

Besluit «Openbaar»

Ons kenmerk: ACM/DM/2016/207444_OV
Zaaknummer: 16.0570.29

BESLUIT van de Autoriteit Consument en Markt naar aanleiding van een aanvraag tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 70c, lid 1, Mw.

Pagina
1/12

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

Inhoudsopgave

1	Inleiding en leeswijzer	3
2	Wettelijk kader	3
3	Procedure.....	4
4	Feiten.....	4
5	Toepasselijkheid art. 25i Mw	7
5.1	Bestuursorgaan	7
5.2	Economische activiteit of wettelijke taak	7
5.2.1	Beoordelingskader	7
5.2.2	Standpunten Prosilic en Kadaster.....	9
5.2.3	Beoordeling ACM	9
6	Conclusie	11
7	Besluit	12

1 Inleiding en leeswijzer

1. De Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) ziet toe op de naleving van de Wet Markt en Overheid. De Wet Markt en Overheid (hierna ook: Wet M&O) is op 1 juli 2012 in werking getreden, als onderdeel van de Mededingingswet (hierna: Mw).¹ Het doel van de Wet M&O is *“het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden en anderzijds particuliere ondernemingen.”*
2. Het uitgangspunt van de Wet M&O is dat overheidsorganisaties de vrijheid hebben om “economische activiteiten” te verrichten (en daarbij mogelijk met particuliere ondernemingen concurreren), maar dat ze zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels moeten houden.
3. Op 9 juni 2016 heeft ACM in het kader van de Wet M&O een aanvraag tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 70c, lid 1, Mw (hierna: handhavingsverzoek) ontvangen. Dit handhavingsverzoek is ingediend door Prosilic². In het handhavingsverzoek stelt Prosilic dat de Dienst voor het kadaster en de openbare registers (hierna: het Kadaster) in strijd handelt met de Wet M&O. Volgens Prosilic biedt het Kadaster namelijk ten onrechte gratis software aan met informatie over ondergrondse kabels en leidingen, de zogenoemde Klic viewer. Naar het oordeel van Prosilic voldoet het Kadaster hiermee niet aan de verplichting tot doorberekening van de integrale kosten, zoals beschreven in artikel 25i, eerste lid, Mw. Naar aanleiding van dit handhavingsverzoek heeft ACM onderzocht of mogelijk sprake is van een overtreding van artikel 25i Mw.
4. ACM concludeert naar aanleiding van dit onderzoek dat artikel 25i Mw niet van toepassing is op het aanbieden van de Klic Viewer. In dit besluit legt ACM uit waarom zij tot deze conclusie komt. ACM beschrijft achtereenvolgens het wettelijk kader waarbinnen ACM tot dit besluit is gekomen (hoofdstuk 2), de door ACM gevolgde procedure (hoofdstuk 3), de relevante feiten (hoofdstuk 4), de toepasselijkheid van artikel 25i Mw (hoofdstuk 5) en de conclusie van ACM (hoofdstuk 6).

2 Wettelijk kader

5. Op grond van artikel 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Mw kan ACM, ingeval van een overtreding van artikel 25i, eerste lid, Mw verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld.

¹ Hoofdstuk 4B Mededingingswet.

² Prosilic is de handelsnaam van Bouwens Beek Automatisering B.V.

6. De Wet M&O richt zich tot overheidsorganisaties die economische activiteiten verrichten. Om concurrentievervalsing met ondernemingen te voorkomen, dienen overheidsorganisaties die activiteiten 'op de markt' verrichten zich te houden aan vier gedragsregels zoals neergelegd in de Wet M&O. Deze gedragsregels omvatten de plicht tot integrale kostendoorberekening ex artikel 25i, eerste lid, Mw, het bevoordelingsverbod ex artikel 25j Mw, de plicht tot beschikbaarstelling gegevens ex artikel 25k Mw en de plicht tot functiescheiding ex artikel 25l Mw.
7. In de artikelen 25h, 25i en 25j Mw zijn uitzonderingsbepalingen opgenomen waarbij de Wet M&O niet van toepassing is. Deze uitzonderingsbepalingen zien zowel op de aard van het bestuursorgaan als op de aard van de verrichte activiteiten.
8. Om te kunnen vaststellen welke verplichtingen uit de Wet M&O in een concreet geval van toepassing zijn, dient achtereenvolgens:
 - a. het bestuursorgaan in kwestie te worden gekwalificeerd;
 - b. de verrichte activiteit te worden gekwalificeerd als economische activiteit;
 - c. te worden vastgesteld dat geen van de wettelijke uitzonderingsbepalingen en/of overgangstermijn van toepassing zijn.

3 Procedure

9. ACM heeft naar aanleiding van het ontvangen handhavingsverzoek beoordeeld of het Kadaster bij het gratis verstrekken van de Klic-viewer heeft gehandeld in overeenstemming met het bepaalde in artikel 25i Mw.
10. Zowel de klager als het Kadaster hebben desgevraagd aan ACM schriftelijke en mondelinge informatie gegeven over de (wettelijke basis voor de) verstrekking van de Klic-viewer.

4 Feiten

11. Prosilic is een onderneming die applicaties maakt, waaronder een applicatie voor het (mobiel) raadplegen van gegevens die in het kader van de Wion³ via het Kadaster wordt verstrekt.
12. Het Kadaster draagt op grond van de Kadasterwet zorg voor "*het bevorderen van de kenbaarheid van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen*".⁴

³ Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten.

⁴ Artikel 3, eerste lid, onderdeel h, Kadasterwet.

13. Het doel van de Wion is *“het aantal graafindcidenten met kabels en leidingen te verminderen. Om dit doel te bereiken moet de zorgvuldigheid bij graafwerkzaamheden worden vergroot; Zorgvuldig graven moet de standaard worden. Daarom wordt met dit wetsvoorstel de plicht voor zowel de opdrachtgever als de grondroerder geïntroduceerd om zorgvuldigheid te betrachten bij het uitvoeren van graafwerkzaamheden. Zorgvuldig graven betekent onder andere dat de grondroerder tijdig betrouwbare en bruikbare informatie ter beschikking heeft over de liggingsgegevens van kabels en leidingen en dat deze ook worden gebruikt bij het verrichten van de graafwerkzaamheden”*.⁵
14. Artikel 4 Wion schrijft voor dat er een elektronisch informatiesysteem is waarmee informatie wordt uitgewisseld tussen netbeheerders enerzijds en opdrachtgevers, grondroerders en bestuursorganen anderzijds. Het Kadaster is op grond van de Wion belast met het beheer van dit elektronische informatiesysteem (artikel 5, eerste lid, Wion). Op grond van de Wion verstrekt het Kadaster via het elektronische informatiesysteem gebiedsinformatie aan, onder meer, opdrachtgevers en grondroerders ten behoeve van het voorbereiden van graafwerkzaamheden en het op zorgvuldige wijze verrichten van graafwerkzaamheden (artikel 5, tweede lid, onderdeel a, Wion).
15. De procedure voor het verstrekken van de informatie gaat als volgt. Wanneer een opdrachtgever of grondroerder het Kadaster om gebiedsinformatie verzoekt (artikel 7 Wion) of een verplichte graafmelding doet (artikel 2 en 8 Wion), dient het Kadaster onverwijld alle betrokken netbeheerders hierover te informeren (artikel 9 Wion). Deze netbeheerders dienen in dat geval de informatie over hun netten via het elektronisch informatiesysteem te sturen aan het Kadaster (artikel 10 Wion).
16. Via het elektronisch informatiesysteem verstrekt de netbeheerder onder meer de volgende informatie aan het Kadaster:
- de liggingsgegevens van het net;
 - de relevante eigenschappen van het net (bijv. detailtekeningen, materiaaltype etc.). De relevante eigenschappen kunnen door middel van aparte bijlagen verduidelijkt worden;
 - eventuele voorzorgsmaatregelen. Dit is bijv. het geval bij gevaarlijke buisleidingen waar de grondroerder niet mag gaan graven nadat de door de netbeheerder vooraf bekend gemaakte voorzorgsmaatregelen zijn getroffen.
17. Het Kadaster verstrekt daarna via het elektronische informatiesysteem de gebiedsinformatie

⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 475, nr. 3, par. 2.1 (Memorie van Toelichting).

aan de grondroerder die om de informatie heeft verzocht of de graafmelding heeft gedaan (artikel 11 Wion).

18. In de Regeling informatie-uitwisseling ondergrondse netten (hierna: Rion) worden vereisten aan de informatieverstrekking door het Kadaster gesteld. Artikel 6 van de Rion stelt eisen aan de wijze waarop het Kadaster de liggingsgegevens verstrekt (zoals ten aanzien van de schaalgrootte en de weergave van de liggingsgegevens). Verder voegt het Kadaster op grond van artikel 7 van de Rion ten behoeve van de verstrekking van de gebiedsinformatie een kaart als ondergrond toe. Deze kaart betreft de Grootchalige Basiskaart Nederland (hierna: GBKN).
19. Het Kadaster heeft uiteengezet hoe de gebiedsinformatie wordt verstrekt aan de grondroerder.⁶ De aan de grondroerder verstrekte gebiedsinformatie is een bundeling van allerlei informatie die in een gecomprimeerd bestand (in zgn. zip-formaat) ter beschikking wordt gesteld. Het gaat hierbij om:
- Alle bestanden die door de netbeheerder zijn aangeleverd (zgn. png-kaarten en PDF-documenten zoals vastgelegd in het Berichtenmodel Kabels en Leidingen (BMKL) dat als bijlage 2 aan de Rion is toegevoegd);
 - de GBKN ondergrondkaart (in png-formaat);
 - Een PDF-document met liggingsgegevens. Dit is een PDF-document met diverse kaarten erin. Op de eerste pagina is een verzamelkaart te zien en op de volgende pagina's de kaarten per thema/netbeheerder);
 - Een PDF-document met informatie over de inhoud van de levering (leveringsinformatie document);
 - Een XML-bestand dat de levering beschrijft.
20. Het Kadaster heeft uitgelegd dat dit in de regel tientallen losse bestanden betreffen die niet of nauwelijks in samenhang leesbaar zijn. Om de gegevens te kunnen gebruiken in het terrein wordt daarom gebruik gemaakt van een applicatie (een viewer) die deze informatie bundelt en visualiseert en op schaal voor de gebruiker geprint kan worden. Hooguit voor zeer kleine graafgebieden is het mogelijk om zonder gebruik van een viewer-applicatie de bestanden te gebruiken. In de regel zijn de graafgebieden echter te groot om zonder viewer de kaarten te gebruiken.
21. Het Kadaster heeft daarom de Klic-viewer ontwikkeld. Hiermee kan de volgende informatie worden bekeken:
- een totaalbeeld van alle kabel- en leidinginformatie (in PDF-formaat);

⁶ Beantwoording informatieverzoek ACM door het Kadaster van 20 september 2016.

- informatie per netbeheerder; door het aan- en uitzetten van lagen bepaalt de grondroerder welke informatie wordt getoond;
- of er een zogenoemde Eis Voorzorgsmaatregel van toepassing is (door een pop-up melding).

22. Daarnaast biedt de Klic-viewer de mogelijkheid om in- en uit te zoomen, het beeld te verplaatsen en de Klic-viewer biedt verschillende afdrukmogelijkheden.

5 Toepasselijkheid art. 25i Mw

5.1 Bestuursorgaan

23. Artikel 25i, eerste lid, Mw is enkel van toepassing zover door het betreffende bestuursorgaan een economische activiteit wordt verricht. De dienst voor het kadaster en de openbare registers (het Kadaster) is een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, eerste lid, sub a, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Daarom richt de norm van artikel 25i, eerste lid, Mw zich tot het Kadaster.

5.2 Economische activiteit of wettelijke taak

5.2.1 Beoordelingskader

24. Om te bepalen of sprake is van een economische activiteit moet worden aangesloten bij de Europese jurisprudentie ten aanzien van het begrip “economische activiteit”⁷. Volgens vaste jurisprudentie is een economische activiteit “elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt”.⁸
25. Een leidend beginsel in de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent het ondernemingsbegrip en het begrip economische activiteit is of het gaat om activiteiten die ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht, zodat de entiteit in kwestie daarmee, feitelijk of potentieel, in concurrentie treedt of zou kunnen treden.⁹

⁷ *Kamerstukken II*, 2007/2008, 31 354, nr. 3 p. 30-31 (Memorie van toelichting).

⁸ O.a. C-113/07 SELEX Sistemi Integrati SpA, r.o. 69.

⁹ Zie hiertoe bijvoorbeeld zaak C-244/94, FFSA, C-115-/97-117/97, Brentjes Handelsonderneming B.V. of C-41/90 Höfner/Elser.

26. Voor het vaststellen of een bestuursorgaan een economische activiteit verricht, is de aard van de activiteit bepalend.¹⁰ Uit jurisprudentie blijkt dat in dit kader onder meer van belang is wat het doel is waarmee de activiteiten worden verricht en aan welke regels de activiteiten zijn onderworpen.¹¹ Als het gaat om activiteiten die door bestuursorganen worden verricht, dient volgens jurisprudentie onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin het bestuursorgaan handelt in de uitoefening van overheidsgezag, en de situatie waarin economische activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op de markt, worden verricht.¹² Voor zover bestuursorganen handelen in de uitoefening van overheidsgezag, verrichten zij in beginsel geen economische activiteit.
27. In de zaak Compass-Datenbanken¹³ heeft het Hof van Justitie de vraag beantwoord of het verzamelen en beheren van gegevens over ondernemingen, en het verstrekken van inzage in die gegevens door een Oostenrijkse overheidsinstantie, moet worden aangemerkt als de uitoefening van overheidsgezag of als een economische activiteit. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het verzamelen van de gegevens in dat geval behoorde tot de uitoefening van overheidsgezag. De ondernemingen hadden namelijk een wettelijk opgelegde mededelingsplicht en de Oostenrijkse overheidsinstantie had daaraan gekoppelde handhavingsbevoegdheden. Daarom verrichtte de Oostenrijkse overheidsinstantie met het verzamelen van de gegevens geen economische activiteit.¹⁴
28. Het Hof van Justitie stelt vervolgens: “ook het overeenkomstig de nationale wettelijke regeling voor het publiek toegankelijk maken en houden van de verzamelde gegevens, hetzij via een eenvoudige inzage, hetzij via de verstrekking van print-outs, vormt geen economische activiteit, aangezien het bijhouden van een databank met dergelijke gegevens en het beschikbaar stellen daarvan aan het publiek activiteiten zijn die niet van het verzamelen van die gegevens kunnen worden gescheiden. Het verzamelen van die gegevens zou namelijk in grote mate zijn nut verliezen indien er geen databank werd bijgehouden waarin zij ter inzage van het publiek worden opgenomen”.¹⁵

¹⁰ C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH r.o. 19.

¹¹ Idem, r.o. 30.

¹² C-343/95, Diego Cali & Figli Srl, r.o. 16.

¹³ C-138/11, Compass-Datenbanken GmbH

¹⁴ C-138/11, Compass-Datenbanken, r.o. 40

¹⁵ Idem, r.o. 41

5.2.2 Standpunten Prosilic en Kadaster

29. Prosilic betoogt in haar handhavingsverzoek dat het Kadaster met het aanbieden van de Klic-Viewer een economische activiteit verricht waarop de Wet M&O van toepassing is. Zij stelt dat het Kadaster namelijk geen wettelijke taak heeft voor het ontwikkelen van de Klic-viewer. Volgens haar heeft het Kadaster op grond van de Wion alleen een taak op het gebied van informatie uitwisseling, maar niet op het gebied van visualisatie van die informatie. Bovendien bestaat er geen technische noodzaak voor het Kadaster voor het ontwikkelen van de Klic-viewer, aangezien de graafberichten ook met een reguliere PDF-viewer kunnen worden getoond en afgedrukt. Prosilic stelt dat het gratis verstrekken van de Klic-viewer daarom op gespannen voet staat met de Wet M&O.
30. Het Kadaster heeft in de beantwoording van de vragen op 20 september 2016 aangegeven dat het Kadaster met het aanbieden van de applicatie Klic-viewer uitvoering geeft aan haar wettelijke taak. Er zou dus geen sprake zijn van een economische activiteit. Hiermee is volgens het Kadaster de Wet M&O niet van toepassing en is het Kadaster niet gehouden de integrale kosten door te berekenen bij het verstrekken van de Klic-viewer.¹⁶

5.2.3 Beoordeling ACM

31. ACM is van oordeel dat het Kadaster met het ter beschikking stellen van informatie over de ligging van kabels en leidingen via de Klic-viewer geen economische activiteit verricht. ACM legt haar standpunt hieronder uit.
32. Zoals blijkt uit het hiervoor weergegeven toetsingskader, is volgens staande jurisprudentie de aard van de activiteit bepalend voor het antwoord op de vraag of het Kadaster een economische activiteit verricht. Daarbij moet onder meer worden gekeken naar het doel waarmee de activiteit wordt uitgevoerd en de regels waaraan de activiteit is onderworpen. Daarnaast biedt de zaak Compass-Datenbanken enkele aanknopingspunten voor de beoordeling of het aanbieden van gegevens via de Klic-viewer een economische activiteit is.
33. ACM gaat eerst in op de vraag of het beheer van het elektronische informatiesysteem en het verstrekken van de gegevens over de ligging van kabels en leidingen via dat informatiesysteem een economische activiteit is.
34. Zoals beschreven in randnummer 15, zijn grondroerders verplicht voor aanvang van graafwerkzaamheden een graafmelding te doen bij het Kadaster. Netbeheerders zijn voorts

¹⁶ Beantwoording informatieverzoek ACM door het Kadaster van 20 september 2016.

verplicht gebiedsinformatie aan het Kadaster te verstrekken indien daarom door het Kadaster wordt verzocht. Indien niet aan deze verplichtingen wordt voldaan dan kan dit bestuursrechtelijk worden gehandhaafd.¹⁷ Het Kadaster heeft in het proces van informatie-uitwisseling over de ondergrondse netten de wettelijke taak om de kenbaarheid van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen te bevorderen. Daarbij is het Kadaster belast met het beheer van het elektronisch informatiesysteem. Het Kadaster heeft op grond van de Wion tot taak via dit systeem de gebiedsinformatie over de ligging van kabels en leidingen aan opdrachtgevers, grondroerders en bestuursorganen te verstrekken. Dit betreft de uitoefening van overheidsgezag. Met het verstrekken van de gebiedsinformatie over de ligging van kabels en leidingen via het elektronische informatiesysteem, verricht het Kadaster daarom geen economische activiteit.¹⁸

35. De volgende vraag die moet worden beantwoord, is of het ter beschikking stellen van de Klic-viewer kan worden gescheiden van de wettelijke taak van het Kadaster om via het elektronische informatiesysteem de gegevens over de ligging van kabels en leidingen te verstrekken. Als de gegevensverstrekking via de Klic-viewer verder zou gaan dan nodig is om uitvoering te geven aan de wettelijke taak, dan zou mogelijk sprake kunnen zijn van een economische activiteit.¹⁹
36. De rechtbank Zutphen heeft in een uitspraak van 4 mei 2011 geconcludeerd dat *het (laten) ontwikkelen van de KLIC-viewer valt (...) binnen de wettelijke taak van het Kadaster als genoemd in onderdeel h van artikel 3 lid 1 van de Kadasterwet. (...) Ook het gratis aanbieden van de Klic-viewer valt binnen de wettelijke taakopdracht van onder h van artikel 3 lid 1 van de Kadasterwet. Door het kosteloos aanbieden van de applicatie bestaat immers geen financieel beletsel om kennis te verkrijgen van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen. Daarmee wordt de kenbaarheid van deze gegevens bevorderd. (...) Conclusie is dan ook dat het laten ontwikkelen en het gratis aanbieden van de Klic-viewer behoort tot de wettelijke taakopdracht van het Kadaster.*²⁰

¹⁷ Hoofdstuk 6 Wion.

¹⁸ De (wettelijke) context van de zaak Compass-Datenbanken is derhalve anders dan de (wettelijke) context van de voorliggende zaak. In de voorliggende zaak gaat het namelijk niet specifiek om het beheer van een databank en het verzamelen van gegevens, maar om een wettelijke taak met betrekking tot de uitwisseling van gegevens.

¹⁹ Zie in een andere context, maar wel enigszins vergelijkend de Analyse activiteiten RDW in het licht van de bepalingen van de Wet Markt en Overheid van 3 februari 2014, te raadplegen via www.acm.nl.

²⁰ Uitspraak rechtbank Zutphen van 4 mei 2011 (ECLI:NL:RBZUT:2011:BV0451).

37. ACM kan zich vinden in dit oordeel van de rechtbank. In de memorie van toelichting bij de Wion staat namelijk dat het elektronische informatiesysteem dat het Kadaster moet beheren zodanig moet worden ingericht dat het systeem *“een snelle en efficiënte informatie-uitwisseling mogelijk maakt”* en dat *“met één druk op de knop de aanvrager alle informatie op één kaart krijgt”*. Daarnaast staat in de memorie van toelichting dat *“het Kadaster daarbij zorg draagt voor de bundeling van de informatie die door de diverse beheerders wordt aangeleverd”*.²¹
38. Via de Klic-viewer bundelt het Kadaster de gegevens die zij op grond van de Wion beschikbaar moet stellen, waardoor de gebiedsinformatie op één kaart zichtbaar wordt. Met de Klic-viewer worden de gebiedsgegevens inzichtelijk en geschikt gemaakt voor gebruik. De gebiedsgegevens worden niet bewerkt en ook niet verrijkt met gegevens die het Kadaster niet op grond van de regels van de Wion moet verstrekken.
39. Gelet op het voorgaande blijft het Kadaster met het ter beschikking stellen van de Klic-viewer binnen de grenzen van haar wettelijk taak om via het elektronische informatiesysteem de gegevens over de ligging van kabels en leidingen te verstrekken. Het ter beschikking stellen van de Klic-viewer kan niet worden gescheiden van deze wettelijke taak. ACM is dan ook van oordeel dat het Kadaster geen economische activiteit verricht met het aanbieden van de Klic-viewer.

6 Conclusie

40. Artikel 25i Mw is alleen van toepassing in het geval een bestuursorgaan economische activiteiten verricht. Nu het Kadaster met het aanbieden van de Klic-viewer geen economische activiteit verricht, is artikel 25i Mw niet van toepassing in dit geval.

²¹ *Kamerstukken II 2005/06, 30 475, nr. 3, par. 2.6 (Memorie van Toelichting).*

Besluit «Openbaar»

ACM concludeert daarom dat het Kadaster bij het gratis aanbieden van de Klic-viewer artikel 25i Mw niet overtreedt. ACM wijst het handhavingsverzoek van Prosilic derhalve af.

7 Besluit

ACM wijst het handhavingsverzoek van Prosilic af.

w.g.

Den Haag, 20 december 2016

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

dr. B.L.K. Vroomen
Teammanager Directie Mededinging

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.

12/12