



## Besluit

### Besluit op het bezwaar van Bloqzone B.V. tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 5 april 2022 met kenmerk ACM/UIT/573428

Ons kenmerk : ACM/UIT/580682  
Zaaknummer : ACM/22/178466  
Datum : 21 november 2022

## 1. Samenvatting

In dit besluit verklaart de ACM het bezwaar van de onderneming Bloqzone B.V. (hierna: 'Bloqzone')<sup>1</sup> ongegrond. Bloqzone had de ACM verzocht om handhaving op grond van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (hierna: 'Mw') inzake de Wet Markt en Overheid (hierna: 'Wet M&O'). Dit omdat zij stelt benadeeld te worden in haar concurrentiepositie als gevolg van het open source<sup>2</sup> aanbieden van broncode van software van ID-Contact<sup>3</sup> door de gemeenten Nijmegen en Arnhem en de Drechtsteden (hierna: 'de Gemeenten'). De ACM heeft dit handhavingsverzoek op grond van haar prioriteringsbeleid<sup>4</sup> afgewezen en besloten geen nader onderzoek te doen.<sup>5</sup> Hoewel Bloqzone mogelijk negatieve gevolgen heeft ervaren door het handelen van de Gemeenten, concludeert de ACM in dit besluit dat zij er terecht van heeft afgezien haar schaarse onderzoeksbevoegdheden verder in te zetten.

## 2. Inleiding en juridisch kader

- 1 De ACM ontvangt meer handhavingsverzoeken en signalen over mogelijke overtredingen dan zij gelet op haar onderzoekscapaciteit volledig in behandeling kan nemen. Bij de uitvoering van haar wettelijke taak beschikt de ACM daarom over ruimte om te kiezen of en welke handhavingsonderzoeken wanneer worden opgestart. Dit doet zij op basis van haar prioriteringsbeleid.<sup>6</sup> Daarbij toetst de ACM in een vooronderzoek niet alleen welke eventuele overtredingen er in het geding zijn, maar ook hoe hoog wordt gescoord op (één of meerdere) van de drie prioriteringscriteria. De prioriteringscriteria luiden als volgt:
  - i. Hoe schadelijk is het gedrag waarop het verzoek of het signaal ziet voor de consumentenwelvaart op korte en langere termijn.
  - ii. Hoe groot is het maatschappelijk belang – in het bijzonder de publieke belangen die volgens de wetgever moeten worden behartigd – bij het optreden van de ACM.

<sup>1</sup> Bloqzone biedt een product (ID-Call) aan op de markt dat de identiteit van personen controleert wanneer een telefoon- of digitaal gesprek tot stand komt. Daarmee biedt Bloqzone middelen voor de veilige integratie van geïdentificeerde (klant)communicatie.

<sup>2</sup> Het open source aanbieden van broncode van software houdt in dat de broncode gratis online beschikbaar wordt gesteld en door eenieder bekeken en gebruikt kan worden. De broncode is een belangrijk bestanddeel van de software. Het is een leesbare tekst met programma-instructies die door de programmeur in een programmeertaal is geschreven. De documentatie bij de broncode kan functionele en technische documenten bevatten die nodig (kunnen) zijn om de broncode te begrijpen.

<sup>3</sup> ID-Contact is een concept ontwikkeld in een innovatieproject en bouwt voort op Proof of Concept ID-Bellen van de Gemeenten. Voor een beschrijving van de feiten verwijst de ACM naar randnummers 12-16 van het besluit van 5 april 2022 met kenmerk ACM/UIT/573428.

<sup>4</sup> *Stcr.* 2016, 14564.

<sup>5</sup> Besluit van 5 april 2022 met kenmerk ACM/UIT/573428.

<sup>6</sup> *Stcr.* 2016, 14564.

- iii. In hoeverre is de ACM in staat doeltreffend en doelmatig op te treden gelet op haar capaciteit en financiële middelen en de inzetbaarheid van een geschikt handhavingsinstrument.

- 2 Deze zaak betreft in de kern de vraag of de ACM gehouden is verder onderzoek te verrichten om te kunnen beoordelen of de Gemeenten met het gratis aanbieden van broncode artikel 25i, eerste lid, Mw hebben overtreden. De ACM stelt voorop dat verder economisch en financieel onderzoek nodig is om een overtreding te kunnen vaststellen. Een dergelijk onderzoek vraagt inzet van middelen en expertise van de ACM die dan niet beschikbaar is voor andere zaken. Dergelijk onderzoek kan ook uitwijzen dat geen sprake is van een overtreding omdat de door de Gemeenten gemaakte kosten minder zijn dan de reeds genoten baten.<sup>7</sup> Op grond van haar prioriteringsbeleid heeft de ACM in haar besluit van 5 april 2022<sup>8</sup> (hierna: 'het bestreden besluit') afgezien van een dergelijk onderzoek.<sup>9</sup>

### 3. Verloop van de procedure

- 3 Tegen het bestreden besluit heeft Bloqzone op 16 mei 2022 pro-forma bezwaar ingediend.<sup>10</sup> Op 5 juli 2022 heeft Bloqzone haar gronden van bezwaar aangevuld (hierna: 'het bezwaarschrift').<sup>11</sup>
- 4 Op 13 juni 2022 heeft de ACM de Gemeenten als belanghebbenden aangemerkt.<sup>12</sup> Op 12 augustus 2022 hebben de Gemeenten een schriftelijke zienswijze gegeven en ervan afgezien om hun zienswijze mondeling toe te lichten tijdens een hoorzitting.<sup>13</sup> Op 20 augustus 2022 heeft Bloqzone een schriftelijke zienswijze gegeven.<sup>14</sup>
- 5 De ACM heeft op 29 augustus 2022 een hoorzitting gehouden. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt.<sup>15</sup> Dat verslag is op 4 oktober 2022 aan Bloqzone gestuurd.<sup>16</sup> Op 19 oktober 2022 heeft Bloqzone haar opmerkingen naar aanleiding van het verslag aan de ACM gestuurd.<sup>17</sup>

## 4. Beoordeling bezwaar door ACM

### 4.1. Maatschappelijk belang niet gediend bij handhaving

*Maatschappelijk belang ontbreekt bij handhaving tot naleving Wet M&O met betrekking tot open source delen van broncode*

- 6 Er zijn geen aanknopingspunten voor het standpunt van Bloqzone dat de wetgever kennelijk al een afweging zou hebben gemaakt tussen de naleving van de Wet M&O enerzijds, en het stimuleren van open source aanbieden van broncode anderzijds.<sup>18</sup> In de wetsgeschiedenis van de Wet M&O en de evaluatie van de Wet M&O wordt namelijk niet gesproken over het open source delen van broncode.
- 7 In het bestreden besluit heeft de ACM in het kader van het door haar verrichte vooronderzoek gewezen op mogelijke voordelen die behaald kunnen worden door het open source delen van

<sup>7</sup> Op grond van artikel 3 Besluit markt en overheid.

<sup>8</sup> Besluit met kenmerk ACM/UIT/573428.

<sup>9</sup> Bestreden besluit, randnummers 20-27.

<sup>10</sup> Document met kenmerk ACM/IN/694484.

<sup>11</sup> Document met kenmerk ACM/IN/702815.

<sup>12</sup> Document met kenmerk ACM/UIT/578797.

<sup>13</sup> Document met kenmerk ACM/IN/708820.

<sup>14</sup> Document met kenmerk ACM/IN/710628.

<sup>15</sup> Document met kenmerk ACM/UIT/583757.

<sup>16</sup> Document met kenmerk ACM/UIT/584447.

<sup>17</sup> Document met kenmerk ACM/IN/723268.

<sup>18</sup> Bezwaarschrift, p. 3-4.

broncode<sup>19</sup>, ook al kan dit per geval verschillend zijn.<sup>20</sup> Daarbij heeft de ACM gewezen op het 'Onderzoek publiceren Open Source Software' in opdracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties uit 2017. Het onderzoek beschrijft de volgende voordelen:

- i. Verhoogde transparantie;
- ii. Voorkoming van onnodige kosten en realisatie van synergie;
- iii. Verhoging van de innovatiekracht door hergebruik;
- iv. Vorming van een fundament voor een digitale participatiemaatschappij;
- v. Onderlinge ondersteuning binnen *communities*;
- vi. Bevordering van codekwaliteit;
- vii. Stimulering van economische activiteiten;
- viii. Economische baten.<sup>21</sup>

- 8 De ACM is het niet met Bloqzone eens dat uit het 'Onderzoek publiceren Open Source Software' blijkt dat de integrale kosten moeten worden doorberekend.<sup>22</sup> Deze verplichting vloeit voort uit artikel 25i, eerste lid, Mw en wordt in het onderzoek juist genoemd als een drempel voor het open source delen van broncode door overheden. Hierdoor worden de in randnummer 7 genoemde voordelen niet behaald.<sup>23</sup> In dat onderzoek wordt daarom de aanbeveling gedaan om het open source delen van broncode uit te zonderen van de Wet M&O en vervolgens overheden aan te moedigen om broncode open source aan te bieden, conform het open source beleid van de Europese Commissie.<sup>24</sup>
- 9 De ACM wijst in dit verband ook op het overheidsbeleid voor zowel centrale als decentrale overheden dat vanaf 2020 neerkomt op de beleidslijn 'open, tenzij'.<sup>25</sup> De Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft in april 2020 onderkend dat overheden zelf een kosten-baten analyse dienen te maken. Op grond daarvan moeten overheden afwegen of zij broncode open source willen aanbieden.<sup>26</sup> De Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft echter ook onderkend dat de Wet M&O eraan in de weg kan staan dat overheden broncode open source aanbieden.<sup>27</sup> Hij heeft daarom aangegeven te kijken naar de mogelijkheid om – gezien het 'open, tenzij' beleid en de voordelen die daarmee gepaard kunnen gaan – een uitzondering in de Wet M&O op te nemen voor het open source delen van broncode.<sup>28</sup>
- 10 De ACM wijst in dat verband op een momenteel aanhangig wetsvoorstel. Dat beoogt het open source delen van broncode door overheden uit te zonderen van artikel 25i, eerste lid, Mw, voor zover overheden over die broncode beschikken in het kader van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden.<sup>29</sup> In het wetsvoorstel wordt deze uitzondering voorgesteld, omdat de regel van artikel 25i, eerste lid, Mw een belemmering kan vormen voor een bestuursorgaan om broncode open source te delen.<sup>30</sup> De hiervoor beschreven onderzoeken en het overheidsbeleid zijn de aanleiding geweest voor het opnemen van een uitzondering voor broncode van artikel 25i, eerste lid, Mw.<sup>31</sup> In de beantwoording van vragen van Tweede Kamerleden wijst de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat nogmaals op de voordelen van open source delen van broncode. Daarbij wijst hij

<sup>19</sup> Bestreden besluit, randnummer 21 en Onderzoek publiceren Open Source Software, 11 oktober 2017.

<sup>20</sup> *Kamerstukken II*, 2010/11, 32679, nr. 2, p. 31 en 37.

<sup>21</sup> Onderzoek publiceren Open Source Software, 11 oktober 2017, p. 9-10.

<sup>22</sup> Bezwaarschrift, p. 2.

<sup>23</sup> Onderzoek publiceren Open Source Software, 11 oktober 2017, p. 1.

<sup>24</sup> Onderzoek publiceren Open Source Software, 11 oktober 2017, p. 32.

<sup>25</sup> Beleidsbrief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 17 april 2020 (*Kamerstukken II*, 2019/20, 26643, nr. 676), p. 2.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>27</sup> Beleidsbrief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 17 april 2020 (*Kamerstukken II*, 2019/20, 26643, nr. 676), p. 2.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 3.

<sup>29</sup> *Kamerstukken II*, 2021/22, 35985, nr. 2 (wetsvoorstel).

<sup>30</sup> *Kamerstukken II*, 2021/22, 35985, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 16.

<sup>31</sup> *Kamerstukken II*, 2021/22, 35985, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 6.

op een rapport van de Europese Commissie uit 2021<sup>32</sup>, waaruit blijkt dat de baten van open source delen van broncode ruimschoots opwegen tegen de kosten daarvan.<sup>33</sup>

- 11 Niet staat ter discussie dat met open source delen van broncode voordelen kunnen worden behaald.<sup>34</sup> Bovendien is aannemelijk dat de maatschappelijke baten van open source delen van broncode opwegen tegen de kosten.<sup>35</sup> Om deze reden oordeelt de ACM dat het maatschappelijk belang niet wordt gediend indien zij een nader onderzoek in zou stellen en eventueel handhavend op zou treden.

*Onderwerp betreft digitale economie (ACM agenda), waaraan de ACM al veel capaciteit besteedt*

- 12 De ACM kan zich evenmin vinden in het argument van Bloqzone dat de ACM handhavend zou moeten optreden, omdat haar verzoek binnen het ACM agendathema digitale economie valt.<sup>36</sup> Het agendathema is breed geformuleerd. Dit betekent echter niet dat daarmee het maatschappelijk belang van handhaving is gegeven bij elk handhavingsverzoek dat binnen dat thema valt. Uit de voorgaande randnummers volgt juist dat geen sprake is van een maatschappelijk belang dat tot nader onderzoek of optreden van de ACM dwingt.
- 13 Tenslotte creëert het open source delen van broncode naar het oordeel van de ACM juist een gelijk speelveld. Eenieder heeft gratis toegang tot broncode van software en mag die gebruiken, bijvoorbeeld door op basis van die broncode nieuwe producten te ontwikkelen. De door artikel 25i, eerste lid, Mw, verhoogde drempel voor overheden om broncode open source aan te bieden, druist in tegen het principe dat broncode gratis en aan iedereen beschikbaar kan worden gesteld. Het open source aanbieden van de broncode is bovendien een specifieke digitale dienstverlening, die niet vergelijkbaar is met veel andere activiteiten die over het algemeen onder de reikwijdte van de Wet M&O vallen, zoals het aanbieden van ligplaatsen in jachthavens of verhuurlocaties. Het vrijgeven van door of in opdracht van overheden ontwikkelde software stelt namelijk iedereen in staat het gratis te gebruiken (en door te ontwikkelen). Wat dat betreft sluit het beginsel van open source delen van broncode aan bij de doelstelling van de Wet M&O om een gelijk speelveld te creëren.<sup>37</sup>

*Conclusie*

- 14 Gezien het voorgaande heeft de ACM terecht besloten dat het maatschappelijk belang niet wordt gediend door het doen van nader onderzoek en het eventueel daaropvolgend optreden tegen de Gemeenten. De hiertegen aangevoerde bezwaargrond treft geen doel.

## 4.2. Geen aanwijzingen voor schade voor de consumentenwelvaart

*De ACM heeft terecht aandacht geschonken aan consumentenwelvaart*

- 15 Anders dan Bloqzone stelt<sup>38</sup> moet bij de toetsing van een bepaalde activiteit aan het prioriteringsbeleid worden beoordeeld wat de mogelijke schadelijke gevolgen voor de

<sup>32</sup> Kamerstukken II, 2021/22, 35985, nr. 6 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 24, waar wordt verwezen naar het rapport van de Europese Commissie van 12 oktober 2021 "The Impact of open source software and hardware on technological independence, competitiveness and innovation in the EU economy" (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/29effe73-2c2c-11ec-bd8e-01aa75ed71a1/language-en> (geraadpleegd 9 oktober 2022)). De ACM merkt overigens op dat er in de meest recente vergadering inzake het wetsvoorstel slechts twee vragen zijn gesteld inzake de uitzondering voor broncode. Dit geeft aan dat, anders dan andere aspecten die in het wetsvoorstel worden behandeld, er geen grote politieke discussie lijkt te bestaan over de voorziene uitzondering. Dit beeld wordt bevestigd door het rondetafelgesprek van 8 september 2022 inzake het wetsvoorstel (<https://debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/wet-markt-en-overheid> (geraadpleegd 9 oktober 2022)).

<sup>33</sup> Rapport van de Europese Commissie van 12 oktober 2021 "The Impact of open source software and hardware on technological independence, competitiveness and innovation in the EU economy" (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/29effe73-2c2c-11ec-bd8e-01aa75ed71a1/language-en> (geraadpleegd 26 augustus 2022)), p. 15, 175-176.

<sup>34</sup> Bloqzone stelt in haar bezwaarschrift uitsluitend dat in dit geval geen voordelen worden behaald, maar stelt niet ter discussie dat het open source delen van broncode voordelen met zich mee kan brengen. Tijdens de hoorzitting heeft Bloqzone de voordelen van open source delen van broncode in zijn algemeen onderschreven.

<sup>35</sup> Zie ook randnummers 7-10 van dit besluit.

<sup>36</sup> Bezwaarschrift, p. 4-6.

<sup>37</sup> Kamerstukken II, 2007/08, 31354, nr. 3, p. 5, 11 en 36.

<sup>38</sup> Bezwaarschrift, p. 2-3 en document met kenmerk ACM/UIT/583757 (verslag hoorzitting).

consumentenwelvaart zijn. In het bestreden besluit heeft de ACM in dit verband uitdrukkelijk geen beoordeling gemaakt op grond van de Wet M&O. Zij heeft naar aanleiding van een vooronderzoek beoordeeld of er op basis van de prioriteringscriteria aanleiding is om het handhavingsverzoek van Bloqzone op te pakken. De ACM heeft in dat kader terecht aandacht besteed aan de mogelijke gevolgen voor de consumentenwelvaart van het open source delen van broncode door de Gemeenten. Dit is een van de aspecten die de ACM meeweegt bij het stellen van prioriteiten.

*Geen aanwijzingen voor schade voor de consumentenwelvaart*

- 16 De ACM heeft het eerste prioriteringscriterium, namelijk of het gedrag van de Gemeenten schadelijk is voor de consumentenwelvaart, juist toegepast. Op basis van het vooronderzoek is in het bestreden besluit niet vastgesteld dat het open source delen van broncode door de Gemeenten daadwerkelijk concrete *voordelen* voor de consumentenwelvaart heeft opgeleverd.<sup>39</sup> Dit brengt niet automatisch met zich mee dat er in dit geval sprake is van *schadelijke* gevolgen voor de consumentenwelvaart.
- 17 Bloqzone geeft in dit verband aan dat de schadelijke gevolgen ontstaan doordat minder ondernemingen actief zullen zijn op de markt. Daardoor wordt de innovatie beperkt hetgeen uiteindelijk resulteert in beperkte keuzeopties en kwalitatief slechtere software.<sup>40</sup> Bloqzone heeft daarbij gewezen op persoonlijke ervaringen met de Gemeenten, de omstandigheid dat een investeerder zich zou hebben teruggetrokken en de uitlatingen van mede-ondernemers op sociale media.<sup>41</sup>
- 18 De ACM merkt op dat deze argumenten van Bloqzone haaks staan op de voordelen die in randnummer 7 van dit besluit worden genoemd. Ondernemingen ervaren mogelijk negatieve effecten wanneer een overheid een bepaalde broncode open source aanbiedt, aangezien daarmee omzet verloren kan gaan. De ACM volgt Bloqzone niet in haar standpunt dat door het open source aanbieden van broncode door de Gemeenten het voor bedrijven niet langer opportuun zou zijn in om zich in zijn geheel niet op de markt te begeven. Bloqzone heeft in haar bezwaarschrift erop gewezen dat gebruikers verstoken blijven van noodzakelijke updates aan de broncode voor de software die open source wordt gedeeld. De ACM ziet niet in waarom ondernemingen bijvoorbeeld dergelijke updates – met verwijzing naar het voordeel ‘stimulering van economische activiteiten’ in randnummer 7 van dit besluit – niet tegen betaling kunnen ontwikkelen en aanbieden.
- 19 De discussie tussen Bloqzone<sup>42</sup> en de Gemeenten<sup>43</sup> omtrent de vraag of ID-Contact nu als concept of afgerond product moet worden beschouwd acht de ACM niet relevant. Uit de onderzoeken die in randnummers 7-10 van dit besluit zijn beschreven, blijkt niet dat de voordelen van open source aanbieden van broncode slechts zijn voorbehouden aan het delen van ‘bouwstenen’ en niet behaald zouden worden bij het delen van afgeronde producten. Onduidelijk blijft hoe een dergelijk onderscheid tussen verschillende soorten broncodes gemaakt zou moeten worden en of er ook daadwerkelijk een onderscheid bestaat. Een ‘bouwsteen’ kan bijvoorbeeld ook als product worden aangeboden, desnoods als ‘halfabricaat’.
- Conclusie*
- 20 De ACM heeft voldoende gemotiveerd dat er geen aanwijzingen zijn dat het open source aanbieden van broncode door de Gemeenten schadelijke gevolgen heeft voor de consumentenwelvaart. De hiertegen aangevoerde bezwaargrond treft geen doel.

<sup>39</sup> Bloqzone voert onder meer aan dat vanwege het ontbreken van voordelen er sprake is van schade voor de consumentenwelvaart, zie bezwaarschrift, p. 2. De Gemeenten geven in hun zienswijze twee voorbeelden waaruit zou blijken dat er sprake is van voordelen door het open source delen van broncode voor ID-Contact, zie document met kenmerk ACM/IN/708820, p. 1-2. Bloqzone wijst er in haar zienswijze op dat deze voorbeelden geen (aantoonbaar) verband houden met ID-Contact, zie document met kenmerk ACM/IN/710628.

<sup>40</sup> Bezwaarschrift, p. 3.

<sup>41</sup> Idem, p. 3 en document met kenmerk ACM/IN/710628.

<sup>42</sup> Bezwaarschrift, p. 2 en document met kenmerk ACM/IN/710628.

<sup>43</sup> Document met kenmerk ACM/IN/708820, p. 1.

### 4.3. Handhaving is niet doeltreffend en doelmatig

- 21 De ACM toetst op grond van haar prioriteringsbeleid de doeltreffendheid en doelmatigheid van handhavend optreden. De ACM toetst of optreden doeltreffend is door in te schatten of er met de inzet van een geschikt handhavingsinstrument op korte termijn een gewenste situatie kan worden bereikt of in voldoende mate benaderd. Daarnaast toetst de ACM of optreden doelmatig is door het belang in de onderhavige zaak af te zetten tegen het belang van andere zaken, welke niet zijn beperkt tot ingediende klachten, maar ook zien op de ambtshalve onderzoeken. Bloqzone voert in haar bezwaarschrift een aantal argumenten aan die betrekking hebben op het criterium van doelmatigheid en doeltreffendheid. Deze argumenten zullen hieronder worden behandeld.

#### *Het wetsvoorstel maakt handhaving niet doeltreffend*

- 22 Met oog op het in randnummer 12 van dit besluit genoemde wetsvoorstel concludeert de ACM (anders dan Bloqzone stelt<sup>44</sup>) dat er een aanzienlijke kans bestaat<sup>45</sup> dat het effect van handhaving tijdelijk zal zijn en niet op lange termijn houdbaar. Het voorstel ondersteunt het ingezette (overheids)beleid met betrekking tot het open source delen van broncodes. Het wetsvoorstel zal, indien dat wordt aangenomen, een uitzondering bieden voor het open source aanbieden van broncodes door overheden, voor zover die overheden beschikken over de broncodes in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. De ACM oordeelt daarom dat handhaving niet doeltreffend is.

#### *Strekking handhavingsverzoek niet van belang*

- 23 Bloqzone voert aan dat de ACM haar handhavingsverzoek verkeerd heeft opgevat. Bloqzone heeft toegelicht dat zij op zich niet tegen het aanbieden van de broncode voor ID-Contact is, maar dat de Gemeenten daarvoor de integrale kosten moeten doorberekenen en daarmee de vermeende overtreding van artikel 25i, eerste lid, Mw beëindigen.<sup>46</sup> Handhavend optreden door de ACM, waartoe het handhavingsverzoek van Bloqzone strekt, is gezien hetgeen hiervoor in paragrafen 4.1 en 4.2 is beschreven echter niet in het belang van een goede marktwerking. De ACM oordeelt ten overvloede<sup>47</sup> dat handhaving ook daarom niet doeltreffend is.

#### *De ACM acht handhaving niet doelmatig*

- 24 De ACM heeft zich in het kader van het vooronderzoek weliswaar een redelijk beeld kunnen vormen van de activiteit van de Gemeenten, maar kan op dit moment (anders dan Bloqzone stelt<sup>48</sup>) nog geen overtreding van artikel 25i, eerste lid, Mw vaststellen.<sup>49</sup> Om in dit specifieke geval te komen tot een inhoudelijk oordeel zou de ACM nog nader onderzoek moeten verrichten. Denk aan het zorgvuldig in beeld brengen van eventuele toerekenbare baten en de kostenstructuur van het open source delen van de broncode op grond van artikel 3 van het Besluit markt en overheid. Pas wanneer vaststaat dat de toerekenbare kosten groter zijn dan de toerekenbare baten, kunnen worden geconcludeerd dat de integrale kosten niet worden doorberekend wanneer een product gratis wordt aangeboden op een markt. In dat geval worden de kosten namelijk niet gedekt. De ACM heeft dit in deze zaak in het kader van het vooronderzoek niet onderzocht en beschikt daarom niet over dergelijke informatie.

<sup>44</sup> Document met kenmerk ACM/IN/708820, p. 6-7.

<sup>45</sup> Uit de kamerstukken bij het aanhangige wetsvoorstel blijkt dat er slechts beperkt aandacht wordt besteed aan de uitzondering voor broncode op artikel 25i, eerste lid, Mw. Uit de kamerstukken blijkt dat er slechts twee vragen zijn gesteld over deze uitzondering. De vragen zijn bovendien van dien aard dat daaruit niet kan worden opgemaakt dat er grote parlementaire dan wel maatschappelijke onenigheid bestaat over het voorstel om open source delen van broncode uit te zonderen van de *Kamerstukken II*, 2021/22, 35985, nr. 6 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 24. Dit beeld wordt bevestigd door het rondetafelgesprek van 8 september 2022 inzake het wetsvoorstel (<https://debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/wet-markt-en-overheid> (geraadpleegd 9 oktober 2022)).

<sup>46</sup> Bezwaarschrift, p. 8 en document met kenmerk ACM/UIT/583757 (verslag hoorzitting).

<sup>47</sup> Zie ook randnummer 22 van dit besluit.

<sup>48</sup> Bezwaarschrift, p. 1-2 en document met kenmerk ACM/UIT/583757 (verslag hoorzitting).

<sup>49</sup> Bestreden besluit, randnummer 19.

- 25 Naast het vaststellen van een overtreding verzoekt Bloqzone de ACM om ook een last onder dwangsom op te leggen.<sup>50</sup> Daarmee zijn – indien de ACM een last onder dwangsom zou opleggen – aanvullende tijdsinvesteringen gemoeid, zoals het monitoren van de naleving van de last onder dwangsom, alsook en het eventueel verbeuren en incasseren van deze dwangsommen. Daarbij komt dat marktpartijen, zoals Bloqzone, geen inzage hebben in de onderzoekscapaciteit van de ACM en (de prioriteit van) de andere lopende verzoeken, signalen en onderzoeken.
- 26 De ACM begrijpt dat Bloqzone door het handelen van de Gemeenten weliswaar mogelijk negatieve effecten heeft ondervonden. Gezien hetgeen hiervoor in paragrafen 4.1 en 4.2 is beschreven, heeft de ACM echter niet kunnen vaststellen dat er sprake is van schade voor de consumentenwelvaart en dat het maatschappelijk belang van een goed werkende markt in het geding is gekomen. Hierdoor is de maatschappelijke relevantie bij haar optreden in dit geval gering. De capaciteit die de ACM dient te besteden en de gevolgen die dat met zich mee brengt voor andere zaken van de ACM, staan niet in verhouding tot de mogelijke baten die met een nader onderzoek en eventuele handhaving zijn gemoeid. De ACM oordeelt daarom dat handhavend optreden niet doelmatig is.

#### *Conclusie*

- 27 De ACM is in het bestreden besluit terecht tot de conclusie gekomen dat handhavend optreden niet doeltreffend is. De ACM concludeert dat handhavend optreden daarnaast niet doelmatig is. De hiertegen gerichte bezwaargronden zijn ongegrond.

#### 4.4. Conclusie

- 28 De ACM handhaaft de conclusie dat het belang van een verdergaand onderzoek niet opweegt tegen het belang van onderzoek in andere zaken. De ACM heeft daarmee het handhavingsverzoek van Bloqzone terecht afgewezen en geen nader onderzoek ingesteld. De hiertegen gerichte bezwaargronden treffen geen doel.

### 5. Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

verklaart het bezwaar van Bloqzone B.V. ongegrond en handhaaft haar besluit van 5 april 2022 met kenmerk ACM/UIT/573428.

Den Haag, **21 november 2022**

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

w.g.

mr. M.T.P.J. van Oers  
Directeur Juridische Zaken

*Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).*

<sup>50</sup> Bezwaarschrift, p. 9 en document met kenmerk ACM/UIT/583757 (verslag hoorzitting).