



Besluit

Prioriteringsbesluit

Ons kenmerk : ACM/UIT/576390
Zaaknummer : ACM/21/167901
Datum : 5 april 2022

1. Inleiding

- 1 De Autoriteit Consument & Markt (hierna: de ACM) ziet toe op de naleving van de Wet Markt en Overheid. De Wet Markt en Overheid (hierna: Wet M&O) is onderdeel van de Mededingingswet (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
- 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 zij zich daarbij wel aan een aantal gedragsregels moeten houden.
- 3 Op 8 november 2021 heeft de technisch directeur van de onderneming Bloqzone B.V. (hierna: Bloqzone) bij de ACM een handhavingsverzoek jegens de gemeente Nijmegen, gemeente Arnhem en Drechtsteden³ (hierna: de Gemeenten) ingediend. Hierin stelt Bloqzone dat de Gemeenten bij het aanbieden van ID Contact de Wet M&O overtreden. De Gemeenten hebben de software van ID Contact open-source aangeboden, hetgeen inhoudt dat de broncode van de software online beschikbaar wordt gesteld en door eenieder bekeken kan worden. Dit zorgt ervoor dat iedereen de software kan gebruiken om een bijdrage aan het product te leveren of om met behulp van deze broncode eigen producten/diensten te ontwikkelen.
- 4 Volgens Bloqzone berekenen de Gemeenten bij het aanbieden van ID Contact de integrale kosten niet door aan de afnemers van het product zoals beschreven in artikel 25i, eerste lid, Mw doordat de Gemeenten de broncode van ID Contact (gratis) open source ter beschikking stellen. Bloqzone stelt dat hij hierdoor wordt benadeeld in zijn concurrentiepositie.
- 5 In dit besluit concludeert de ACM dat zij op basis van haar prioriteringsbeleid geen nader onderzoek zal doen naar de mogelijke overtreding van artikel 25i, eerste lid, Mw door de Gemeenten.

2. Wettelijk kader

- 6 De Wet M&O richt zich tot overheidsorganisaties die economische activiteiten verrichten. Om oneerlijke concurrentie van de overheid met bedrijven 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 in artikel 25i, eerste lid, Mw, het bevoordelingsverbod in artikel 25j Mw, de plicht tot beschikbaarstelling van gegevens in artikel 25k Mw en de plicht tot functiescheiding in 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 Op dit moment is een wetsvoorstel aanhangig waarin een uitzondering wordt voorzien voor het vrijgeven van de broncode van open source software die bestuursorganen (laten) ontwikkelen, voor de gedragsregel van integrale kostenberekening, als bedoeld in artikel 25i van de Mw.⁴ Op 14 december

¹ Hoofdstuk 4B Mededingingswet.

² *Kamerstukken II, 2007/2008, 31 354, nr. 3.*

³ Drechtsteden is de naam van een regionaal intergemeentelijk samenwerkingsverband in de provincie Zuid-Holland. Het samenwerkingsverband, met de officiële naam *Gemeenschappelijke Regeling Drechtsteden* (GRD), omvat de gemeentes Dordrecht, Zwijndrecht, Hendrik-Ido-Ambacht, Alblasserdam, Papendrecht, Sliedrecht en Hardinxveld-Giessendam.

⁴ *Kamerstukken II 2021/22, 35 985, nr. 3 (MvT), Wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over Markt en Overheid.*

2021 heeft de ministerraad ingestemd met een wijziging van de Wet M&O.⁵ Het wetsvoorstel is ten tijde van dit besluit aanhangig bij de Tweede Kamer.

- 9 Op grond van artikel 70c, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Mw kan de ACM, in geval van een overtreding van artikel 25i, eerste lid, Mw verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld.

3. Procedure

- 10 Op 8 november 2021⁶ heeft de ACM een handhavingsverzoek van Bloqzone ontvangen waarin Bloqzone stelt dat de Gemeenten een economische activiteit verrichten waarvoor niet de werkelijke kosten in rekening worden gebracht. De ACM heeft op 26 november 2021⁷, 17 december 2021⁸ en 18 januari 2022⁹ contact opgenomen met Bloqzone om informatie te vergaren.
- 11 Op 9 december 2021 heeft de ACM gesproken met de Gemeenten over het door Bloqzone ingediende handhavingsverzoek als ook de (ontwikkeling van) ID Contact¹⁰. Op 28 januari 2022 heeft de ACM aan de Gemeenten een informatieverzoek gezonden¹¹, dat de Gemeenten op 7 februari 2022 hebben beantwoord.¹²

4. Feiten

- 12 Bloqzone heeft als softwareontwikkelaar en startup in de telecommunicatiesector een manier van geïdentificeerd communiceren bedacht op basis van het identiteitsplatform "I Reveal my Attributes" (hierna: IRMA)¹³. Het doel is om middels authenticatie op afstand vast te stellen of iemand daadwerkelijk is wie diegene beweert te zijn om vervolgens een telefonisch gesprek met de overheid of een bedrijf te voeren.
- 13 In september 2019 heeft Bloqzone deze softwaretoepassing gedemonstreerd aan de gemeente Nijmegen¹⁴, waarna beide partijen plannen maakten voor een samenwerking in het project *IRMA Bellen*. De gemeente Nijmegen en Bloqzone slaagden er evenwel niet in om door te gaan met de samenwerking, waarna de gemeente Nijmegen in december 2019 besloot om zelf verder te gaan met het project. Gemeente Arnhem en Drechtsteden sloten vervolgens aan bij het innovatieproject van de gemeente Nijmegen, dat vanaf januari 2020 onder de naam *ID Bellen* verder gaat.¹⁵
- 14 Op 2 maart 2020 huren de Gemeenten als gevolg van een eenvoudige onderhandse aanbesteding het bedrijf Tweede Golf B.V. (hierna: Tweede Golf) in om te werken aan de ontwikkeling van de benodigde

⁵ Tijdens de procedurevergadering van de commissie voor Economische Zaken en Klimaat op 14 december 2021 is de wijziging van de Mw *niet controversieel* verklaard.

⁶ Zie handhavingsverzoek van Bloqzone inzake overtreding Wet M&O gemeente Nijmegen, Arnhem en Drechtsteden, kenmerk ACM/IN/656909.

⁷ Zie gespreksverslag tussen Bloqzone en de ACM van 26 november 2021, kenmerk ACM/UIT/566342.

⁸ Zie informatieverzoek van de ACM aan Bloqzone van 17 december 2021, kenmerk ACM/IN/668484.

⁹ Zie intern gespreksverslag tussen Nysingh en de ACM, van 18 januari 2022, kenmerk ACM/INT/441683 en e-mail met zienswijze van Nysingh (namens Bloqzone) van 26 januari 2022, kenmerk ACM/IN/673846.

¹⁰ Zie gespreksverslag tussen de gemeenten Nijmegen, Arnhem en Drechtsteden en de ACM van 9 december 2021, kenmerk ACM/UIT/567295.

¹¹ Zie informatieverzoek van de ACM aan de Gemeenten van 28 januari 2022, kenmerk ACM/UIT/570563.

¹² Zie antwoorden op informatieverzoek van de Gemeenten aan de ACM van 7 februari 2022, kenmerk ACM/IN/676176.

¹³ Het authenticatiemiddel IRMA is bedacht door de Radboud Universiteit en wordt momenteel onderhouden door Stichting Privacy by Design. De bijbehorende IRMA-app is vergelijkbaar met de DIGI-D applicatie, waarbij enkel relevante persoonlijke gegevens ("attributen") worden gedeeld. De broncode van IRMA is open source ter beschikking gesteld.

¹⁴ Zie het antwoord op vraag 5 van het gespreksverslag tussen Bloqzone en de ACM van 26 november 2021, kenmerk ACM/UIT/566342.

¹⁵ Zie gespreksverslag tussen de gemeenten Nijmegen, Arnhem en Drechtsteden en de ACM van 9 december 2021, kenmerk ACM/UIT/567295.

software voor de pilot 'Bellen met IRMA' / ID Bellen.¹⁶ De Gemeente Nijmegen heeft in de overeenkomst laten opnemen dat alle software onder een open source licentie moet worden vrijgegeven. En dat meer concreet de software – inclusief documentatie - namens de gemeente Nijmegen via GitHub aan de buitenwereld beschikbaar wordt gesteld zodat de software voor eenieder die wil bruikbaar is, binnen de grenzen van de gekozen licentie.¹⁷ Op 14 mei 2020 stelt Tweede Golf de broncode van ID Bellen open source beschikbaar op GitHub.¹⁸ GitHub is een veelgebruikt website om open source software op te ontsluiten.

- 15 Vanaf november 2020 is ID Bellen overgegaan in *ID Contact*.¹⁹ Vervolgens hebben de Gemeenten de opdracht voor de verdere ontwikkeling van de software van ID Contact in een meervoudige onderhandse aanbesteding uitgezet.
- 16 Bloqzone heeft zich niet ingeschreven op de aanbesteding voor de ontwikkeling van de software voor ID Contact.²⁰ Tweede Golf heeft de opdracht toebedeeld gekregen om binnen een periode van een jaar een identiteitsbrug(kernsysteem) op te leveren waarbinnen het mogelijk wordt gemaakt om met verschillende authenticatie- en communicatiemethoden te integreren bij gemeenten. Bij de start van de nieuwe opdracht aan het begin van december 2020 heeft Tweede Golf in opdracht van de Gemeente Arnhem de broncode van ID Contact open source beschikbaar gesteld op GitHub onder een licentie waardoor eenieder het eeuwigdurende gebruiksrecht heeft.²¹

5. Prioritering

- 17 De ACM ontvangt meer verzoeken om handhaving en signalen over mogelijke overtredingen dan zij gelet op haar onderzoekscapaciteit in onderzoek kan nemen. De bevoegdheid tot handhaven is een discretionaire bevoegdheid van de ACM. Deze wordt begrensd door de beginselplicht tot handhaving.²² De beginselplicht strekt zich uit tot de vraag wanneer de ACM gehouden is tot handhaving.
- 18 Vanwege de noodzaak om haar onderzoekscapaciteit doelmatig in te zetten, moet de ACM prioriteiten stellen. Dit doet de ACM op basis van haar prioriteringsbeleid.²³ In haar prioriteringsbeleid hanteert de ACM drie criteria op basis waarvan zij verzoeken om handhaving of signalen over mogelijke overtredingen beoordeelt: i) hoe schadelijk is het gedrag waarop het verzoek of het signaal ziet voor de consumentenwelvaart, ii) hoe groot is het maatschappelijk belang bij het optreden van de ACM en iii) in hoeverre is de ACM in staat doeltreffend en doelmatig op te treden.
- 19 Om de bovengenoemde belangenafweging op grond van het prioriteringsbeleid te kunnen maken en het handhavingsverzoek te beoordelen heeft de ACM een vooronderzoek uitgevoerd. Hieronder legt de ACM per prioriteringscriterium uit waarom zij tot de conclusie komt dat zij geen prioriteit geeft aan

¹⁶ Antwoorden op informatieverzoek van de Gemeenten aan de ACM van 7 februari 2022, kenmerk ACM/IN/676176.

¹⁷ Zie antwoorden op informatieverzoek van de Gemeenten aan de ACM van 7 februari 2022, kenmerk ACM/IN/676176, bijlage overeenkomst ten behoeve van maatwerk, tussen de Gemeente Nijmegen en Tweede Golf.

¹⁸ Zie het antwoord bij onderwerp 3.c *Consultatieronde* van het gespreksverslag tussen de gemeenten Nijmegen, Arnhem en Drechtsteden en de ACM van 9 december 2021, kenmerk ACM/UIT/567295. Voor de vrijgegeven broncode van ID Bellen door Tweede Golf zie de webpagina van Github als bijlage van het besluit.

¹⁹ ID Contact is een samenwerking van de Gemeenten, Tweede Golf, de Belastingdienst, Digicampus (Logius), NOVUM (Sociale Verzekeringsbank), Hogeschool Arnhem-Nijmegen (HAN) en het iHub (Radboud Universiteit). Zie het antwoord bij onderwerp 1. *Samenwerking Bloqzone* van het gespreksverslag tussen de gemeenten Nijmegen, Arnhem en Drechtsteden en de ACM van 9 december 2021, kenmerk ACM/UIT/567295.

²⁰ Zie antwoord op vraag 11 van het gespreksverslag tussen Bloqzone en de ACM van 26 november 2021, kenmerk ACM/UIT/566342.

²¹ Zie antwoorden op informatieverzoek van de Gemeenten aan de ACM van 7 februari 2022, kenmerk ACM/IN/676176. En zie het antwoord bij gespreksonderwerp 3.C *Consultatieronde* van het gespreksverslag tussen de gemeente Nijmegen, Arnhem en Drechtsteden en de ACM van 9 december 2021, kenmerk ACM/UIT/567295. Voor de vrijgegeven broncode van ID Contact door Tweede Golf zie de webpagina van Github als bijlage bij het besluit.

²² Zie bijv. CBb, 20 augustus 2010, ECLI:NLCBB:2010:BN4700, r.o. 7.2.5.1. e.v.

²³ Zie: "Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt", ACM/DJZ/2016/200888, Staatscourant 2016, nr. 14564, 18 maart 2016.

dit handhavingsverzoek. De ACM merkt hierbij volledigheidshalve op dat zij in deze zaak nog niet tot de conclusie is gekomen dat de Wet M&O in dit geval van toepassing is. De ACM heeft evenwel onderzocht wat het effect van haar optreden zou zijn in het geval de Wet M&O wel van toepassing zou zijn.

Schade voor consumentenwelvaart

- 20 De ACM kijkt in het kader van haar prioriteringsbeleid onder andere naar potentiële schade en maatschappelijke schade die door een eventueel optreden voorkomen of beperkt kan worden. Bloqzone betoogt in dit verband dat zij door het open source vrijgeven van de broncode van software in haar concurrentiepositie wordt geraakt, omdat anderen de broncode kunnen hergebruiken en deze dus niet meer opnieuw ontwikkeld hoeft te worden. Hierdoor hebben de Gemeenten de Bloqzone-applicatie op de markt weggeconcentreerd, aldus Bloqzone.
- 21 De ACM stelt vast, dat indien de Wet M&O van toepassing zou zijn op het open source delen van de broncode, de Gemeenten de broncode van de software nog steeds ter beschikking mogen stellen aan derden. Bloqzone kan dus niet met haar handhavingsverzoek bewerkstelligen dat anderen geen beschikking zouden krijgen over de broncode. Daartegenover staat, dat het open source aanbieden van software juist de kwaliteit en innovatie van software ten goede kan komen, omdat zonder restrictie kan worden voortgebouwd op oplossingen die zich in de praktijk bewezen hebben en externe software ontwikkelaars allerlei kwaliteitsverbeteringen kunnen voorstellen.²⁴ De ACM vermoedt in het licht van het voorgaande dan ook weinig tot geen schadelijke effecten voor de consumentenwelvaart bij het gratis aanbieden van broncodes van software.

Maatschappelijk belang optreden

- 22 Op basis van overheidsbeleid wordt van overheden verlangd alle broncodes die met publieke middelen is ontwikkeld, open source aan te bieden tenzij er gegronde redenen zijn om het niet te doen.²⁵ Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de belangen van nationale of openbare veiligheid zich daartegen verzetten of de benodigde vertrouwelijke werkwijze van de overheid, denk aan opsporing en toezicht, worden geschaad. Het publiceren van broncodes is volgens het overheidsbeleid dienstig aan innovatie, meer economische bedrijvigheid, transparantie en informatieveiligheid en minder verspilling.
- 23 In lijn met dit overheidsbeleid heeft de gemeente Arnhem in de overeenkomst van het project ID Contact met Tweede Golf vastgelegd dat de ontwikkelde software onder een open source licentie wordt vrijgegeven, met als doel dat de software voor eenieder die wil, bruikbaar is.²⁶ In dit kader zou handhavend optreden door de ACM juist in strijd zijn met het overheidsbeleid en indruisen tegen het maatschappelijke belang dat de overheid nastreeft bij het open source beleid met betrekking tot broncodes.
- 24 Op basis van het vooronderzoek kan tevens niet eenvoudig worden gesteld dat het maatschappelijk belang van een goed werkende markt in het geding is gekomen nu het open source aanbieden van broncodes juist het doel heeft de productiekosten te beperken en kansen te creëren voor meer economische bedrijvigheid binnen de digitale infrastructuur.²⁷ Om die reden is de ACM van oordeel dat

²⁴ Onderzoek publiceren Open Source Software, 11 oktober 2017, door Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

²⁵ Het kabinet lanceerde in maart 2003 het programma Open standaarden en opensourcesoftware (OS&OSS). In de jaren daarna zijn door achtereenvolgende kabinetten verschillende acties ondernomen die als doel hebben om het gebruik van open source te stimuleren, o.a. de lijn dat bij gelijke geschiktheid in aanbesteding open source de voorkeur geniet; Beleidsbrief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 17 april 2020 (*Kamerstukken II* 2019/20, 26 643, nr. 676). Beleidsbrief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 17 april 2020 (*Kamerstukken II* 2019/20, 26 643, nr. 676).

²⁶ Zie antwoorden op informatieverzoek van de Gemeenten aan de ACM van 7 februari 2022, kenmerk ACM/IN/676176, bijlage overeenkomst ten behoeve van maatwerk, tussen de Gemeente Nijmegen en Tweede Golf, en bijlage de offerte uitvraag ID Contact van de gemeente Arnhem.

²⁷ Beleidsbrief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 17 april 2020 (*Kamerstukken II* 2019/20, 26 643, nr. 676).

de relevantie voor de maatschappij bij haar optreden in dit geval gering is, wat handhavend optreden minder opportuun maakt.

Handhaving niet doeltreffend en doelmatig

- 25 Tot slot dient de ACM een inschatting te maken of met de inzet van een geschikt handhavingsinstrument op korte termijn een gewenste situatie kan worden bereikt of in voldoende mate kan worden benaderd.
- 26 Ten tijde van het vooronderzoek is er een wetswijziging voorgesteld voor de Wet M&O²⁸ dat ondertussen is ingediend bij de Tweede Kamer.²⁹ Een van de wijzigingen in het wetsvoorstel is dat het vrijgeven van de broncode van open source software uitgezonderd wordt van de gedragsregel voor integrale kostenberekening. Dit heeft als doel dat bestuursorganen gemakkelijker de broncode van open software kunnen publiceren waarmee onder meer innovatie wordt gestimuleerd.
- 27 De door de regering voorgestelde wetswijziging ondersteunt het ingezette (overheid)beleid met betrekking tot broncodes en zal, indien de wet wordt aangenomen, het open source aanbieden van broncodes legaliseren. In dat geval zal deze gedraging geen overtreding meer opleveren van artikel 25i, eerste lid, Mw. Gelet op het wetgevingstraject is er een aanzienlijke kans dat het effect van handhaving tijdelijk zal zijn en niet op lange termijn houdbaar. Daarom is de ACM van oordeel dat het niet doeltreffend is in dit geval handhavend op te treden.

Conclusie

- 28 Op basis van de toetsing aan de hiervoor genoemde prioriteringscriteria, komt de ACM tot de conclusie dat het belang van een verdergaand onderzoek niet opweegt tegen het belang van onderzoek in andere zaken.

6. Besluit

- 29 De ACM wijst het verzoek tot handhavend optreden van Bloqzone af en stelt geen nader onderzoek in.

Datum: 5 april 2022

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. J.J. Westland
Teammanager Directie Mededinging

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Graag ontvangen wij uw bezwaarschrift **binnen zes weken** na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.*

²⁸ Wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid (*Kamerstukken II* 2021/22, 35 985, nr. 2) is op 9 december 2021 bij de Tweede Kamer ingediend. Vervolgens is op 14 januari 2022 het verslag van de vaste Commissie over de voorgestelde wetswijziging vastgesteld.

²⁹ Wijziging van de Mededingingswet in verband met aanpassing van de bepalingen over markt en overheid (*Kamerstukken II* 2021/22, 35 985, nr. 5).