



## Besluit

**Besluit op de bezwaren van BlindGuide, Geodirect, GOconnectIT, MijnKlic, Prosilic, Syntax Inframediairs, GO WIBON en Spatial Eye tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 9 februari 2021 met kenmerk ACM/UIT/542080**

Ons kenmerk : ACM/UIT/563192  
 Zaaknummer : ACM/21/051022  
 Datum : 7 oktober 2021

## Samenvatting

1. De Dienst voor het kadaster en de openbare registers (hierna: het Kadaster) biedt sinds enkele jaren de gratis KLIC-viewer aan. Hiermee kunnen grondroerders graafwerkzaamheden zorgvuldig verrichten en voorbereiden, met als achterliggende doel het voorkomen van graafschade. In het kader van een onderzoek naar de naleving van de Wet Markt en Overheid (hierna: Wet M&O) heeft de ACM in 2016 vastgesteld dat het Kadaster handelde in de uitoefening van haar publieke taak<sup>1</sup>, waardoor de Wet M&O niet van toepassing was. Dit is door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) in 2019 bevestigd.<sup>2</sup>
2. Naar aanleiding van een klacht van 15 januari 2020 en een handhavingsverzoek van 28 augustus 2020 van de acht ondernemingen BlindGuide, Geodirect, GOconnectIT, MijnKlic, Prosilic, Syntax Inframediairs, GO WIBON en Spatial Eye (hierna tezamen: de Serviceproviders) heeft de ACM onderzoek gedaan naar de doorontwikkeling van de KLIC-viewer. Volgens de Serviceproviders handelt het Kadaster met de doorontwikkeling niet langer in de uitoefening van haar publieke taak en verricht het een economische activiteit. In dat geval zou het Kadaster niet de integrale kosten van de KLIC-viewer doorberekenen en daarmee in strijd handelen met artikel 25i van de Mededingingswet (hierna: Mw).
3. De doorontwikkeling van de KLIC-viewer heeft kort gezegd betrekking op drie aspecten. Zo is de eerder beschikbaar gestelde desktop-versie van de KLIC-viewer (die in 2016 door de ACM is beoordeeld) vernieuwd. Daarnaast wordt een gratis online versie aangeboden (hierna: online KLIC-viewer). Op 9 februari 2021 heeft de ACM bij besluit vastgesteld dat het Kadaster met het aanbieden van de online KLIC-viewer handelt in de uitoefening van haar publieke taak (hierna: bestreden besluit).<sup>3</sup> Volgens de Serviceproviders heeft de ACM hierbij het juridisch kader verkeerd toegepast.
4. Het derde aspect van de doorontwikkeling ziet op het beschikbaar stellen van gratis KLIC-viewer applicaties voor iOS en Android apparaten (hierna: KLIC-viewer applicaties). Het bestreden besluit had geen betrekking op de KLIC-viewer applicaties, omdat deze op het moment dat de ACM het bestreden besluit nam nog niet werden aangeboden. Gezien het handhavingsverzoek en het

<sup>1</sup> Zoals omschreven in art. 3 lid 1 aanhef, sub h en sub j van de Kadasterwet en art. 5 van de WION.

<sup>2</sup> CBB 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204.

<sup>3</sup> Besluit met kenmerk ACM/UIT/542080.

bezwaarschrift van de Serviceproviders ziet dit besluit ook op het aanbieden van de KLIC-viewer applicaties.

5. De ACM komt in dit besluit tot de conclusie dat het Kadaster met het aanbieden van zowel de online KLIC-viewer als de KLIC-viewer applicaties handelt in de uitoefening van haar publieke taak. Art. 25i Mw is niet van toepassing op deze activiteiten. Het bezwaar van de Serviceproviders is daarom ongegrond.

## 1. Inleiding

6. De ACM ziet toe op de naleving van de Wet M&O. De Wet M&O is op 1 juli 2012 in werking getreden, als hoofdstuk 4b van de Mededingingswet. 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.<sup>4</sup>
7. Het uitgangspunt van de Wet M&O is dat overheidsorganisaties de vrijheid hebben om economische activiteiten te verrichten en daardoor als onderneming handelen (en daarbij mogelijk met particuliere ondernemingen concurreren), maar dat ze zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels moeten houden.
8. Eén van die regels betreft de plicht voor als onderneming handelende overheden tot het doorberekenen van de integrale kosten aan afnemers, zoals neergelegd in artikel 25i Mw. De gedachte achter deze gedragsregel is dat overheden de door hen verrichte economische activiteiten niet mogen financieren met publieke (financiële) middelen, waarover private onderneming niet beschikken. Op die manier zou het gelijke speelveld tussen als onderneming handelende overheden en private ondernemingen worden verstoord. Artikel 25i Mw beoogt dit te voorkomen.
9. Bij de beantwoording van de vraag of een overheid handelt als onderneming, moet aansluiting worden gezocht bij Europeesrechtelijke begrippen.<sup>5</sup> Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat er sprake is van een economische activiteit indien een entiteit goederen of diensten op een markt aanbiedt. Een overheid die haar publieke taak verricht, of activiteiten die daar niet van kunnen worden gescheiden, verricht geen economische activiteit. De Wet M&O is in die gevallen niet van toepassing.

## 2. Verloop van de procedure

10. Op 9 februari 2021 heeft ACM het bestreden besluit genomen. Het verloop van de procedure tot aan het bestreden besluit staat beschreven in dat besluit.<sup>6</sup>
11. Op 19 maart 2021 hebben de Serviceproviders bezwaar<sup>7</sup> gemaakt tegen het bestreden besluit.
12. De ACM heeft op 25 mei 2021 een hoorzitting gehouden.<sup>8</sup> Tijdens de hoorzitting is door de hoorcommissie van de ACM een aantal vragen gesteld aan de Serviceproviders en het Kadaster.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II, 2007/08, 31354, nr. 3, p. 2.*

<sup>5</sup> *Kamerstukken II, 2007/08, 31354, nr. 3, p. 11 en 30-32.*

<sup>6</sup> Bestreden besluit, rnr. 11-13.

<sup>7</sup> Brief met kenmerk ACM/IN/596223.

<sup>8</sup> De hoorzitting vond digitaal plaats vanwege de maatregelen in verband met. COVID-19.

Op één van deze vragen hebben de Serviceproviders op 11 juni 2021 en het Kadaster op 25 juni 2021 schriftelijk gereageerd.

13. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt.<sup>9</sup> Dat verslag is op 5 augustus 2021 aan de Serviceproviders en het Kadaster gestuurd. Op 20 augustus 2021 heeft het Kadaster nog twee opmerkingen bij het verslag gemaakt.

### 3. Bezwaargronden

14. In het bezwaarschrift voeren de Serviceproviders samengevat de volgende bezwaargronden aan:
  - a. De ACM past het Europeesrechtelijk kader onjuist toe;
  - b. De ACM hanteert een onjuist en te algemeen geformuleerde wettelijke grondslag voor de KLIC-viewer;
  - c. De doorontwikkelde KLIC-viewer draagt niet bij aan het voorkomen van graafschade;
  - d. De ACM miskent dat de KLIC-viewer nieuwe functionaliteiten biedt;
  - e. De ACM miskent dat het Kadaster oneerlijk concurreert met de Serviceproviders;
  - f. De ACM miskent dat de KLIC-viewer de aard en het doel van de WIBON ondermijnt.
15. Daarnaast verzoeken de Serviceproviders in hun bezwaarschrift de ACM uitdrukkelijk ook de KLIC-viewer applicaties mee te nemen in haar heroverweging. Deze waren ten tijde van het indienen van het handhavingsverzoek nog niet uitgegeven, maar de uitgifte was al wel op korte termijn voorzien. Het handhavingsverzoek van de Serviceproviders had daarmee (mede) betrekking op de KLIC-viewer applicaties.

## 4. Beoordeling bezwaar door ACM

### 4.1. Activiteiten Kadaster: doorontwikkelde KLIC-Viewer

16. Grondroerders dienen voorafgaand aan het verrichten van graafwerkzaamheden een melding daarvan te doen bij het Kadaster. Het Kadaster verstrekt vervolgens digitale informatie over de ligging van kabels en leidingen op de locatie waar de graafwerkzaamheden verricht zullen worden om daarmee graafschade te voorkomen.
17. Het Kadaster biedt voor het verkrijgen en het bekijken van dergelijke gebiedsinformatie de gratis KLIC-viewer aan. Grondroerders kunnen op drie manieren gebruikmaken van de KLIC-viewer, namelijk (i) via een desktop versie van de KLIC-viewer, (ii) de online KLIC-viewer of (iii) de KLIC-viewer applicaties. De Serviceproviders bieden tegen betaling soortgelijke software aan.
18. Het gebruik van de KLIC-viewer is voor alle varianten vergelijkbaar. Nadat de graafmelding is gedaan ontvangt de grondroerder van het Kadaster per e-mail een URL. Deze URL moet vervolgens vanuit die e-mail gekopieerd worden en in de KLIC-viewer in het daartoe bestemde venster worden geplakt. Vervolgens kan de gebiedsinformatie worden ingezien. Hierbij kan de grondroerder gebruik maken van een meetfunctie, kan hij coördinaten bepalen en filters

<sup>9</sup> Document met kenmerk ACM/UIT/559702.

aanbrengen. Met de desktop versie en de online KLIC-viewer kan de gebiedsinformatie bovendien als PDF worden opgeslagen en worden geprint.

19. De Serviceproviders stellen dat het aanbieden van de online KLIC-viewer en de KLIC-viewer applicaties (hierna tezamen: doorontwikkelde KLIC-viewer) zijn aan te merken als economische activiteit. Het kosteloos aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer zou daarom in strijd zijn met artikel 25i Mw.

#### **4.1.1. Nieuwe desktop versie KLIC-viewer**

20. Naast het kosteloos aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer, biedt het Kadaster ook een nieuwe desktop versie van de KLIC-viewer aan. Dit is een nieuwe versie van de KLIC-viewer zoals deze door de ACM in 2016 is beoordeeld en waarvan het CBb in 2019 heeft bevestigd dat deze KLIC-viewer onder de publieke taakuitoefening van het Kadaster valt.
21. De nieuwe desktop versie van deze KLIC-viewer is beschikbaar in zowel Windows en MacOS versies en dient geïnstalleerd te worden op de desktop. Met de nieuwe desktop versie wordt de door het Kadaster verstrekte gebiedsinformatie in vectorformaat statisch inzichtelijk gemaakt. Deze variant bevat geen gps-functie of een soortgelijke functie waarmee de locatie van de gebruiker kan worden bepaald.
22. Zowel de Serviceproviders, het Kadaster als de ACM delen de opvatting dat de nieuwe desktop versie, net als de desktop versie die door de ACM in 2016 is beoordeeld, onder de publieke taakuitoefening van het Kadaster valt.<sup>10</sup>

#### **4.1.2. Online KLIC-viewer**

23. Sinds 20 januari 2020 stelt het Kadaster kosteloos de online KLIC-viewer beschikbaar. Vanuit het oogpunt van de gebruiker zijn er twee grote verschillen tussen de (nieuwe) desktop versie van de KLIC-viewer en de online KLIC-viewer.
24. Ten eerste kan de online KLIC-viewer gebruikt worden zonder dat deze geïnstalleerd hoeft te worden, zoals dat bij de desktop versie van de KLIC-viewer (en ook de KLIC-viewer applicaties) wel het geval is.
25. Ten tweede stelt de online KLIC-viewer de gebruiker in staat om op mobiele apparaten, zoals smartphones en tablets, gebiedsinformatie in te zien. Hiermee is de KLIC-viewer en daarmee de gebiedsinformatie mobiel. Het stelt de gebruiker daardoor in staat om de gebiedsinformatie digitaal op de graaflocatie beschikbaar te hebben en te raadplegen.

#### **4.1.3. KLIC-viewer applicaties**

26. Sinds 7 april 2021 wordt de KLIC-viewer kosteloos beschikbaar gesteld als Android applicatie. Sinds 20 juli 2021 wordt de KLIC-viewer ook kosteloos beschikbaar gesteld als iOS applicatie. Los van de verschillende besturingssystemen waarvoor deze applicaties geschikt zijn, bestaan er geen

---

<sup>10</sup> Verslag van de hoorzitting, p. 18.

verschillen tussen beide applicaties. Vanuit het oogpunt van de gebruiker zijn er drie grote verschillen tussen de (nieuwe) desktop versie van de KLIC-viewer en KLIC-viewer applicaties.

27. Ten eerste kan bij het gebruik van de applicaties door middel van GPS nauwkeurig de locatie van de gebruiker ten opzichte van de kabels en leidingen worden bepaald.
28. Ten tweede stellen de KLIC-viewer applicaties voor mobiele apparaten de gebruiker in staat, net zoals bij de online KLIC-viewer het geval is, om de gebiedsinformatie digitaal op de graaflocatie beschikbaar te hebben en te raadplegen.
29. Tenslotte kan de gebiedsinformatie via de KLIC-viewer applicaties niet als PDF worden opgeslagen en/of worden geprint. Dit kan wel indien gebruik wordt gemaakt van de desktop versie of de online KLIC-viewer.

## 4.2. Juridisch kader

30. De voornaamste vraag is of het Kadaster met het gratis aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer een economische activiteit verricht. In het bestreden besluit is het juridisch kader voor de beoordeling of er sprake is van een economische activiteit reeds uitgebreid uiteengezet.<sup>11</sup> In dit besluit wordt de discussie beperkt tot de vraag of het Kadaster handelt in de uitoefening van haar publieke taak, of juist een economische activiteit verricht.
31. Om te bepalen of de doorontwikkelde KLIC-Viewer is te kwalificeren als economische activiteit, moet worden aangesloten bij jurisprudentie hierover.<sup>12</sup> In het arrest Commissie/Italië is bepaald dat onder een 'economische activiteit' wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten op een markt.<sup>13</sup>
32. Ook bestuursorganen kunnen economische activiteiten verrichten. Een activiteit kan niet als een 'economische activiteit' worden gekwalificeerd als de activiteit wordt verricht in het kader van uitoefening van een publieke taak.<sup>14</sup> Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het HvJ) heeft het begrip 'publieke taak' niet gedefinieerd. Wel wordt in de jurisprudentie van het HvJ gesproken over "*de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag*" of "*the exercise of public powers*". Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt dat per geval moet worden beoordeeld of de activiteit wordt verricht in het kader van een publieke taak in welk geval er sprake is van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag, of dat het gaat om een economische activiteit.
33. In het arrest Fluggellschaft is door het HvJ bepaald dat aan de hand van de aard, het doel en de regels waaraan de betreffende activiteit is onderworpen, beoordeeld moet worden of de betreffende activiteit verband houdt met een publieke taak.<sup>15</sup> In het arrest Compass-Datenbank is bepaald dat, voor zover een overheid een economische activiteit verricht die van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden losgekoppeld, die overheid wat betreft die activiteit als onderneming handelt, terwijl bij een economische activiteit die niet van de

<sup>11</sup> Bestreden besluit, mrs. 15-19.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 11 en 30-32.

<sup>13</sup> HvJ 16 juni 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissie/Italië*) r.o. 5 en 7.

<sup>14</sup> HvJ 19 januari 1994, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (*SAT Fluggellschaft mbH*) r.o. 30 en 31 en HvJ 1 juli 2008, C- 49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*MOTOE*) r.o. 24 en HvJ 12 juli 2012, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank GmbH*) r.o. 36.

<sup>15</sup> HvJ 19 januari 1994, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (*SAT Fluggellschaft mbH*) r.o. 30.

uitoefening van de bevoegdheden van openbaar gezag kan worden gescheiden, alle door die instantie verrichte activiteiten samenhangen met de uitoefening van deze bevoegdheden.<sup>16</sup>

34. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in zijn rechtspraak dit toetsingskader bevestigd voor de vraag of art. 25i Mw van toepassing is.<sup>17</sup>

#### 4.2.1. Arrest Hof van Justitie in TenderNed

35. In het TenderNed-arrest<sup>18</sup> heeft het HvJ zijn rechtspraak gepreciseerd met betrekking tot het antwoord op de vraag wanneer sprake is van uitoefening van een publieke taak.<sup>19</sup> In het TenderNed-arrest ging het om de vraag of het Gerecht bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een economische activiteit, een onjuist criterium heeft gehanteerd. Volgens het Gerecht moest worden beoordeeld of de betreffende activiteiten naar hun aard, het doel en de regels waaraan ze zijn onderworpen verbonden zijn met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. Het Gerecht kwam tot de conclusie dat de activiteiten verbonden waren met de uitoefening van die bevoegdheden.
36. In het hoger beroep in die zaak stelden de appellanten dat de eis van een 'simpele verbondenheid', zoals die door het Gerecht zou zijn gesteld, niet voldoende was om aan te nemen dat de activiteiten vallen onder uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. Zo zou de enkele eis van een simpele verbondenheid de strengere toets van het kunnen loskoppelen (of: '*separation criterium*') ondermijnen.<sup>20</sup> Het gevolg zou dan zijn dat activiteiten die door overheden worden verricht onterecht niet onder de reikwijdte van het mededingingsrecht zouden vallen.
37. Het HvJ oordeelt dat het Gerecht het juiste criterium heeft toegepast. Volgens het HvJ volgt ook uit het Compass-Datenbank arrest dat gekeken moet worden of de betreffende activiteiten verbonden zijn met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. Uit het TenderNed-arrest volgt ten aanzien van het separation criterium:

*"The 'separation' criterion put forward by the appellants, is in fact referred to by the Court, in paragraph 38, only in the particular situation where certain activities of a public entity do not, as such, form part of the exercise of public powers and must be considered, in isolation, to be economic activities."*

Uit deze rechtsoverweging volgt dat het 'separation' criterium zoals uitgewerkt in paragraaf 38 van het Compass-Datenbank arrest, alleen van belang is in de specifieke situatie dat bepaalde activiteiten van een publieke entiteit op zichzelf geen onderdeel uitmaken van de publieke taakuitoefening en op zichzelf beschouwd moeten worden als economische activiteiten.<sup>21</sup>

38. Tijdens de hoorzitting werd ingegaan op de betekenis en interpretatie van het TenderNed-arrest. Zowel de Serviceproviders als het Kadaster hebben hierover schriftelijk hun zienswijze naar voren gebracht.

<sup>16</sup> HvJ 12 juli 2012, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank GmbH*) r.o. 38.

<sup>17</sup> CBB 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204 en CBB 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923.

<sup>18</sup> HvJ 7 november 2019, C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932 (*TenderNed*).

<sup>19</sup> CBB 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923, r.o. 8.1.

<sup>20</sup> HvJ 7 november 2019, C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932 (*TenderNed*) r.o. 12 en 13.

<sup>21</sup> HvJ EU 7 november 2019, C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932 (*TenderNed*) r.o. 19.

#### 4.2.2. Zienswijze Serviceproviders op TenderNed-arrest

39. De Serviceproviders stellen dat de ACM het Europeesrechtelijke toetsingskader verkeerd heeft toegepast. Volgens de Serviceproviders gaat het bij de doorontwikkeling van de KLIC-viewer om een activiteit die op zichzelf beschouwd moet worden als een economische activiteit. Er wordt immers niet voldaan aan het criterium 'of de betreffende activiteiten nauw met elkaar zijn verbonden', en moet dus worden onderzocht 'of de activiteiten niet zo nauw verbonden zijn met de uitoefening van (andere) bevoegdheden van openbaar gezag dat deze activiteit daarvan niet los kan worden gezien'.<sup>22</sup>
40. De Serviceproviders wijzen op de uitspraak van het CBb van 14 mei 2019 waarin de oude desktop versie van de KLIC-viewer centraal staat<sup>23</sup> en commentaren die naar aanleiding daarvan zijn verschenen. Daaruit zou volgen dat er geen sprake is van een nauwe verbondenheid, omdat het CBb heeft geoordeeld dat "tussen het ter beschikking stellen van die gegevens en het aanbieden van de Klic-viewer een zodanige samenhang dat deze, gelet op de publieke taak van het Kadaster zoals hiervoor omschreven, niet los van elkaar kunnen worden gezien." [onderstreping ACM].<sup>24</sup>
41. Ook wijzen de Serviceproviders erop dat de ACM in haar bestreden besluit reeds het criterium 'of de activiteiten niet zo nauw verbonden zijn met de uitoefening van (andere) bevoegdheden van openbaar gezag dat deze activiteit daarvan niet los kan worden gezien' heeft toegepast, maar dat het daarbij een verkeerde toets aanlegt. Zo zou de ACM slechts hebben getoetst of de doorontwikkelde KLIC-viewer nauw verbonden is met de publieke taakuitoefening van het Kadaster, terwijl de ACM had moeten toetsen of de doorontwikkelde KLIC-viewer daarvan kon worden losgekoppeld.
42. Wat dat betreft wijzen de Serviceproviders erop dat de doorontwikkelde KLIC-viewer kan worden losgekoppeld van de publieke taak van het Kadaster, omdat het Kadaster met de desktop versie van de KLIC-viewer reeds voldaan zou hebben aan de publieke taak. De doorontwikkelde KLIC-viewer zou daarom ook niet noodzakelijk zijn.

#### 4.2.3. Zienswijze Kadaster op TenderNed-arrest

43. Het Kadaster wijst er in zijn zienswijze op dat uit TenderNed voortvloeit dat voor de vraag of er sprake is van publieke taakuitoefening van een overheid de vraag moet worden beantwoord "whether the activities at issue are connected, by their nature, their aim and the rules to which they are subject, with the exercise of public powers."<sup>25</sup>
44. Volgens het Kadaster heeft de ACM in haar bestreden besluit logischerwijs niet het 'separation criterion' toegepast, omdat zij gezien de jurisprudentie van het HvJ al tot de conclusie is gekomen dat de doorontwikkelde KLIC-viewer geen economische activiteit is. Het 'separation criterion' komt volgens het Kadaster pas in beeld nadat is komen vast te staan dat een overheid zowel economische als niet-economische activiteiten verricht. Indien een overheid naast niet-economische activiteiten ook economische activiteiten verricht, moet dan worden beoordeeld of die economische activiteiten niet onder het geheel van niet-economische activiteiten kunnen worden geschaard, op grond van het feit dat deze activiteiten dusdanig verbonden zijn met de uitoefening

<sup>22</sup> Bezwaarschrift Serviceproviders, rnr. 3.1.15 en schriftelijke zienswijze Serviceproviders, p. 1-2.

<sup>23</sup> CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204.

<sup>24</sup> CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.6.

<sup>25</sup> Schriftelijke zienswijze Kadaster, p. 2 en HvJ EU 7 november 2019, C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932 (*TenderNed*) r.o. 16.

van wettelijke taken dat zij er niet van kunnen worden losgekoppeld. In dat geval zouden de activiteiten als geheel als niet economisch moeten worden aangemerkt, en zou de betreffende entiteit dus ook niet als onderneming handelen.<sup>26</sup>

45. Zodoende zou eerst moeten komen vast te staan dat het Kadaster een economische activiteit uitvoert, nog voordat wordt toegekomen aan de toepassing van het 'separation criterion'. Het Kadaster wijst erop dat de ACM in het bestreden besluit heeft vastgesteld dat er geen sprake is van een economische activiteit, omdat de doorontwikkelde KLIC-viewer verbonden is met de uitoefening van de publieke taak van het Kadaster. De ACM zou daarom terecht niet naar de rechtsoverweging 38 van het Compass-Datenbank-arrest waaruit het 'separation criterion' blijkt hebben verwezen en dit criterium niet hebben getoetst. Ook zou uit de uitspraak van het CBb van 14 mei 2019 niet blijken dat het CBb het 'separation criterion' heeft toegepast, maar dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het aanbieden van de oude desktop versie van de KLIC-viewer geen economische activiteit is.<sup>27</sup>
46. Tenslotte merkt het Kadaster – terecht – op dat het TenderNed-arrest is gewezen na de uitspraak van het CBb inzake de oude desktop versie van de KLIC-viewer. In het TenderNed-arrest wordt de relevantie van het 'separation criterion' verduidelijkt en wordt tevens bevestigd dat zolang bepaalde activiteiten samenhangen met wettelijke taken, er geen sprake is van een economische activiteit. Het Kadaster wijst erop dat voor zover het CBb in zijn uitspraak van 14 mei 2019 de vraag stelt of bepaalde activiteiten los kunnen worden gezien van andere activiteiten, dit heeft gedaan in de sleutel van de beoordeling of er sprake is van voldoende samenhang of verbondenheid tussen de publieke taak en de activiteiten die door het Kadaster zijn verricht. Daarmee heeft het CBb niet het 'separation criterion' toegepast, wat in lijn is met de arresten Compass-Datenbank en TenderNed van het HvJ.<sup>28</sup>

#### 4.2.4. Conclusie naar aanleiding van het TenderNed-arrest

47. In het TenderNed-arrest heeft het HvJ zijn rechtspraak gepreciseerd met betrekking tot het antwoord op de vraag wanneer sprake is van uitoefening van een publieke taak, en meer specifiek de verhouding tussen het 'connection-criterion' en het 'separation-criterion'. De ACM merkt op dat de Serviceproviders een vergelijkbaar standpunt innemen als de appellanten in de TenderNed-zaak. Zowel de Serviceproviders als de appellanten in die zaak menen dat het aannemen van een simpele verbondenheid tussen bepaalde activiteiten en de uitoefening van een publieke taak, zonder nader onderzoek te doen naar de vraag of bepaalde economische activiteiten kunnen worden losgekoppeld van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag, onvoldoende is. Er zou dan onterecht geen aandacht worden besteed aan het zgn. 'separation criterion' zoals geformuleerd in het arrest Compass-Datenbank.
48. Het TenderNed-arrest is gewezen nadat het CBb op 14 mei 2019 heeft bevestigd dat het Kadaster met het kosteloos aanbieden van de oude desktop versie van de KLIC-viewer geen economische activiteit verricht. Het TenderNed-arrest is om deze redenen relevant voor de beoordeling of de vraag of de doorontwikkelde KLIC-viewer moet worden beschouwd als economische activiteit of past binnen de publieke taak van het Kadaster.

<sup>26</sup> Schriftelijke zienswijze Kadaster, p. 3.

<sup>27</sup> CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.4-4.6.

<sup>28</sup> Schriftelijke zienswijze Kadaster, p. 4.



49. Uit het TenderNed-arrest volgt expliciet dat het bij de beoordeling van door overheden verrichte activiteiten het voldoende is om te beoordelen of er sprake is van een nauwe verbondenheid tussen de betreffende activiteit en de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag.<sup>29</sup> Er is dan geen sprake van het verrichten van een economische activiteit, waarop vervolgens de toets van het kunnen loskoppelen ('separation criterion') zou moeten worden toegepast.
50. De stelling van de Serviceproviders dat de ACM de verkeerde toetsingsmaatstaf heeft gehanteerd is dan ook onjuist. Alleen in het geval dat bepaalde activiteiten van een publieke entiteit op zichzelf geen onderdeel uitmaken van de publieke taakuitoefening (en er dus niet aan het 'connection criterion' wordt voldaan) en op zichzelf beschouwd moeten worden als economische activiteiten, moet getoetst worden of de activiteit los kan worden gekoppeld van de publieke taak. Dit is niet het geval. Het aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer maakt onderdeel uit van de uitoefening van de publieke taak van het Kadaster en is op zichzelf geen economische activiteit (zoals in de volgende paragraaf nog aan bod zal komen). Aan het 'separation criterion' zou in dit geval dus pas toegekomen indien het Kadaster naast het kosteloos aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer ook nog andere activiteiten zou verrichten die op zichzelf beschouwd moeten worden als economische activiteiten. Dergelijke activiteiten zijn hier niet aan de orde.
51. De ACM heeft in het bestreden besluit in overeenstemming met de uitspraak van het CBb van 14 mei 2019 en het TenderNed-arrest getoetst of de doorontwikkelde KLIC-viewer nauw verbonden is met de publieke taak van het Kadaster.

### 4.3. Publieke taak Kadaster

52. Aan de hand van jurisprudentie van het HvJ zoals Compass-Datenbank en TenderNed en het CBb moet worden gekeken of de doorontwikkelde KLIC-viewer naar zijn aard, zijn doel en de van toepassing zijnde regelgeving worden verbonden is met de uitoefening van de publieke taak van het Kadaster.
53. De wetgever heeft de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten en netwerken (WION) destijds, nu: WIBON, opgesteld met als doel om ten behoeve van het zorgvuldig graven in de ondergrond te voorzien in een betere informatie-uitwisseling over de ligging van de netten. Het overkoepelende doel van de wetgever is bewerkstelligen dat er zorgvuldig wordt gegraven en daarmee het aantal graafincidenten met kabels en leidingen verminderen.<sup>30</sup>
54. Uit artikel 3 eerste lid, aanhef, onder h, van de Kadasterwet en artikel 5 van de Wet informatie-uitwisseling bovengrondse en ondergrondse netten en netwerken (hierna: WIBON) volgt dat het Kadaster als publieke taak heeft het bevorderen van de kenbaarheid van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen, het beheer van het elektronische informatiesysteem waarmee informatie tussen beheerders enerzijds en opdrachtgevers, grondroerders en bestuursorganen anderzijds wordt uitgewisseld, alsmede het verstrekken van gebiedsinformatie. Volgens het CBb is hiermee onmiskenbaar het algemene belang van de openbare veiligheid gediend.<sup>31</sup> De zorg voor dit belang is een typische overheidstaak. Uit artikel 3, eerste lid, aanhef, onder j, van de Kadasterwet volgt verder dat het Kadaster de taak heeft om de toegankelijkheid en uitwisselbaarheid van deze gegevens te bevorderen.

<sup>29</sup> HvJ EU 7 november 2019, C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932 (*TenderNed*) r.o. 16, 17 en 20.

<sup>30</sup> *Kamerstukken II 2006/07*, 30 475, nr. 3, p. 6.

<sup>31</sup> CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.6.

55. Vanwege de toegenomen hoeveelheid en detaillering van de gebiedsinformatie is vanaf 1 april 2021 voor grondroerders verplicht dat zij gebiedsinformatie digitaal beschikbaar en raadpleegbaar hebben op de graaflocatie. Deze verplichting vormt een aanvulling op artikel 2 derde lid, onder c, WIBON. Met deze verplichting wordt beoogd dat er zorgvuldig wordt gegraven. Ter verdere ondersteuning van zorgvuldig graven geldt sinds 1 januari 2019 voor netbeheerder dat zij verplicht zijn om de onderdelen van de gebiedsinformatie die geografische data bevatten in vectorformaat aan te leveren. Gezien de verplichting voor grondroerders om vanaf 1 april 2021 gebiedsinformatie digitaal beschikbaar en raadpleegbaar op de graaflocatie te hebben, draagt het mobiel beschikbaar stellen van de gebiedsinformatie door het Kadaster bij aan het (kunnen) voldoen aan de wettelijke verplichting die op grondroerders rust.

#### 4.4. Toepassing juridisch kader

##### 4.4.1. De publieke taak van het Kadaster heeft een concrete en specifieke wettelijke grondslag

56. Zoals ook uit de uitspraak van het CBb van 14 mei 2019 volgt, dienen doorontwikkelingen van de KLIC-viewer getoetst te worden of de betreffende doorontwikkeling verbonden is met de publieke taak van het Kadaster, zoals opgenomen in artikel 3, eerste lid, onder h en j, van de Kadasterwet en artikel 5 van de WIBON.
57. De Serviceproviders stellen dat de ACM een onjuiste en te algemeen geformuleerde wettelijke grondslag hanteert. Ter onderbouwing van deze stelling verwijzen de Serviceproviders naar een uitspraak van het CBb van 8 december 2020 (Veenendaalse parkeergarages).<sup>32</sup> De Serviceproviders onderbouwen verder niet hoe deze uitspraak zich verhoudt tot hun stelling dat de ACM een onjuist en te algemeen geformuleerde wettelijke grondslag hanteert. Volgens het CBb is de wettelijke grondslag uit de uitspraak van 14 mei 2019 wel concreet en specifiek genoeg.<sup>33</sup> In het bestreden besluit baseert de ACM haar conclusie op diezelfde wettelijke grondslag.<sup>34</sup>
58. De doorontwikkelde KLIC-viewer is nauw verbonden met de publieke taak van het Kadaster. De wetgever heeft het Kadaster belast met een publieke taak waarvoor een concrete en specifieke wettelijke grondslag bestaat<sup>35</sup>, maar heeft er voor gekozen om het Kadaster zelf te laten bepalen hoe zij invulling geeft aan die publieke taak. Artikel 5 van de WIBON stelt namelijk geen eisen aan de vorm waarin het Kadaster gebiedsinformatie verstrekt via het elektronisch informatiesysteem (dat zij op grond van artikel 5, eerste lid, van de WIBON beheert) aan grondroerders en opdrachtgevers (op grond van artikel 5, tweede lid, onder a, van de WIBON). De ACM dient te beoordelen of de doorontwikkelde KLIC-viewer past binnen die publieke taak van het Kadaster.

##### 4.4.2. De doorontwikkelde KLIC-viewer past binnen de publieke taak van het Kadaster

59. Met de doorontwikkelde KLIC-viewer vergemakkelijkt het Kadaster de toegankelijkheid en uitwisselbaarheid van gebiedsinformatie (artikel 3, eerste lid, onder j, van de Kadasterwet). De gebiedsinformatie kan online worden geraadpleegd op de graaflocatie. Voorheen was de

<sup>32</sup> CBb 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923.

<sup>33</sup> CBb 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923, r.o. 8.3.

<sup>34</sup> Zie nr. 25 van het bestreden besluit.

<sup>35</sup> CBb 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923, r.o. 8.3.

gebiedsinformatie alleen met een Windows pc of laptop te raadplegen. Bovendien diende de KLIC-viewer op de oude desktop versie ook gedownload te worden. Met de online versie hoeft dat niet meer. De informatie is daarmee toegankelijker dan voorheen. Ten aanzien van de gps-functie in de applicaties voor mobiele apparaten merkt de ACM op dat de locatie van de gebruiker ten opzichte van de kabels en leidingen nauwkeurig kan worden bepaald. Door de gps-functie wordt de kenbaarheid van de ligging van kabels en leidingen bevorderd (artikel 3, eerste lid, onder h, van de Kadasterwet).

60. Daarnaast is het voor grondroerders sinds 1 april 2021 verplicht om gebiedsinformatie digitaal beschikbaar en raadpleegbaar te hebben op de graaflocatie (artikel 2, derde lid, onder c, van de WIBON). De oude desktopversie van KLIC-viewer was alleen op apparaten met het besturingssysteem Microsoft Windows te gebruiken. De online versie van KLIC-viewer werkt niet alleen op het besturingssysteem van Microsoft Windows, maar ook op het besturingssysteem van iOS. Daarnaast kan de gebiedsinformatie door de komst van de applicaties ook op mobiele randapparatuur geraadpleegd worden. Van de applicaties is zowel een Android versie als iOS versie ontwikkeld. Het Kadaster stelt met de doorontwikkelde KLIC-viewer grondroerders in staat om te voldoen aan de verplichting van om de gebiedsinformatie digitaal beschikbaar en raadpleegbaar te hebben op de graaflocatie.
61. De oude desktopversie van de KLIC-viewer is door het Kadaster geïntroduceerd omdat het Kadaster daarmee uitvoering wilde geven aan zijn publieke taak. Met de doorontwikkelde KLIC-viewer kan informatie over kabels en leidingen nog makkelijker worden geraadpleegd. De doorontwikkelde KLIC-viewer draagt bij aan de uitvoering van de publieke taak van het Kadaster, te weten: het bevorderen van de kenbaarheid van de ligging van ondergrondse kabels en leidingen, het beheer van het elektronische informatiesysteem waarmee informatie tussen beheerders enerzijds en opdrachtgevers, grondroerders en bestuursorganen anderzijds wordt uitgewisseld, alsmede het verstrekken van gebiedsinformatie.
62. De ACM concludeert dan ook dat het Kadaster met het aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer uitvoering geeft aan haar publieke taak.

#### **4.4.3. Noodzakelijkheid doorontwikkelde KLIC-viewer is geen onderdeel van de toets door ACM**

63. De Serviceproviders stellen dat het niet objectief noodzakelijk is dat het Kadaster gratis de doorontwikkelde KLIC-viewer aanbiedt, aangezien de Serviceproviders al jaren actief zijn op de markt voor software en applicaties voor mobiele apparaten. Zoals door het CBb in zijn uitspraak van 14 mei 2019 is geoordeeld is de omstandigheid dat ondernemingen al een bepaalde activiteit op een markt verrichten niet van doorslaggevend belang voor de vraag of er sprake is van een economische activiteit of dat er sprake is van het uitoefenen van publiek gezag.<sup>36</sup>
64. Uit de uitspraak van het CBb van 14 mei 2019 volgt dat het niet van doorslaggevende betekenis is dat de toepasselijke regels niet expliciet voorschrijven dat het Kadaster tot taak heeft software voor de KLIC-viewer te ontwikkelen en ter beschikking te stellen.<sup>37</sup> Dat uit de publieke taak van het Kadaster, zoals omschreven in artikel 3, eerste lid, aanhef, onder h en j, van de Kadasterwet en artikel 5 WIBON, niet expliciet volgt dat het Kadaster software voor de KLIC-viewer moet door

<sup>36</sup> CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.7.

<sup>37</sup> CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.6.

ontwikkelen of dat daaraan eisen of voorwaarden worden gesteld, is dus niet van doorslaggevende betekenis.

65. Het Kadaster geeft met het aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer uitvoering aan zijn publieke taak. De discussie of het verrichten van bepaalde activiteiten door een overheid rekening moet houden met de noodzakelijkheid van die activiteiten, wordt in het kader van de beoordeling onder artikel 25i Mw uitsluitend gevoerd bij de vraag of bepaalde activiteiten van elkaar kunnen worden losgekoppeld. Deze vraag moet worden gesteld bij de toepassing van het ‘separation criterion’:

*“[...] it is apparent from the case-law of the Court of Justice that two activities can be considered not able to be separated when one of them would be rendered largely useless in the absence of the other [...]”<sup>38</sup> (onderstrepingen ACM)*

66. Indien een bepaalde activiteit noodzakelijk is voor het functioneren van een andere activiteit die wordt verricht in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag, dan kunnen deze activiteiten niet van elkaar en van de uitoefening van de bevoegdheden van openbaar gezag worden losgekoppeld. Omdat de ACM in dit geval constateert dat de doorontwikkelde KLIC-viewer nauw is verbonden met de publieke taak van het Kadaster (voldaan wordt dus al aan het ‘connection criterion’), komt zij niet meer toe aan toepassing van het ‘separation criterion’, op basis waarvan moet worden beoordeeld of bepaalde (economische) activiteiten kunnen worden losgekoppeld van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag.
67. De ACM heeft aldus in overeenstemming met de jurisprudentie van het HvJ en het CBb op basis van het ‘connection criterion’ beoordeeld of het Kadaster met het aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer uitvoering geeft aan haar publieke taak en deze vraag positief beantwoord. Gelet op het voorgaande ziet de ACM geen aanleiding om op dit oordeel terug te komen in het kader van de heroverweging van het bestreden besluit.

#### **4.4.4. Mogelijke gevolgen doorontwikkelde KLIC-viewer voor aantal graafschades niet relevant voor de beoordeling door ACM**

68. De ACM zal hieronder nog kort aandacht besteden aan de stelling van de Serviceproviders dat de doorontwikkelde KLIC-viewer graafschade juist in de hand werkt en daarmee het doel van de WIBON ondermijnt en wat dit betekent voor de beantwoording van de vraag of het Kadaster artikel 25i Mw overtreedt.
69. Zoals hiervoor al uitgebreid is toegelicht moet bij die vraag allereerst antwoord worden gegeven op de vraag of er sprake is van een economische activiteit. Dit is niet het geval aangezien de doorontwikkelde KLIC-viewer nauw verbonden is met de publieke taak van het Kadaster.
70. Dat de doorontwikkelde KLIC-viewer uiteindelijk graafschade in de hand zou werken en daarom het doel van WIBON zou ondermijnen, baseren de Serviceproviders uitsluitend op de theorie dat zij oneerlijke concurrentie ondervinden van het Kadaster met als gevolg afnemende innovatie. Hierdoor zou de kwaliteit van de dienstverlening aan grondroerders afnemen, wat graafschade in de hand zou werken. De Serviceproviders onderbouwen dit standpunt verder niet. Van concrete aanwijzingen dat de doorontwikkelde KLIC-viewer graafschade juist in de hand werkt, is geen

<sup>38</sup> HvJ EU 7 november 2019, C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932 (*TenderNed*) r.o. 44.

sprake. Om voornoemde redenen acht de ACM de stelling van de Serviceproviders niet relevant voor haar beoordeling of de doorontwikkelde KLIC-viewer nauw verbonden is met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. De ACM verwijst voor het overige naar hetgeen hiervoor aan bod is gekomen.

71. Aangezien de doorontwikkelde KLIC-viewer nauw is verbonden met de publieke taak van het Kadaster, zijn in dit geval de gedragsregels van de Wet M&O niet van toepassing.

#### **4.4.5. Concurrentie tussen Serviceproviders en Kadaster niet relevant voor de beoordeling door ACM**

72. Ook ten aanzien van de bezwaargrond van de Serviceproviders dat het Kadaster (oneerlijk) concurreert met de Serviceproviders komt de ACM tot de conclusie dat dit niet van belang is voor het beantwoorden van de vraag of het Kadaster met het aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer in strijd heeft gehandeld met art. 25i Mw. Dat het vectorformaat destijds is geïntroduceerd om innovatie door marktpartijen, zoals de Serviceproviders en grondroerders, te stimuleren maakt dit niet anders.
73. Zoals de ACM hiervoor ook al heeft opgemerkt, heeft het CBb in zijn uitspraak van 14 mei 2019, inzake de oude desktopversie van de KLIC-viewer, immers ook aangegeven dat de omstandigheid dat ondernemingen eerder actief zijn op een bepaalde markt, nog niet meebrengt dat de activiteit die door een overheid wordt verricht economisch van aard is.<sup>39</sup>

#### **4.4.6. Geen schending zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel**

74. De grond van de Serviceproviders dat de ACM in strijd zou hebben gehandeld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, treft naar het oordeel van de ACM – gelet op al het voorgaande – geen doel.

### **4.5 Conclusie**

75. De ACM handhaaft de conclusie dat het aanbieden van de doorontwikkelde KLIC-viewer valt onder de publieke taak van het Kadaster. Deze dienst is geen economische activiteit en om die reden is artikel 25i, eerste lid, Mw niet van toepassing. De hiertegen gerichte bezwaargronden treffen geen doel.

## **5. Vergoeding proceskosten**

76. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb, worden de kosten, die een belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed, voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. De ACM stelt vast dat er geen aanleiding is om het bestreden besluit te herroepen. Dit betekent dat in dit geval niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 7:15, tweede lid, Awb om in aanmerking te komen voor een vergoeding van de

<sup>39</sup> CBb 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.7.

proceskosten in bezwaar. De ACM wijst het verzoek van de Serviceproviders om die reden dan ook af.

## 6. Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

verklaart de bezwaren van BlindGuide, Geodirect, GOconnectIT, MijnKlic, Prosilic, Syntax Inframediairs, GO WIBON en Spatial Eye ongegrond en handhaaft haar besluit van 9 februari 2021 met kenmerk ACM/UIT/542080.

Den Haag, 7 oktober 2021

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

mr. M.T.P.J. van Oers  
Directeur Directie 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).*