neemt bij het bovenstaande in aanmerking dat de Staat heeft aangevoerd om meerdere redenen niet te kunnen werken met – bijvoorbeeld – de door Andes in de markt aangeboden bestanden of met een marktpartij als Andes. Gelet op het belang dat niet alleen voor weggebruikers is gemoeid met een goede uitoefening van de taak van de wegbeheerder, maar ook gelet op het belang dat hiermee in het licht van het bepaalde in artikel 6:174 BW voor de wegbeheerder zelf is gemoeid, kan niet worden aangenomen dat de Staat niet de vrijheid heeft om, al dan niet in samenwerking met lagere overheden, een eigen systeem te onderhouden om aldus in ieder geval te bewerkstelligen dat de beschikbaarheid van het systeem is gegarandeerd. Grief C stuit op het bovenstaande af: het realiseren, beheren actualiseren en in stand houden van het NWB is niet onrechtmatig jegens Andes. De in de toelichting op grief C opgenomen stellingen met betrekking tot mededingingsbeperkende aspecten van het NWB worden hierna afzonderlijk besproken.

14. Bij beoordeling van de vraag of het de Staat vrij staat het in samenwerking met lagere overheden tot stand gekomen NWB ook aan die lagere overheden ter beschikking te stellen (grief D), geldt het volgende.

15. De vordering van Andes moet gelet op hetgeen achter 10 is overwogen, worden beoordeeld over de periode vanaf de totstandkoming van het NWB tot 2 november 2011. Het hof stelt bij de beoordeling van de vordering daarom voorop dat het, bij het ontbreken van wettelijke beperkingen, een vraag van overheidsbeleid is of de Staat tot – al dan niet kosteloze – verlening van bepaalde diensten mag overgaan op gebieden waar dergelijke diensten ook door particuliere personen of ondernemingen beroeps- of bedrijfsmatig worden verleend. De beleidsvrijheid van de Staat vindt haar grens daar waar de Staat in redelijkheid niet heeft kunnen menen dat evenredigheid bestaat tussen de nadelige gevolgen van zijn handelen en de met dat handelen nagestreefde doel (HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2293 en HR 8 maart 1974, NJ 1997, 264). Het hof is van oordeel dat het Besluit 2001 wettelijke beperkingen in voormelde zin bevat, zodat hierna aan dit Besluit zal worden getoetst.

16. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat bij beoordeling van de hierboven genoemde vraag belang toekomt aan hetgeen in de Aanwijzingen is neergelegd. De Aanwijzingen zijn gepubliceerd in de Staatscourant zodat de Staat ervan uit moest gaan dat derden aan die Aanwijzingen verwachtingen zouden ontlelen, in die zin dat derden er in beginsel op moeten kunnen rekenen dat de Staat zich bij zijn handelen zou laten leiden door deze Aanwijzingen. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat in de toelichting op de Aanwijzingen (onder 3.) met zoveel woorden is opgenomen dat daarin de voorwaarden zijn weergegeven waaronder onderdelen van de rijksdienst mogen werken voor derden. Daaraan kan vervolgens niet afdoen de in diezelfde toelichting (onder 4.) opgenomen zinsnede dat derden aan de Aanwijzingen “*in beginsel geen rechten (kunnen) ontlelen*” omdat die

opmerking het daarvóór weergegeven karakter van de Aanwijzingen miskent. De Staat moet zich derhalve houden aan de Aanwijzingen ook wanneer het ter beschikking stellen van de NWB geen marktactiviteit is.

17. Anders dan Andes betoogt, is van strijd met de Aanwijzingen evenwel geen sprake. In aanwijzing 24 is immers opgenomen dat in afwijking van de Aanwijzingen 4, 5 of 6 kan worden bepaald dat in bepaalde gevallen marktactiviteiten mogen worden verricht. Door de (toenmalige) minister van Verkeer en Waterstaat is dit gebeurd in het Besluit 2001 waarin in artikel 1 aanhef en onder e is opgenomen dat door Rijkswaterstaat buiten de rechtspersoon Staat als dienst mag worden aangeboden *“het ter beschikking stellen aan provincies, gemeenten en waterschappen van nationale gegevens(-bestanden) voor beheer of onderhoud van infrastructuur of verkeersbeheersing daarop.”* In de toelichting op dit besluit is onder meer het volgende opgenomen: *“Terbeschikkingstellen van nationale gegevens(-bestanden) voor het beheer of onderhoud van infrastructuur en het beheersen van verkeer daarop: dit vindt plaats aan provincies, gemeenten en waterschappen om hun verantwoordelijkheid als wegbeheerder te ondersteunen. Indien deze activiteit gestaakt zou worden, ontberen deze wegbeheerders belangrijke data voor een adequate invulling van hun verantwoordelijkheid. De hiervoor te leveren tegenprestatie bestaat uit het leveren van door betrokkenen vergaarde gegevens die onder andere van belang zijn voor de beheerstaken van Rijkswaterstaat, danwel uit betaling van verstrekkingskosten. De door Rijkswaterstaat in verband met de uitoefening van de publieke taak vergaarde gegevens alsmede de als tegenprestatie ontvangen gegevens, worden ter beschikking gesteld.”* Zowel de tekst van dit artikel als de toelichting daarop maakt duidelijk dat het hier gaat om het NWB, dat immers, ook als moet worden aangenomen dat het méér omvat dan de Staat voor de uitoefening van zijn taken als wegbeheerder strikt genomen nodig heeft, een gegevensbestand is voor het beheer of onderhoud van infrastructuur of verkeersbeheersing daarop. In zoverre is voldaan aan de Aanwijzingen en is van strijd daarmee dus geen sprake.

18. Gelet op het feit dat in artikel 2 lid 2 van het Besluit 2001 is bepaald dat de tarieven “per geval” zijn of worden vastgesteld, kan evenmin worden aangenomen dat de Aanwijzingen of het Besluit 2001 dwingen tot het in rekening brengen van (integrale) kosten aan de lagere overheden. Uit de toelichting op het Besluit 2001 blijkt immers dat voldoende werd geacht dat een tegenprestatie werd geleverd bestaande uit het leveren van *“door betrokkene vergaarde gegevens die onder andere van belang zijn voor de beheerstaken van Rijkswaterstaat, danwel uit betaling van verstrekkingskosten”*. Voor zover in de stellingen van Andes ligt besloten dat er door lagere overheden géén tegenprestatie als bedoeld in de toelichting op artikel 2, lid 2 van het Besluit 2001 wordt geleverd, heeft zij die stelling niet van een voldoende concrete onderbouwing voorzien, zodat die wordt gepasseerd. Haar betwisting achter 6.3.2 van de memorie van grieven volstaat in dit verband niet aangezien het niet op de weg van Andes ligt de stellingen van de Staat te betwisten, maar eigen stellingen in te nemen en te onderbouwen. Die onderbouwing kan, zonder nadere specificatie, evenmin worden gevonden in paragraaf 2.6 van de Handleiding Nationaal Wegenbestand 2008 waarnaar Andes in meer algemene zin verwijst, omdat in die paragraaf, waar verwezen wordt naar het daadwerkelijk gebruik van het NWB, toepassingen binnen de Rijksoverheid worden genoemd. Dat de in die paragraaf genoemde mogelijke andere toepassingen van het NWB daadwerkelijk zijn toegepast, heeft Andes niet van een voldoende onderbouwing voorzien, zodat niet relevant is of het NWB is opgezet als een “breed toepasbaar product” (par. 5.8 memorie van grieven).

19. Anders dan Andes kennelijk aanneemt (achter 6.3.2 van haar memorie van grieven),

dwingt (de toelichting op) het Besluit 2001 niet tot het aanleveren van *gedigitaliseerde* gegevens om van een tegenprestatie te kunnen spreken. Haar stelling dat het NWB (vóór 2011) werd gebruikt voor andere doeleinden dan het wegbeheer heeft Andes ook niet in die zin geconcretiseerd dat duidelijk is door welke lagere overheden een ander gebruik van het NWB wordt gemaakt dan voor het wegbeheer. De door Andes in dit verband achter 6.3.2 van de memorie van grieven weergegeven passage uit de Handleiding Nationaal Wegenbestand 2008 spreekt over het “*verwerken en vergelijken van verkeer- en vervoersgegevens*” en “*taken op het gebied van verkeer en vervoer*”, welke taken moeilijk los kunnen worden gezien van die van een wegbeheerder. De uitleg die Andes achter 6.2.4 van haar memorie van grieven geeft aan het Besluit 2001, vindt geen steun in de tekst van dat Besluit of de toelichting. De stelling van Andes dat het de Staat slechts vrij zou staan een systeem te ontwikkelen en aan lagere overheden ter beschikking te stellen wanneer er sprake zou zijn van marktfalen, miskent het hierboven achter 15 weergegeven kader en moet dus worden gepasseerd.

Alle (overige) stellingen van Andes die tot uitgangspunt nemen dat het Besluit 2001 niet van toepassing is op het NWB stuiten op het bovenstaande af en zullen (verder) onbesproken blijven.

Aan de Aanwijzingen is voldaan, zo moet worden geconcludeerd. Daarom – maar ook omdat de Staat zich zelf op het standpunt stelt dat hij zich heeft gehouden aan de lijnen uitgezet in de Aanwijzingen en het Besluit 2001 (achter 3.12 memorie van antwoord) - kan onbesproken blijven of sprake is van marktactiviteiten in de zin van de Aanwijzingen.

20. Dat de Staat overigens in redelijkheid niet heeft kunnen menen dat evenredigheid bestaat tussen de nadelige gevolgen van zijn handelen en de met dat handelen nagestreefde doel is uit hetgeen door Andes is aangevoerd niet af te leiden. Ook als juist zou zijn dat Andes “geen voet aan de grond heeft kunnen krijgen” op de overheidsmarkt en als sprake is van vraaguitval op de publieksmarkt en als dit komt door het handelen van de Staat, hetgeen door de Staat allemaal is weersproken, is daarmee immers gelet op het belang dat de Staat als wegbeheerder bij het NWB heeft, en gelet op hetgeen hierna onder 21 tot en met 26 is te overwegen (kort gezegd: dat het ter beschikking stellen van het NWB geen ondernemingsactiviteit vormt, maar onlosmakelijk is verbonden met de publieke taak van de Staat) nog niet gezegd dat de Staat in redelijkheid niet heeft kunnen menen dat evenredigheid bestaat tussen de nadelige gevolgen van zijn handelen en de met dat handelen nagestreefde doel. Dat brengt mee dat de grieven A, C en D falen. Het hof laat in dit verband de Richtlijn hergebruik (Richtlijn 2003/98/EG van 17 november 2003) onbesproken omdat, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, uit de besluiten van 2 november 2011 is af te leiden dat de Staat hergebruik van het NWB juist tot die datum niet heeft willen toestaan omdat zijn beleid – juist in afwachting van aanpassingen in de Mededingingswet - tot dan toe nog niet uitdrukkelijk voorzag in een afbakening tussen hergebruik en marktactiviteiten.

21. Zoals de rechtbank eveneens terecht heeft overwogen is voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van misbruik van een machtspositie, ongeoorloofde kartelafspraken en het verlenen van staatssteun in de eerste plaats van belang of er sprake is van activiteiten van “ondernemingen” in de zin van de mededingingsrechtelijke bepalingen. Hoewel de Staat er bij het vaststellen van het Besluit 2001 kennelijk vanuit is gegaan dat het NWB een marktactiviteit was in de zin van Aanwijzing 1 en blijkens de toelichting op die aanwijzing voor dat begrip aansluiting is gezocht bij het “*begrip `economische activiteiten` in de zin van de mededingingsregels*” brengt dat feit niet noodzakelijkerwijs mee dat het ook daadwerkelijk gaat om activiteiten van ondernemingen zoals bedoeld in de Mededingingswet en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Lagere en zeker primair intern

bedoelde regelgeving kan de werking van dit wettelijke / verdragsrechtelijke begrip immers niet beïnvloeden.

22. Bij de beoordeling van de hierboven geformuleerde vraag heeft als uitgangspunt te gelden dat een onderneming is elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt is een economische activiteit. Voor zover een overheidsinstantie een economische activiteit verricht die van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden losgekoppeld, handelt die instantie, wat deze activiteit betreft, als onderneming, terwijl bij een economische activiteit die niet van de uitoefening van haar bevoegdheden kan worden gescheiden, alle door die instantie verrichte activiteiten samenhangen met de uitoefening van deze bevoegdheden (HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:NL:XX:2012:BX2271).

23. Het hof is van oordeel dat het in stand houden van het NWB niet kan worden gescheiden van de taken die de Staat als wegbeheerder uitoefent. Uitsluitend als wegbeheerder heeft de Staat immers behoefte aan een systeem als het NWB en het is niet goed voorstelbaar dat de Staat, wanneer hij geen taken en bevoegdheden als wegbeheerder zou hebben, het NWB zou hebben ontwikkeld en in stand zou houden of behoefte zou hebben aan de in het NWB opgenomen informatie. Andes stelt dat ook niet. Het feit dat het NWB niet uitsluitend rijkswegen bevat of meer functionaliteiten dan strikt genomen noodzakelijk, maakt dit niet anders aangezien, zoals hierboven al is overwogen, de Staat gemotiveerd heeft gesteld dat het voor de uitoefening van zijn taak noodzakelijk is te beschikken over een bestand dat méér omvat dan uitsluitend rijkswegen. Het hof verwerpt het betoog van Andes dat erop neer komt dat geen sprake is van een onlosmakelijke verbondenheid met de publieke taak omdat het Besluit toegestane marktactiviteiten wegens onlosmakelijke verbondenheid met publieke taak dan wel ter benutting van noodzakelijke restcapaciteit van 11 januari 2001 niet op het NWB van toepassing is. Dat met dit Besluit op exclusieve wijze is beoogd te bepalen wanneer sprake is van marktactiviteiten door Rijkswaterstaat is daaruit immers niet af te leiden, dit nog los van het feit dat, zoals hierboven al is overwogen, dergelijke lagere regelgeving niet doorslaggevend is voor de beoordeling van een activiteit in het licht van de mededingingsrechtelijke regels.

24. Het hof verwerpt ook het standpunt van Andes dat het distribueren van het NWB niet onlosmakelijk is verbonden met de publieke taak van de Staat. Dat betoog miskent immers dat het NWB uiteindelijk het product is van een samenwerking tussen de Staat enerzijds en de lagere overheden anderzijds die ieder hun publieke taak hebben en die in een zekere mate van afhankelijkheid van elkaar die taak uitoefenen. Het feit dat de lagere overheden gebruik maken van het NWB in ruil voor de aanlevering van gegevens vloeit uit die publieke taak voort en kan daar ook niet los van worden gezien. Dat denkbaar is dat wegbeheerders gebruik maken van een door een marktpartij op de markt gebracht systeem laat onverlet dat, wanneer een wegbeheerder ervoor kiest zelf een dergelijk systeem te ontwikkelen en in stand te houden, die keuze en de uitvoering daarvan niet los kan worden gezien van de door die wegbeheerder uitgevoerde publieke taak. Een aanwijzing voor de conclusie dat de verstrekking van het NWB aan lagere overheden niet is te beschouwen als een economische activiteit is mede te vinden in het gegeven dat met de Richtlijn hergebruik is beoogd de openbaarmaking van de onder het toepassingsbereik van die Richtlijn vallende informatie te bevorderen. Weliswaar roept de Richtlijn als zodanig geen daartoe strekkende verplichtingen in het leven, maar wanneer op basis van die Richtlijn nationale regelgeving van kracht wordt die dergelijk hergebruik mogelijk of verplicht maakt, wordt de verstrekking van die

informatie ook op die grond een taak van de betreffende overheid. Het hof onderkent daarbij dat het Hof van Justitie in zijn arrest van 12 juli 2012 (zaak C-138/11, ECLI:NL:XX:2012:BX2271, rov. 50) heeft overwogen dat de Richtlijn hergebruik *“irrelevant is om uit te maken of een weigering van toestemming tot hergebruik van gegevens in de context van het onderhavige hoofdgeding, al dan niet een economisch karakter heeft”*, maar anders dan in die zaak gaat het hier niet om een weigering openbaar te maken, maar juist om verstrekking van gegevens op basis van nationale regelgeving die zijn grondslag (mede) vindt in de Richtlijn hergebruik.

25. Het feit dat door het Kadaster als wettelijke taak een Basisregistratie Topografie wordt onderhouden brengt evenmin mee dat het (ontwikkelen en) in stand houden en distribueren van het NWB niet onlosmakelijk verbonden is met de publieke taak van de Staat. De Staat heeft immers, naar onvoldoende gemotiveerd door Andes is weersproken, aangegeven dat de Basisregistratie Topografie niet alle kenmerken bevat die de Staat als wegbeheerder nodig heeft. Andes lijkt dat ook te onderkennen waar zij stelt dat wegbeheerders in aanvulling op de Basisregistratie Topografie gebruik kunnen maken van verschillende op de markt verkrijgbare geografische bestanden, waaronder de bestanden van Andes.

26. Voor zover de stellingen zijn gebaseerd op de Mw en het VWEU en betrekking hebben op misbruik van een machtspositie, verboden staatssteun of kartelvorming falen deze dus reeds op deze grond. Grieven E, F en G stuiten daarop af.

27. Het hof voegt daaraan toe dat van een partij die stelt dat misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie mag worden verwacht dat deze partij aangeeft wat de relevante markt is, hoe die is afgebakend en wat de daarop ingenomen posities zijn. Aan deze zware stelplecht heeft Andes niet voldaan.

28. Andes heeft in hoger beroep de grondslag van haar vorderingen aldus uitgebreid dat het NWB een aanbestedingsplichtige activiteit is, waarbij de Staat kennelijk heeft te gelden als opdrachtnemer. Als dat juist is – Andes heeft niet onderbouwd dat het NWB van zodanige omvang is dat het door ieder van de betrokken lagere overheden aanbesteed zou moeten worden; de enkele verwijzing naar de relevante richtlijnen volstaat daartoe vanzelfsprekend niet – is haar verwijt primair gericht aan de lagere overheden als aanbestedende diensten. Die lagere overheden zijn in dit geding geen partij. Andes heeft niet onderbouwd waarom het handelen van de Staat, dat zij kwalificeert als het *“initiëren en faciliteren van een schending van het aanbestedingsrecht”* jegens haar onrechtmatig is. Voor de conclusie dat de Staat onrechtmatig handelt omdat hij profiteert van het jegens Andes onrechtmatige handelen van de lagere overheden is nodig dat er bijkomende omstandigheden zijn die het handelen van de Staat onrechtmatig maken. Over dergelijke bijkomende omstandigheden heeft Andes evenmin iets gesteld. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat, anders dan Andes stelt, uit het arrest van het Hof van Justitie van 9 juni 2009 (Zaak C-480/06, Stadsreiniging Hamburg), niet kan worden afgeleid dat een samenwerking tussen de Staat en lagere overheden met betrekking tot het NWB, in strijd zou zijn met de regels van aanbestedingsrecht. Het uitgangspunt van Andes, dat Rijkswaterstaat een *“geoutsourcde topografische dienst is”* voor de lagere overheden miskent het feit dat zowel op die lagere overheden als op de Staat de taak van wegbeheerder rust. Het miskent voorts dat, zoals de Staat terecht heeft aangevoerd, die taak niet een strikt geografische afbakening kent omdat verkeersstromen aan het eind van de door de Staat beheerde snelweg niet ophouden. In zoverre is sprake van een op ieder van de betrokken overheden rustende taak, die bovendien,

anders dan Andes stelt, geen marktactiviteit is in de zin van de mededingingsrechtelijke regels.

29. Voor zover de vordering mede is gebaseerd op het standpunt dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door Andes geen nadeelcompensatie te bieden stuit de vordering af op het feit dat op het verzoek van Andes nog niet is beslist en dat tegen een eventuele afwijzing van het verzoek of het uitblijven van een besluit bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open staan. Grief H faalt dan ook.

30. Grief I richt zich tegen 4.33 en 4.34 van het bestreden vonnis. Andes voert daarin aan dat het NWB sinds 2007 is gebruikt door AND Automotive Navigation Data (hierna: AND) en dat het onrechtmatig van de Staat is geweest om daartegen niet op te treden. De Staat heeft weersproken dat van hergebruik door AND sprake is geweest. Het hof neemt tot uitgangspunt dat, wanneer AND het NWB zou hebben gekopieerd en aan derden zou hebben verstrekt, daarmee mogelijk sprake is van inbreuk op de rechten van de Staat. Het is in beginsel aan de Staat om te beoordelen of en wanneer hij tegen die inbreuk wenst op te treden. Het nalaten dat te doen is in beginsel dus niet onrechtmatig jegens een eventuele concurrent van AND, daarvoor zijn bijkomende ernstige omstandigheden nodig. Andes heeft niet gemotiveerd uiteen gezet waarom het jegens haar onrechtmatig is dat de Staat tegen het vermeende onrechtmatig gebruik van het NWB door AND niet heeft opgetreden. In de situatie waarin de Staat betwist dat AND het NWB heeft gekopieerd en aan derden ter beschikking heeft gesteld, en de Staat zelf dus kennelijk geen aanleiding ziet dat aan te nemen, kan te minder worden geconcludeerd dat de Staat gehouden was tegen AND op te treden, zomin als kan worden aangenomen dat de Staat, door niet op te treden, een marktactiviteit heeft ondernomen. Andes heeft tegenover het verweer van de Staat bovendien niet onderbouwd welk gerechtvaardigd belang zij erbij zou hebben gehad dat de Staat tegen dit gestelde gebruik zou hebben opgetreden en (dus) waarom het jegens haar onrechtmatig is dat de Staat dit niet heeft gedaan. Met betrekking tot het gestelde hergebruik door Goudappel heeft Andes niet voldoende gemotiveerd weersproken dat Goudappel uitsluitend in het kader van een aanbesteding door een lagere overheid, en dus in het kader van het gebruik door die lagere overheid, een zogenaamde gebruikersinterface heeft ontwikkeld. Er is geen grondslag voor de conclusie dat de Staat, door daar niet tegen op te treden, onrechtmatig jegens Andes heeft gehandeld. Grief I faalt.

31. De vorderingen van Andes stuiten op het bovenstaande af. Het beroep op verjaring van de Staat kan onbesproken blijven. De bewijsaanbiedingen van Andes hebben geen betrekking op feiten die, indien bewezen, tot een andere uitkomst leiden en/of zijn onvoldoende gespecificeerd. Op deze gronden worden zij gepasseerd.

32. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. Andes zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 21 augustus 2013;
- veroordeelt Andes in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op € 683,- aan verschotten en (3 punten x tarief II=) €2.682,- aan salaris advocaat;

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y. Bonneur, J.J. van der Helm en T.R. Ottervanger en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 25 november 2014 in aanwezigheid van de griffier.

Voor gosse aan:
Uitgegeven aan mr.
Advocaat van app. geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag

M. Dijkstra