

## Falkplan Andes B.V. / Minister van Verkeer en Waterstaat

Hoorzitting d.d. 15 oktober 2007 inzake het bezwaar d.d. 5 juni 2007 tegen de besluiten van de Minister van Verkeer en Waterstaat (de "**Minister**") d.d. 22 mei 2007 met kenmerken RWSCD BJV 2007/12143 en RWSCD BJV 2007/14585

Pleitaantekeningen Mr E.H. Pijnacker Hordijk

---

Deze mondelinge toelichting spitst zich toe op de navolgende punten:

- is sprake van een voor beroep vatbaar besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**") met betrekking tot het verzoek tot vrijgave van het nationaal wegenbestand ("**NWB**") met het oog op hergebruik;
- de inhoudelijke beoordeling van het beleid dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt;
- ondeugdelijkheid van een overgangperiode als middel om de onrechtmatigheid van het bestreden besluit te repareren.

### 1. Is sprake van een besluit?

Naar het oordeel van Falkplan Andes B.V. ("**Falkplan**") is sprake van een voor beroep vatbaar besluit omdat uit het besluit dat de besluitvorming van de Minister omtrent vrijgave van het NWB voor hergebruik reeds definitief is. Zie ook p. 5 van de bestreden besluiten onderaan: "Voor aanhouding van de besluitvorming (...) is geen reden." Er is slechts sprake van opschorting van het definitieve besluit totdat de procedure tot aanpassing van het Besluit toegestane marktactiviteiten Rijkswaterstaat is afgerond.

Voor alle duidelijkheid: Falkplan Andes wil niet het risico lopen dat haar, wanneer zij bezwaar maakt tegen het definitieve besluit tot vrijgave voor hergebruik, de formele rechtskracht van de thans bestreden besluiten wordt tegengeworpen.

### 2. Inhoudelijke beoordeling van het beleid dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt

Zoals de heer Nientker en Bieling reeds omstandig uiteen hebben gezet is het NWB in zijn essentie niets meer dan een doublure van wat reeds door diverse marktpartijen wordt aangeboden. Dat geldt in ieder geval voor het basisbestand: de het gehele land dekkende wegenkaart, met vermelding van straatnamen en huisnummers en eventueel ook postcodes. Bovenop dat basisbestand komen dan nog aanvullende functionaliteiten, maar die worden alle eveneens reeds door de markt aangeboden en kunnen in ieder geval zonder enige twijfel door de markt worden aangeboden. Rijkswaterstaat beschikt over niets dat hen in staat stelt een product te ontwikkelen waarin de markt niet voorziet of niet zou kunnen voorzien.

In een situatie als deze is het volstrekt normaal dat de overheid de benodigde producten inkoop in de markt. Dat het NWB een belangrijke publieke functie vertegenwoordigt maakt dat niet anders.

Zoals de heer Nientker heeft toegelicht, zou de overheid alle elementen van het NWB tegen betrekkelijk geringe bedragen op de markt kunnen inkopen. Wij spreken dan van maximaal enkele tonnen tegenover de vermoedelijk miljoenen euro's die thans jaarlijks door RWS aan de instandhouding en opwerking van het NWB wordt gespendeerd. Daar komt nog dat het bedrag aan overheidsuitgaven nog significant zal moeten stijgen indien het NWB wordt vrijgegeven en commerciële alternatieven verdwijnen.

De hele controverse rond de vrijgave van het NWB is dan ook primair gestoeld op het eigen belang van RWS om de interne organisatie die verantwoordelijk is voor het NWB in stand te houden. Dat blijkt bijvoorbeeld uit een presentatie van RWS-medewerker Nobbe, die ik u hier voorhoud. De nadruk wordt gelegd op wat het NWB kan bieden in concurrentie met de markt, maar niet op de vraag wat het NWB voor toegevoegde waarde biedt boven datgene wat reeds in de markt voorhanden is. Uit de presentatie blijkt met name de ambitie van RWS om met het NWB "de markt op te gaan" als gratis aanbieder – een economische contradictio in terminis – hetgeen op zich niets van doen heeft met het INSPIRE-gebeuren.

Ook in de diverse rapporten die zijn ingewonnen in het voorbereidingstraject dat moest uitmonden in het besluit tot vrijgave van het NWB is als een gegeven beschouwd dat RWS zich zou blijven bezighouden met het zelf ontwikkelen en bijhouden van het NWB. De relevante voorvraag, of het vanuit maatschappelijk en economisch perspectief wenselijk en zinvol is dat RWS met het NWB private producten blijft dupliceren, wordt niet gesteld. Daarmee spitst de vraagstelling zich als snel toe op de vraag naar de noodzaak van een vergoeding van de schade voor marktpartijen als gevolg van vrijgave van het NWB. Deze benadering is evenwel inhoudelijk pertinent ondeugdelijk en juridisch onhoudbaar.

De vraag of de Staat geld moet verspillen aan het dupliceren van wat in de markt aanwezig is, is een politieke of, zo men wil, beleidsmatige vraag. De vraag of men met het product van deze onnodige activiteiten vervolgens ook nog eens de markt mag verpesten door dit product kosteloos aan eenieder ter beschikking te stellen, is echter niet alleen een beleidsmatige vraag, maar ook een juridische. In de politieke arena kunnen drogredenen als dat de belastingbetaler reeds heeft betaald voor het NWB en dat Google Maps ook gratis aan den volke beschikbaar wordt gesteld, wellicht nog een kans van slagen maken. In de juridische context kunnen dergelijke argumenten geen enkel gewicht in de schaal leggen.

Bezien wij de besluitvorming van de Minister nader, zoals deze blijkt uit de bestreden besluiten, dan blijkt daaruit dat in het geheel niet is onderzocht in welke mate aan de interne vraag overheid naar wat het NWB biedt kan worden voldaan door de markt. Dat

is in de opvatting van Falkplan een dermate ernstig gebrek in de voorbereiding van de bestreden besluiten dat zij reeds om die reden niet in stand kunnen blijven.

Het tweede ernstige gebrek is dat de beoordeling van de gevolgen van de vrijgave van het NWB wordt gereduceerd tot de vraag wat de schade is die marktpartijen daardoor lijden en of deze schade zou dienen te worden vergoed. Dat is op zich vanuit het oogpunt van een zorgvuldige besluitvorming opnieuw een onaanvaardbare beperking van de omvang van de problematiek. Het gaat immers niet enkel om de vraag welke kosten marktpartijen in het verleden hebben gemaakt waarvan het economische bestaansrecht in gevaar wordt gebracht door de concurrentievervalsing die de gratis terbeschikkingstelling van het NWB impliceert. Het gaat ook om het wegvallen van verdien capaciteit in de toekomst. Een op zichzelf gezonde economische activiteit wordt door de valse concurrentie van het NWB de nek omgedraaid. Zoals de heer Nientker reeds heeft toegelicht, dreigt door de gratis terbeschikkingstelling van het NWB een kunstmatig monopolie te ontstaan. Een dergelijk monopolie is niet alleen onnodig, maar ook uitermate schadelijk vanuit een economisch oogpunt. Monopolies zijn per definitie niet bevorderlijk voor het bevorderen van innovatie en kostenefficiency. Er is ook geen enkele reden om aan te nemen dat een - nota bene overheids- monopolist efficiënter zou opereren dan ondernemingen in een concurrerende marktomgeving. Waarom in dit geval de overheid kiest voor een volstrekt andere koers is onbegrijpelijk voor Falkplan. In een goed werkende markt wordt de economische levensvatbaarheid van diverse marktpartijen op het spel gezet.

De tegenwerping dat ondernemingen als Falkplan Andes zich dankzij de beschikbaarheid van het NWB zouden kunnen concentreren op toegevoegdewaarde-producten in aanvulling op en op basis van het NWB, miskent dat de concurrerende wegenbestanden van marktpartijen als Falkplan Andes geen statisch gegeven zijn dat zich gemakkelijk laat substitueren door het NWB, maar een levend product dat niet alleen in technische en economische zin hecht verbonden is met de additionele functionaliteiten die Falkplan Andes aanbiedt. Bovendien zijn er wel degelijk kwaliteitsverschillen tussen de diverse wegenbestanden, en is het wegenbestand van Falkplan ontegensprekelijk van hogere kwaliteit dan het NWB. Dat superieure product is echter niet langer economisch levensvatbaar wanneer een groot deel van de vraag wordt afgeroomd door het NWB.

Dit alles betekent dat de maatschappelijke schade nog weer eens aanzienlijk groter is dan de bedrijfsschade van Falkplan alleen. Dat is een punt dat bij de inhoudelijke heroverweging van de bestreden besluiten alsnog in de besluitvorming zal moeten worden betrokken. Ik teken daarbij aan dat in de bezwaarfase niet enkel de rechtmatigheid maar ook de doelmatigheid van het bestreden besluit moet worden getoetst.

De economische maatschappelijke schade dreigt nog groter te worden indien RWS zich niet beperkt tot het kale NWB; maar ook nog eens meent ten behoeve van zichzelf en

de markt additionele functionaliteiten te moeten gaan ontwikkelen die ook reeds in de markt voorhanden zijn of door de markt kunnen worden ontwikkeld. Het omineuze voorbeeld van metingen van de hoogte van onderdoorgangen bij viaducten spreekt in dat verband boekdelen.

Tot slot kan in rechte geen stand houden het manifest ondeugdelijke verweer van RWS dat de marktpartijen in de voorbereidingsfase van de besluitvorming hun schade onvoldoende zouden hebben onderbouwd. Dat verweer is ondeugdelijk alleen al omdat voor het aantasten van de rechtmatigheid van het besluit tot vrijgave van het NWB helemaal geen vereiste is dat de bezwaarmaker zijn schade kwantificeert. Het verweer is daarnaast ondeugdelijk omdat met name Falkplan Andes binnen de grenzen van het mogelijke wel degelijk heeft gepoogd te becijferen wat de schade zou kunnen zijn. Een onmogelijke opgave, omdat aanvankelijk nog onvoldoende bekend was wat het NWB nu eigenlijk precies inhield (door het al dan niet moedwillig uitlekken van het NWB is dat inmiddels bij Falkplan wél bekend) en omdat toekomstige bedrijfsschade nu eenmaal naar haar aard moeilijk is in te schatten. Het verweer van RWS is eens te meer ondeugdelijk omdat Falkplan Andes niet eens in staat is gesteld te reageren op de aantijging dat zij haar schade onvoldoende zou hebben onderbouwd. In dat verband is de vraag waarom RWS het rapport van de Commissie van de Tweede Consultatieronde vrijgeven NWB-bestand van december 2006 eerst heeft vrijgegeven na het besluit van mei 2007 vooral een retorische. Het traineren van de vrijgave van documenten is zoals de praktijk uitwijst een van de meest frequente, ernstige en methodische schendingen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Tot slot ware nog te wijze op de presentatie van RWS-medewerker Nobbe waarin uitdrukkelijk staat vermeld dat de schade van Falkplan Andes 24 miljoen EUR belooft. Hoezo is de schade onvoldoende aangetoond? Tot slot, teneinde in deze iedere ruimte voor de gedachte dat de schade van Falkplan louter denkbeeldig is weg te nemen, heeft Falkplan een nadere uitwerking van de verwachte bedrijfsschade gemaakt, welke in het kader van de onderhavige bezwaarprocedure aan de RWS is toegezonden.

### 3. Ondeugdelijk van overgangstermijn als remedie

Tot slot nog een enkel woord over de gedachte dat de onrechtmatigheid van het besluit tot vrijgave zou kunnen worden gerepareerd door het hanteren van een vermeend "redelijke" overgangstermijn. Hoe "redelijk" ook in termen van duur, een overgangstermijn is een non-oplossing voor het werkelijk probleem: het probleem dat de overheid op kosten van de belastingbetaler zonder reëel nut in de markt bestaande producten dupliceert en door deze vervolgens kosteloos aan derden ter beschikking te stellen de markt ook nog eens volkomen bederft. Dat probleem doet zich voor anno 2007, en doet zich onverminderd voor anno 2009. De stelling dat een overgangstermijn de rechtmatigheid van het bestreden besluit zou kunnen redden, onderstreept echter slechts de vergaande onzorgvuldigheid waarmee het bestreden besluit tot stand is gekomen en de materiële onhoudbaarheid van het overheidsbeleid met betrekking tot het NWB

Conclusie

Falkplan handhaaft haar verzoek tot integrale heroverweging van het bestreden besluit en tot afwijzing van de vorderingen van AND en de Fietzersbond.