



**Besluit
Openbaar**

BESLUIT

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar gericht tegen het besluit van 7 januari 2013 met kenmerk 7237/326

Nummer 7237/1026

Betreft zaak: Executieveilingen

**Pagina
1/94**

1	Inleiding	3
1.1	Verloop van de procedure	3
1.2	De handelaar die centraal staat in dit besluit.....	7
1.3	Samenhang met andere besluiten en procedures	7
2	Feiten en omstandigheden	8
2.1	De executieveiling.....	8
2.2	De gedragingen	10
3	Juridische beoordeling in het licht van artikel 6 Mw	13
3.1	Inleiding.....	13
3.2	Onderneming	14
3.3	Mededingingsbeperking.....	14
3.3.1	Juridisch kader.....	14
3.3.2	Toepassing op deze zaak.....	14
3.3.3	Beoordeling van de bezwaargronden van handelaren.....	19
3.4	De kwalificatie van de gedragingen als één enkele inbreuk.....	28
3.4.1	Juridisch kader.....	28
3.4.2	Toepassing op deze zaak.....	28
3.4.3	Beoordeling van de bezwaren van handelaren	31
3.5	Merkbaarheid	40
3.5.1	Juridische kader en toepassing op deze zaak.....	40
3.5.2	Beoordeling van de bezwaren van handelaren	44
3.6	Artikel 6, derde lid, Mw	46
3.7	Individuele betrokkenheid	48
3.8	Conclusie	52

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



**Besluit
Openbaar**

4	Beoordeling overige bezwaren van de betrokken handelaren	53
4.1	Verjaring.....	53
4.2	Verdeling in tranches	55
4.3	Vooringenomenheid van ACM.....	55
4.4	Onbetrouwbaarheid clementieverklaring	73
4.5	Eerder onderzoek naar executieveilingen	75
4.6	Cautie bij schriftelijke vragen door ACM; bevragingstechniek; medewerkingsplicht bij mondelinge vragen.....	77
5	Toerekening	78
6	Boete.....	79
6.1	Beoordelingskader.....	79
6.2	Boetegrondslag.....	79
6.3	Basisboete	85
6.4	Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.....	87
6.4.1	Beoordeling door ACM	87
6.4.2	Beoordeling van de standpunten van handelaren.....	88
6.5	Wettelijk maximum.....	93
6.6	Vaststelling van de hoogte van de boete.....	93
7	BESLUIT	93



Besluit Openbaar

1 Inleiding

1. In dit besluit oordeelt Autoriteit Consument en Markt ("**ACM**"), kort gezegd, als volgt.
2. [vertrouwelijk], handelaar op executieveilingen, heeft deelgenomen aan een voortgezette overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet ("**Mw**"). Deze overtreding bestaat uit deelname aan een geheel van gedragingen voorafgaand, tijdens en na afloop van executieveilingen, waarbij met andere handelaren op executieveilingen de risico's van concurrentie welbewust vervangen door de zekerheid die samenwerking biedt. Dit geheel had tot doel de prijsconcurrentie op executieveilingen te beperken, vervalsen en/of te manipuleren, en bestond met name uit de volgende gedragingen:
 - het benaderen van zogenoemde outsiders;
 - het verdelen van de inzetpremie;
 - de praktijk van het elkaar laten meekopen met een door een betrokken handelaar verkregen pand; en
 - de sanctionering van handelaren die zich niet conformeren aan de afspraak.

De overtreding duurde van 13 juni 2000 tot en met 15 december 2009.

3. ACM legt ter zake van genoemde overtreding, met gedeeltelijke gegrondverklaring van de bezwaren tegen haar besluit van 7 januari 2013, aan [vertrouwelijk] een boete op van EUR 145.000.

1.1 Verloop van de procedure

4. Op 13 oktober 2009 is de NMa een onderzoek gestart naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw ("**het kartelverbod**") door ondernemingen die actief zijn op executieveilingen, dat heeft geresulteerd in een redelijk vermoeden bij de Directie Mededinging van de NMa dat diverse handelaren in onroerende zaken in de periode van 13 juni 2000 tot en met 15 december 2009 het kartelverbod hebben overtreden.
5. De Raad van Bestuur van de NMa ("**de Raad**") heeft, vanwege dit redelijk vermoeden van overtreding van de mededingingsregels, opdracht gegeven aan de Directie Mededinging tot het doen opstellen van rapporten als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw ("**het rapport**").



Besluit Openbaar

6. De rapporten zijn uitgebracht in drie tranches met de zaaknummers 6538 (eerste tranche), 7237 (tweede tranche) en 7268 (derde tranche) die tezamen betrekking hebben op 83 handelaren. De gedragingen van de handelaren in de drie tranches zijn – in essentie – gelijk.
7. Op 24 oktober 2011 heeft de Directie Mededinging ten aanzien van 42 handelaren in de tweede tranche rapporten opgemaakt met het oog op een eventueel door de Raad op te leggen sanctie.¹
8. Bij primaire besluiten van 13 december 2011 heeft de Raad aan 14 handelaren in de eerste tranche een sanctie opgelegd.²
9. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de Raad de bezwaren tegen voornoemd boetebesluiten voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (“**Adviescommissie**”).
10. Bij brief van 16 december 2011 heeft de Juridische Dienst van de NMa aan de 42 handelaren uit de tweede tranche bericht dat zij de zaak verder behandelt.³ In dezelfde brief heeft de Juridische Dienst op de voet van artikel 5:49 Algemene wet bestuursrecht (“**Awb**”) het dossier aan de handelaren toegezonden. Op 5 februari 2012 heeft [vertrouwelijk], ook partij in de tweede tranche, een schriftelijke zienswijze in de zin van artikel 5:50 Awb naar voren gebracht.⁴
11. De NMa heeft in de tweede tranche hoorzittingen georganiseerd op 28 en 29 februari en 1 maart 2012. [vertrouwelijk] heeft een mondelinge zienswijze in de zin van artikel 5:50 Awb naar voren gebracht. Van deze hoorzitting is een verslag opgemaakt⁵ dat op 22 mei 2012 aan [vertrouwelijk] is toegezonden.⁶
12. Op 25 oktober 2012 respectievelijk op 29 oktober 2012 heeft de Raad de betrokken handelaren in de tweede respectievelijk de derde tranche geïnformeerd dat de Raad er naar streeft vóór het einde van 2012 tot primaire besluitvorming over te gaan.

¹ Dossierstukken 7237/46 tot en met 7237_1/87.

² Kenmerken 6538_1/1295 tot en met /1308. De procedure jegens één handelaar is beëindigd wegens diens overlijden.

³ Dossierstuk 7237/100.

⁴ Dossierstuk 7237/149.

⁵ Dossierstuk 7237/265.

⁶ Dossierstukken 7237/267.



Besluit Openbaar

13. In de eerste tranche heeft de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet op 8 oktober 2012 advies aan de Raad uitgebracht (“**Advies 1**”).⁷ Gelet op de samenhang tussen de drie tranches heeft Advies 1 ook relevantie voor zaak 7237 en 7268. Om redenen van zorgvuldigheid heeft de Raad Advies 1 dan ook mede in zijn beoordeling betrokken in de primaire besluitvorming in onderhavige zaak 7237 en in zaak 7268.
14. Op 7 januari 2013 heeft de Raad 14 besluiten op bezwaar genomen in de eerste tranche. Gelijkijdig met die besluitvorming heeft de Raad 69 primaire boetebesluiten genomen in de tweede en derde tranche. Aan [vertrouwelijk] is op die datum een sanctie opgelegd.⁸
15. [vertrouwelijk] heeft op 14 februari 2013 een pro-forma bezwaarschrift ingediend en op 21 juni 2013 de bezwaargronden aangevuld.⁹
16. Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden. Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (“**ACM**”) de rechtsopvolger van de NMa, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (“**OPTA**”) en de Consumentenautoriteit (“**CA**”). Op grond van artikel 42, tweede lid, Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, worden bezwaarschriften die ingediend zijn bij de NMa, OPTA of CA aangemerkt als bezwaarschriften die ingediend zijn bij ACM. Het besluit op het bezwaarschrift in de onderhavige zaak zal dan ook door ACM genomen worden. Omwille van de leesbaarheid zal hierna steeds worden gesproken van ACM.
17. Op 31 oktober, 1 november en 8 november 2013 heeft de Adviescommissie een hoorzitting gehouden ten behoeve van de handelaren in de tweede en derde tranche. In het kader van de voorbereiding van de hoorzitting heeft de Adviescommissie toen aangegeven haar advies te beperken tot de zogeheten *individuele omstandigheden* die door handelaren in bezwaar worden aangevoerd omdat zij al op de mededingingsrechtelijk inhoudelijke punten in de bezwaarfase in de eerste tranche al een advies had geformuleerd (Advies 1) en geen aanleiding zag de adviezen in de tweede en derde tranche te heroverwegen.¹⁰
18. Op 25 februari 2014 heeft de Adviescommissie advies aan ACM uitgebracht met betrekking tot de handelaren in de tweede en derde tranche (hierna “**Advies 2**”).¹¹ De

⁷ Dossierstuk 6538_1/1447.

⁸ Dossierstuk 7237/326.

⁹ Dossierstuk 7237/493 en 7237/576.

¹⁰ Zie brief van 1 augustus 2013 van de Adviescommissie, dossierstuk 7237/648 en 649

¹¹ Dossierstuk 7237/837.



Besluit Openbaar

Adviescommissie adviseert ACM, kort gezegd, haar conclusie dat sprake is van een inbreuk op artikel 6 Mw nader te motiveren. De Adviescommissie adviseert ACM met name om:

- a. nader te onderbouwen dat de gedragingen in de inzetfase onderdeel uitmaken van de verboden gedragingen in de afmijnfase en tijdens de naveilingen;¹²
- b. nader te motiveren dat sprake is van één enkele inbreuk en te onderbouwen, dat de verweten gedragingen onderdeel zijn van een vooropgezet totaalplan van *alle* betrokken handelaren (één verband of groep) met één enkel allesbepalend doel,¹³
- c. de bezwaargrond te bespreken dat geen sprake is van overtreding van artikel 6 Mw omdat de uitzondering van artikel 7 Mw van toepassing is op de gedragingen;¹⁴
- d. de bezwaargrond te bespreken dat op bepaalde markten zo veel spelers optreden dat mededingingsbeperkende beïnvloeding niet mogelijk is;¹⁵
- e. in het licht van de zeer ingrijpende persoonlijke gevolgen voor veel handelaren en hun directe omgeving te motiveren waarom het waarborgen van gezonde marktwerking en bescherming van de consument niet met minder vergaande maatregelen had kunnen worden nagestreefd en waarom niet had kunnen worden volstaan met meer bescheiden boetes of boetes van meer 'symbolische' aard;¹⁶
- f. de keuze voor de handhavingsgrens van de deelname aan 40 besmette veilingen nader te onderbouwen;¹⁷
- g. de bewijswaardering nader te motiveren ten aanzien van¹⁸: 'vals spel';¹⁹ doorgestreepte, niet aangekruiste namen, niet ontvangen betalingen of niet genoemde bedragen;²⁰
- h. geen boete op te leggen aan handelaren uit de tweede en derde tranche die vóór 2005 hun activiteiten hebben beëindigd omdat zij niet betrokken zijn bij één enkele inbreuk en de bevoegdheid tot boeteoplegging is vervallen vanwege verjaring;²¹
- i. de boetesystematiek voor de tweede en derde tranche aan te passen door middel van een geïndividualiseerde omzetberekening;²² door de mate van betrokkenheid

6/94

¹² Dossierstuk 7237/837, 7268/625, punt 20-21.

¹³ Dossierstuk 7237/837, 7268/625, punt 22-23.

¹⁴ Id., punt 30.

¹⁵ Id., punt 31.

¹⁶ Id., punt 32.

¹⁷ Id., punten 33-40.

¹⁸ Id., punten 47-51.

¹⁹ Id., punten 53-54.

²⁰ Id., punt 58.

²¹ Id., punten 65-72.

²² Id., punten 86-88.



Besluit Openbaar

individueel te bezien,²³ door middel van een (beduidend) lagere ernstfactor, nu de inbreuk vooral het resultaat van onachtzaamheid is.²⁴

19. De Adviescommissie heeft in dit verband besloten niet een zodanig gedetailleerd advies te formuleren dat dit als alternatieve motivering zou kunnen gelden.²⁵ ACM verwijst in het navolgende naar het advies van de Adviescommissie waar dit passend voorkomt.

1.2 De handelaar die centraal staat in dit besluit

20. [vertrouwelijk] is geboren op [vertrouwelijk] en is woonachtig op [vertrouwelijk]. ACM stelt vast dat [vertrouwelijk] als handelaar op executieveilingen, en zodoende in het economische verkeer, actief is. In het navolgende zal ACM [vertrouwelijk] aanduiden als "Handelaar".

1.3 Samenhang met andere besluiten en procedures

21. In het hiernavolgende zal ACM, gelet op de door Handelaar naar voren gebrachte bezwaren, de betrokkenheid van Handelaar bij de gedragingen met betrekking tot executieveilingen beoordelen. Deze gedragingen hebben betrekking op de periode 2000-2009.
22. De betrokkenheid van Handelaar staat niet op zichzelf. Het dossier dat ten grondslag ligt aan dit besluit, bevat aanwijzingen dat (vele) andere handelaren eveneens betrokken zijn bij de gedragingen zoals beschreven in dit besluit.
23. Zoals uit het voorgaande reeds volgde, heeft ACM de zaak Executieveilingen opgedeeld in drie tranches. In totaal heeft de zaak Executieveilingen betrekking op 83 handelaren.
24. In alle tranches zijn, zoals gezegd, de gedragingen van de handelaren – in essentie – gelijk. ACM verwijt de handelaren dat zij het kartelverbod van artikel 6 Mw hebben overtreden doordat zij door samenspanning hun individuele biedgedrag hebben afgestemd ten aanzien van afzonderlijke woningen die op executieveilingen geveild worden. De mate van betrokkenheid bij de verboden afstemming van te veilen woningen vormt de grondslag voor de opsplitsing van deze zaak in drie tranches:

²³ Id., punten 88-90.

²⁴ Id., punten 92-95.

²⁵ Dossierstuk 7237/837, 7268/625, punt 14.



Besluit Openbaar

De eerste tranche (zaak 6538) betreft 14 handelaren die betrokken zijn bij 1119 – 351 woningen.
De tweede tranche (zaak 7237) betreft 42 handelaren die betrokken zijn bij 350 – 87 woningen
De derde tranche (zaak 7268) betreft 27 handelaren die betrokken zijn bij 86 – 40 woningen.

25. In dit besluit hanteert ACM de termen pand en woning door elkaar, al dan niet voorzien van het bijvoeglijk naamwoord “besmet”. Met die term doelt ACM op een geveilde woning die getroffen is door de kartelafspraken. Het aantal besmette woningen reflecteert, als gezegd, de individuele betrokkenheid van een handelaar bij de kartelafspraken.
26. Ten aanzien van elke handelaar afzonderlijk zal ACM tot besluitvorming overgaan.
27. Daar waar mogelijk en overeenkomstig haar benadering ten aanzien van de adviezen van de Bezwaarschriftencommissie heeft ACM uit oogpunt van zorgvuldigheid individuele bezwaargronden en individuele betogen in zienswijzen die alle betrekking hebben op de betwisting dat sprake is van een kartel, ook ten gunste van handelaren in de andere tranches uitgelegd. De onderlinge samenhang van de drie zaken geeft daartoe aanleiding.

8/94

2 Feiten en omstandigheden

2.1 De executieveiling

28. Hierna volgt een korte weergave van de werking van een executieveiling. ACM verwijst kortheidshalve naar hoofdstuk 2.1 van het besluit in primo in de onderhavige zaak (“**Besluit in primo**”) voor een uitgebreide toelichting op de werking van een executieveiling.
29. Indien een eigenaar van een woning waarop een hypotheek rust door betalingsproblemen niet langer aan zijn hypothecaire verplichtingen kan voldoen, heeft de bank – als hypotheeknemer – het recht die woning executoriaal te verkopen op een (openbare) veiling. De opbrengst van die executieveiling brengt de bank dan in mindering op de uitstaande vordering.²⁶ Indien de woning op de executieveiling meer oplevert dan de schuld aan de bank, ontvangt de hypotheekgever dit ‘overschot’. Het doel van de veiling is een zo hoog mogelijke opbrengst te behalen. Het pand wordt dus verkregen door degene die de hoogste prijs voor het pand over heeft.

²⁶ Indien de Nationale Hypotheek Garantie (“**NHG**”) van toepassing is, is er voor de bank geen belang bij de opbrengst op de executieveiling. In dat geval wordt de bank, ongeacht de verkoopprijs op de executieveiling, namelijk gecompenseerd tot het bedrag van zijn vordering. De Stichting Waarborgfonds Eigen Woning (“**WEW**”) neemt vervolgens de vordering op de particulier over.



Besluit Openbaar

30. Een executieveiling in Nederland bestaat uit twee fasen: de inzetfase en de afmijnfase. De inzetfase bestaat uit een veiling bij opbod. In die inzetfase wordt met een vast bedrag per bieding opgeboden. Het bieden geschiedt openlijk, op duidelijk waarneembare wijze, in de regel door het opsteken van een hand of vinger. Het hoogste bod dat in de inzetfase wordt gedaan, wordt de inzetsom, inzetprijs of de inzet genoemd.
31. Als de inzetprijs is vastgesteld, start (doorgaans direct na de inzetfase) de tweede fase van een executieveiling, de zogeheten “afmijnfase”. Bij het afmijnen begint de veilingmeester met een bedrag dat hoger ligt dan de inzetprijs en roept vervolgens een reeks steeds lager wordende bedragen af. Het bieden bij afmijning geschiedt mondeling door het roepen van het woord “mijn” bij een bepaald bedrag. De eerste veilingdeelnemer die “mijn” roept, verkrijgt het pand voor het bedrag dat door de veilingmeester net daarvoor is geroepen.
32. Wordt in de afmijnfase niet afgemijnd, dan loopt de woning zagezegd “slag”. De bieder in de inzetfase die het hoogste bod heeft uitgebracht is in dat geval eigenaar geworden van de woning. De inzetprijs fungeert zodoende als minimumprijs en de definitieve prijs van een woning op een executieveiling is derhalve nooit lager dan de inzetprijs.
33. Op een executieveiling wordt uitsluitend op prijs geconcurrereerd, dat is hét kenmerk van een veiling. De potentiële bidders op een veiling staan – als het goed is – in onderlinge concurrentie tot elkaar. Elke potentiële bieder zal een woning voor een zo laag mogelijk bedrag willen kopen. Het bedrag dat iemand maximaal bereid is te betalen voor een woning – de “reserveringsprijs” – is als het goed is bij anderen niet bekend.
34. Er is een prikkel geïntroduceerd om te bieden in de inzetfase: degene die het hoogste bod in de inzetfase doet, krijgt 1% van de inzetprijs uitgekeerd. Deze premie wordt ploggeld, strijkgeld, plok of trekgeld genoemd. Die premie wordt alleen dan uitgekeerd indien in de afmijnfase wordt afgemijnd. Sommige handelaren op de veilingen bieden alleen (of overwegend) mee om de plok te ontvangen, maar zijn niet geïnteresseerd in het verwerven van het te veilen pand. Daarom worden zij ook ‘plokjager’ genoemd.
35. Een bieder heeft na afloop van de afmijnfase, als dus de veilingprijs tot stand is gekomen, het recht om ten overstaan van de notaris te verklaren dat hij zijn bod namens een ander heeft gedaan. Een dergelijke verklaring – de zogeheten ‘akte de command’ – dient vóór de betaling van de koopsom te zijn gedaan en uiterlijk zes dagen na gunning.



Besluit Openbaar

2.2 De gedragingen

36. Op basis van het dossier stelt ACM vast dat het verband van handelaren niet zelfstandig zijn marktgedrag bepaalt, maar samenwerkt in een complex van gedragingen voorafgaand, tijdens en na afloop van executieveilingen.
37. Hierna volgt een korte weergave van de verweten gedragingen. Voor een uitgebreide toelichting verwijst ACM kortheidshalve naar hoofdstuk 2.2. van het Besluit in primo.
38. ACM stelt vast dat een verband van handelaren op executieveilingen het risico van onafhankelijk bieden vervangt voor de zekerheid die samenwerking biedt. Dit verband, waaronder ook Handelaar, heeft haar marktgedrag op een executieveiling niet zelfstandig bepaald. De samenwerking tussen de handelaren strekt zich uit over elke fase van de veiling. De schadelijke gevolgen van deze samenwerking manifesteren zich vooral in en na de afmijnfase. Het betrof de periode 2000 – 2009 en het aantal veilingen waarin dit is geconstateerd bedroeg meer dan 2300 (panden). Dit verband van handelaren kon ontstaan doordat handelaren elkaar bij herhaling op veilingen tegenkwamen.
39. Op een executieveiling bestond de praktijk dat handelaren voor, tijdens of direct na de inzetfase konden aangeven dat zij wilden “meedoen” met de inzetter (de handelaar met het hoogste bod in de inzetfase). In veel gevallen circuleerde er een voorgedrukte lijst met namen, adresgegevens en bankgegevens van handelaren – de zogeheten ploklijst of inzetlijst – en daar werd een kruisje voor de naam van een handelaar gezet, die had aangegeven met de inzetter mee te doen.²⁷ Ook werden derden (“outsiders”) benaderd om mee te doen met de inzet. De groep handelaren die samenspannen werd op deze manier groter en sterker en zo werd de kans op onverwachte veilinguitkomsten (zoals een te hoge inzetprijs of het afmijnen van een pand door een outsider) geminimaliseerd (paragraaf 2.2.3 Besluit in primo). Dit werd als volgt bewerkstelligd.
40. Door met de inzetter mee te doen, verkreeg een handelaar aanspraak op een deel van de inzetpremie (ploggeld), in het geval de woning in de afmijnfase werd afgemijnd. De inzetpremie werd dan verdeeld door het aantal handelaren dat op de ploklijst vermeld stond. Een belangrijk effect van het met de inzetter kunnen “meedoen” is dat tussen de inzetfase en de afmijnfase *ad hoc* een groep ontstaat van handelaren die reeds in het verband zitten en van outsiders die bij het verband worden betrokken (paragraaf 2.2.4 Besluit in primo).

10/94

²⁷ Alternatief werden de handelaren die mee wilden doen door een handelaar bijgehouden en geïnventariseerd.



Besluit Openbaar

11/94

41. Ook na afloop van de inzetfase konden handelaren aangeven mee te doen met de inzetprijs waardoor zij delen in de inzetpremie. Die wetenschap kon hun biedgedrag in de inzetfase reeds beïnvloeden; indien de inzetprijs te hoog werd opgevoerd door een handelaar, kon dat ertoe leiden dat andere handelaren niet met de inzetter meededen en weigerden op de inzetlijst vermeld te worden (paragraaf 2.2.7 Besluit in primo). De doelstelling van de groep handelaren was de prijs in de inzetfase zo laag mogelijk te houden.
42. De groepsvorming tussen inzetfase en afmijnfase kon ook het biedgedrag van handelaren in de afmijnfase beïnvloeden. Dit was het sterkst in de gevallen waarin handelaren expliciet afspraken dat na afloop van de officiële veiling een pand zou worden nageveild – in dat geval hadden handelaren geen enkele prikkel om voor zichzelf af te mijnen. Als de afspraak niet werd geëxpliciteerd, waren handelaren evenmin volledig vrij om een door hen afzonderlijk afgemijnde woning voor zichzelf te houden. Zij werden geacht andere handelaren in de gelegenheid te stellen die woning tijdens een naveiling alsnog te verwerven (paragraaf 2.2.5 van het Besluit in primo). Als gevolg hiervan kwam eerst op die naveiling de marktconforme prijs tot stand (paragraaf 2.2.6 Besluit in primo).
43. Een afmijnfase kon verschillende uitkomsten hebben. De eerste mogelijkheid was dat een handelaar die op de inzetlijst vermeld stond en dus “meedeed”, de woning afmijnde. De tweede mogelijkheid was dat een outsider de woning afmijnde. De derde mogelijkheid was dat er niet werd afgemijnd en dat de woning dus slag liep.
44. In het eerste geval werd de handelaar die afmijnde en die behoorde tot de in de inzetfase gevormde groep geacht de woning aan te bieden aan de overige handelaren op die inzetlijst; de overige handelaren mochten dan “meekopen”.²⁸ De woning bevond zich dan immers “in de groep” (die tijdens en na de inzetfase was gevormd).

Het kwam voor dat nagenoeg alle handelaren in de veilingzaal betrokken waren bij de inzet en zij voorafgaande aan de afmijnfase vaststelden dat er geen outsiders waren: in dat geval deed iedereen mee en “de zaak zit dan dicht”, zoals de clementieverzoeker het jargon uitlegt. Het opbieden in de inzetfase vond in die gevallen nagenoeg niet plaats, terwijl in de afmijnfase de

²⁸ Dat er in bijna alle gevallen nog na het afmijnen kon worden meegedaan bij een naveiling wordt bevestigd door de heren [vertrouwelijk] (6538_13/2, p. 3.), [vertrouwelijk] (6538_13/15, p. 4.) [vertrouwelijk] (6538_13/18, p. 5), [vertrouwelijk] (6538_13/20, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_13/34, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_13/19 p. 6), [vertrouwelijk] (6538_1/707 p. 5 en 6538_13/7 p. 2-3), [vertrouwelijk] (6538_13/43, p. 4.), [vertrouwelijk] (6538_13/8, p. 3. en 6538_1/709, p. 10), [vertrouwelijk] (6538_13/12, p. 2), [vertrouwelijk] (6538_13/33, p. 4), [vertrouwelijk] (6538_13/35, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_1/707, p. 3; zie, in soortgelijke zin, ook p. 5), [vertrouwelijk] (6538_13/28 p. 2 en 6538_1/713, p. 6), [vertrouwelijk] (6538_1/703, p. 3) en [vertrouwelijk] (6538_13/9 p. 7-8).



Besluit Openbaar

afmijnprijs de inzetprijs benaderde. In de meeste gevallen werd door een handelaar uit de groep net boven de inzetprijs afgemijnd, zodat de bank geen argwaan kreeg. Indien de bank niet aanwezig was, was het niet meer nodig om af te mijnen omdat de zaak dicht zat. Indien de bank zelf meebod in de inzetfase en stopte op haar “reserveringsprijs”, dan wist de groep waar de ondergrens lag en waar zij moest stoppen met opbieden. In voorkomende gevallen werd door de groep afgesproken welke handelaar namens de groep zou afmijnen, het zogenoemde “groepsminnen”.

45. Direct na de officiële veiling werd een nieuwe door de handelaren zelf georganiseerde besloten veiling – de naveiling – gehouden, waarop de woning nogmaals – onderling – werd geveild. In die naveiling kwam dan een nieuwe en doorgaans hogere prijs tot stand dan de officiële veilingprijs. Het verschil tussen die twee prijzen, in feite de kartelwinst, werd dan verdeeld tussen de handelaren die meededen aan de naveiling.²⁹ De plokjagers die niet meededen met de naveiling deelden enkel in het ploggeld. Zij hadden echter, doordat een naveiling plaatsvond tussen geïnteresseerden in het pand, wel zekerheid dat zij niet aan het pand bleven vastzitten.
46. In het tweede geval, waarin een outsider de woning had afgemijnd, werd uitsluitend het ploggeld verdeeld onder de op de inzetlijst vermelde groep handelaren. De woning bevond zich dan niet “in de groep”, maar de handelaren in de groep deelden de inzetpremie (door hen ook “benzinegeld” genoemd).
47. Het derde geval ziet op de situatie dat er niet werd afgemijnd en de woning dus slag liep. Dit kon zowel positief als negatief zijn, in het perspectief van handelaren.
48. In het positieve geval “zat de zaak dicht” en kon het pand met veel kartelwinst worden nageveild (zie hierboven punt 44 en 45). In het negatieve geval was het slaglopen het gevolg van een te hoge inzetprijs. De na de inzetfase gevormde groep handelaren (die dus op de inzetlijst vermeld stond en dus meedeed met de inzetter), zat dan “vast” aan de woning. Er kwam – ook – in die gevallen een naveiling, maar dat was dan een naveiling waar handelaren soms op toe moesten leggen. Zij accepteerden het sporadisch geleden verlies.
49. De gedragingen waren voorts onder invloed van sanctiemechanismen. Handelaren konden worden uitgesloten van het delen in de inzetpremie en het meedoen met

²⁹ In de 216 naveilingen na afmijnen die in de besluiten in primo zijn genoemd, varieert de winst van EUR 500,- tot EUR 56.000. Slechts in vier gevallen is beperkt verlies geleden, dat wil zeggen dat er een negatief verschil was dat varieerde tussen EUR 400,- en EUR 1.900.



Besluit Openbaar

naveilingen, indien zij na de afmijnfase – in strijd met de loyaliteit – andere handelaren uit de ad hoc groep niet lieten meekopen in een naveiling. Indien handelaren in de inzetfase de prijs van een woning opdreven door actief te bieden, werd daarop door handelaren in de afmijnfase gereageerd door niet af te mijnen. De woning liep dan slag en de handelaar die voor de prijsopdrijving verantwoordelijk was bleef zodoende “hangen” aan de woning. Dat moest bewerkstelligen dat hij zich conformeerde aan de gedragingen van de groep handelaren (paragraaf 2.2.7 van het Besluit in primo³⁰).

50. Gelet op het voorgaande oordeelt ACM dat op een aanzienlijk aantal executieveilingen (meer dan 2300 woningen) een patroon van gedragingen van onroerendgoedhandelaren werd vertoond, dat er op was gericht door samenspanning de prijsvorming van te veilen woningen te manipuleren. Daarmee frustrerden zij de vrije prijsvorming van een executieveiling.

13/94

3 Juridische beoordeling in het licht van artikel 6 Mw

3.1 Inleiding

51. Het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet sluit het kartelverbod van artikel 6 Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 101 VWEU.³¹ Dit betekent dat de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (“**Commissie**”) en de rechtspraak van de Uniegerechten voor de uitleg van artikel 6 Mw mede richtinggevend zijn.

³⁰ ACM voegt hier nog de volgende voorbeelden uit het dossier aan toe:

- De clementieverzoeker (6538_1/398, p. 4): “*U vraagt mij hoe er door de groep werd afgerekend met leden binnen de groep die zich niet aan deze afspraak hielden. Het kon zijn dat een dergelijke persoon zijn aandeel in de inzetpremie niet kreeg uitbetaald of dat hij een tijdje niet meer mee mocht doen met de groep. Een dergelijke persoon werd als het ware door de groep geïsoleerd. Een persoon die zich niet aan de afspraak hield werd door de groep onder druk gezet. Hij werd dan door andere handelaren die onderdeel waren van de groep aangesproken op de gemaakte afspraak.*”
- De heer [vertrouwelijk] die over het pand aan de [vertrouwelijk], noteerde: “[vertrouwelijk] heeft hem overgehouden; achter ons rug toch uitgezet; 26/9 hebben we gezegd € 100 betalen anders houden we € 200 af.” (bewijsstuk 5657, p. 49)
- De heer [vertrouwelijk] die over het pand aan [vertrouwelijk], noteerde: “[vertrouwelijk] niet betalen ik stond niet op zijn lijst [vertrouwelijk]”. (bewijsstuk 5653, p. 277)

³¹ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.



**Besluit
Openbaar**

3.2 Onderneming

52. ACM stelt vast dat Handelaar economische activiteiten verricht en derhalve kwalificeert als onderneming in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

3.3 Mededingingsbeperking

3.3.1 Juridisch kader

53. Van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw is sprake indien de afspraak – in dit geval gedragingen die erop gericht zijn om op executieveilingen een zo laag mogelijke prijs van een woning tot stand te laten komen – ertoe strekt of als effect heeft dat de mededinging wordt beperkt.
54. Het onderscheid tussen “inbreuken naar strekking” en “inbreuken naar gevolg” houdt verband met de omstandigheid dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.³²
55. Van een mededingingsbeperkende strekking is sprake wanneer de afspraak concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.³³ Het gaat daarbij niet uitsluitend om de rechtstreekse belangen van de concurrenten of van de consument. Het kartelverbod dient ertoe de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.³⁴

3.3.2 Toepassing op deze zaak

56. De hiervoor omschreven gedragingen zijn concreet geschikt om de mededinging te beperken. Bij deze conclusie heeft ACM de juridische en economische context betrokken waarin de gedragingen plaatsvonden. ACM heeft haar economische analyse van de gedragingen zoals beschreven in het Besluit in primo nader uiteen laten zetten door het Economisch Bureau van ACM, dat een nader analytisch kader heeft geschetst waarbinnen deze gedragingen met inachtneming van de resultaten van het onderzoek van ACM zijn bestudeerd (“**EB-analyse**”).³⁵

³² HvJ 20 november 2008, zaak C-209/07 (*Beef Industry Development Society*), punt 17.

³³ HvJ 4 juni 2009, zaak C-8/08 (*T-Mobile*), punt 31 en HvJ 6 oktober 2009, zaak C-501/06 (*GlaxoSmithKline*), punt 62-64.

³⁴ Vg. *T-Mobile*, voetnoot hiervoor, punt 38.

³⁵ Dossierstuk 7237/892



Besluit Openbaar

15/94

57. ACM stelt voorop dat de gedragingen, zoals omschreven in paragraaf 3.3.2 van het Besluit in primo, de enige concurrentieparameter, te weten de prijs, rechtstreeks in negatieve zin beïnvloeden, omdat zij ertoe strekken de prijs op de executieveiling zo laag mogelijk te houden. Het complex aan gedragingen gaat ten koste van de particulier, wiens woning wordt verkocht, de bank en/of de WEW.
58. Om hun doel te bereiken hebben de betrokken handelaren de normale en gebruikelijke risico's van onderlinge concurrentie vervangen door een vorm van samenwerking waarbij telkens *ad hoc* tijdens de veiling een groep werd gevormd en daarmee het aantal potentiële bidders op de executieveiling kunstmatig werd verkleind. Zodoende hebben de bij het systeem betrokken handelaren op de officiële executieveiling niet of nauwelijks concurrentie van elkaar te duchten. De prikkels van handelaren en plokjagers om samen te spannen worden hieronder nader toegelicht.

Potentiële kopers hebben altijd een belang bij een lage inzetprijs, omdat deze als minimumprijs fungeert in de afmijnfase. Potentiële kopers die verliezen in de afmijnfase omdat ze een lagere dan de hoogste waardering hebben, krijgen niets, behalve mogelijk wat ploggeld. De potentiële koper met de hoogste waardering voor een woning (de hoogste reserveringsprijs), zal het moeten betalen van ploggeld willen vermijden door iets meer dan de inzet van een ander te bieden, opdat er niet wordt afgemijnd, en heeft dus twee tegengestelde prikkels. In het systeem zoals door handelaren toegepast en door ACM is vastgesteld kan de uiteindelijke koper de andere potentiële kopers (die anders niets zouden krijgen) afkopen met een deel van het ploggeld. De betrokken handelaren hebben allen belang bij een lage inzet: de uiteindelijke koper omdat hij niet met een hoge minimumprijs te maken krijgt, de anderen omdat zij met zekerheid iets gaan verdienen, doordat zij het ploggeld nu wel kunnen krijgen (de uiteindelijke koper zal hen niet overbieden). Ieder die niet de hoogste waardering heeft, kan toch profiteren van de veiling indien er voldoende 'roulatie' is in het willen hebben van een object.³⁶

Het is ook aannemelijk dat plokjagers op een inzetlijst willen komen en niet hoog zullen inzetten. Weliswaar krijgen ze dan maar een deel van het ploggeld, maar bij 'slag lopen' kunnen zij het pand eenvoudig doorsluizen naar een handelaar op de inzetlijst die geïnteresseerd is. Als ze de prijs teveel opdrijven zal die bereidheid afnemen. Zeker als plokjagers regelmatig aan veilingen meedoen, zullen ze het gedeelde ploggeld keer op keer ontvangen en slechts in enkele gevallen, na slag lopen, de kosten moeten delen. Voor elk van hen individueel geldt dus

³⁶ Alle potentiële kopers zijn tevreden met relatief kleine bedragen. Als men de woning wint, heeft men een relatief hoog surplus en daarbuiten heeft men altijd iets, te weten een deel van de inzetpremie. Dat is beter dan dat men een woning wint met een relatief laag surplus en daarbuiten niets.



Besluit Openbaar

de vraag wat zwaarder weegt: niet meedoen (opbrengst nul), als individu bieden (je wint een enkele keer al het ploggeld, maar zit bij slag lopen alleen aan het pand vast) of in een groep participeren (je deelt het ploggeld, maar wel een groot aantal keren en je deelt het verlies bij slag lopen). Plokgagers die de inzetprijzen hoog opdrijven, kunnen relatief eenvoudig gestraft en zodoende gedisciplineerd worden door potentiële kopers die het pand laten slaglopen en de plokgager met een ongewild pand opzadelen. De plokgager wordt zodoende het kartel ingezogen.

59. De hierboven omschreven inzetlijst fungeert daarom als risicovermijdingsmechanisme voor handelaren in de groep die alleen op het ploggeld uit zijn en voor handelaren die geïnteresseerd zijn in het pand (potentiële kopers) als ‘entreekaart’ voor het meedoen bij de naveiling.³⁷ Doordat handelaren die op de inzetlijst staan er vrijwel zeker van uit kunnen gaan dat zij op een later tijdstip alsnog het pand kunnen krijgen, wordt de prikkel om op hun individuele reserveringsprijs af te mijnen lager. Kopen kan immers later ook nog wel indien het pand in de groep valt doordat een andere handelaar op de inzetlijst heeft afgemijnd. Er wordt ook door handelaren van een “*tweede kans*” gesproken. Omdat handelaren stelselmatig ploggeld verdelen, kunnen zij er al vóór aanvang van de veiling op anticiperen dat zij kunnen “meedoen” en niet zelf hoeven in te zetten of zelf hoeven af te mijnen. Plokgagers ruilen (zoals gezegd) de winst van een hoge incidentele inzetpremie in voor een regelmatige en lagere (want gedeelde en sub-competitieve) inzetpremie, maar met de (belangrijke) zekerheid dat er een koper is die het pand dat binnen de groep valt zal overnemen. De andere potentiële kopers (en af en toe ook plokgagers) die het pand bij de naveiling niet verwerven maar wel meebieden delen bovendien dan nog mee in de kartelwinst. Zowel plokgagers als potentiële kopers binnen de groep maakten onderdeel uit van het systeem en droegen met hun gedragingen bij aan de instandhouding daarvan.
60. Aldus versterken de gedragingen op de verschillende veilingen elkaar: handelaren die elkaar laten meedelen met het ploggeld en laten meedoen aan de naveiling, verwachten hierdoor dat zij bij een volgende veiling ook met anderen mogen meedoen.
61. De strategie die aan de verweten gedragingen ten grondslag ligt – samenspannen in de inzet- en afmijnfase om zodoende het pand binnen de groep te halen – kan daarom ook niet geïsoleerd van de naveiling worden beschouwd. Deze samenspanning vormt

16/94

³⁷ Zie ook de verklaring van de heer [vertrouwelijk]: “De groep wordt bepaal[d] door degenen die mee doen op de inzet.” (Dossierstuk 6538_13/30, p. 4.) De heer [vertrouwelijk] verklaart: “Iedereen die meegedaan heeft met de inzet kan meedoen met de uitzet.” (Dossierstuk 6538_1/711, p. 4.)



Besluit Openbaar

onlosmakelijk onderdeel van de gedragingen, die als geheel concreet geschikt zijn de mededinging te beperken, ook in het geval dat er feitelijk geen naveiling plaatsvond.

62. Hiernaast is door de gedragingen tussen de betrokken handelaren ook de structuur van de markt veranderd. Zij houden immers bij het bepalen van hun biedgedrag rekening met (i) de mogelijkheid dat zij met anderen kunnen delen in het ploggeld (of dat zij 'hun' ploggeld zullen delen met anderen) en (ii) de mogelijkheid dat zij met anderen kunnen meekopen op een naveiling (of dat zij anderen zullen laten mee kopen). Ook andere onderdelen van de afspraak, met name het betrekken van outsiders en het disciplineren van het biedgedrag in de inzetfase door handelaren aan een pand te laten 'hangen', veranderde de werking van de markt.
63. Op deze wijze hebben de betreffende handelaren de vrije prijsvorming op de executieveiling gefrustreerd. Een afname van het aantal potentiële bidders is bij uitstek geschikt om te leiden tot een lagere prijs op de officiële executieveiling. Dit effect heeft de afspraak ook gehad. ACM heeft de besmette veilingen na de bezwaren van handelaren opnieuw onderzocht en bij meer dan 550 besmette woningen kunnen vaststellen dat deze zijn nageveild nadat zij eerder waren afgemijnd dan wel slag gelopen.³⁸ Het verschil tussen de cumulatieve naveilingprijs (=de reële marktwaarde van deze woningen (zie hiervoor paragraaf 2.2.6 Besluit in primo) en de cumulatieve prijs die het verband van handelaren op de officiële veiling betaalde, was in de orde van grootte van EUR 3,5 miljoen. Dit bedrag omvat niet de totale schade omdat ACM niet voor alle naveilingen de kartelwinst heeft kunnen vaststellen.³⁹ Hiernaast hebben handelaren verklaard dat een outsider het kartel voor kon zijn (zie hiervoor, paragraaf 2.2.5 Besluit in primo); deze outsiders konden dan de woning kopen voor een lagere prijs dan zonder de gedragingen tot stand zou zijn gekomen.⁴⁰ ACM stelt vast dat als gevolg van de afspraak een lagere prijs op de executieveiling tot stand komt dan in het geval zonder afspraak en dus bij normale concurrentie tussen betrokken handelaren.
64. ACM stelt onder meer vast dat de volgende kenmerken van de markt voor de gedragingen bevorderlijk zijn geweest omdat zij een effectieve samenwerking tussen de

17/94

³⁸ Dossierstuk 7237/903. Van meer dan 300 naveilingen kon ACM vaststellen dat het om naveilingen na afmijnen gaat, meer dan 120 naveilingen betroffen naveilingen na slaglopen. Bij meer dan 130 naveilingen is het onduidelijk of het een naveiling na slaglopen dan wel na afmijnen betreft.

³⁹ Bij meer dan 430 van de meer dan 550 naveilingen kon ACM op basis van het aanwezige bewijs de kartelwinst vaststellen.

⁴⁰ ACM is van oordeel dat hiermee afdoende economische analyse heeft plaatsgevonden, zodat aan punten 89-101 van het Advies 1 van de Adviescommissie opvolging is gegeven.



Besluit Openbaar

handelaren vergemakkelijken en de gedragingen van de handelaren het beoogde effect konden hebben.

65. Er is sprake van hoge toetredingsdrempels voor particulieren. Over panden die op executieveilingen verkocht worden is voor en tijdens de executieveiling minder informatie aanwezig in vergelijking met reguliere panden. Daarom bestaat het gevaar dat een particulier een pand aankoopt waaraan (meerdere) gebreken kleven die niet van tevoren kenbaar waren. De onzekerheid omtrent de toestand van het pand vindt haar weerslag ook in een aanzienlijk lagere prijs. Door de toetredingsdrempels, die in het bijzonder particulieren treffen, is slechts een beperkt aantal handelaren het meest actief op executieveilingen in Nederland. Deze beperkte groep handelaren kan eenvoudig een band opbouwen en komt elkaar regelmatig tegen bij executieveilingen. Ook de Adviescommissie acht aannemelijk dat de markt voor panden die op een executieveiling worden verkocht, moet worden aangemerkt als relevante markt.⁴¹
66. Hierbij komt nog dat de handelaren maar beperkte druk van de bank ondervinden in termen van prijsvorming.
67. Banken hebben geen of een beperkte prikkel om de opbrengst op een executieveiling te maximaliseren. Er wordt tot een executieveiling overgegaan indien de alternatieven (bijvoorbeeld door onderhandse verkoop) onvoldoende opleveren of niet tot een bevredigend resultaat leiden. Executieveilingen zijn het laatste redmiddel voor de bank. Dit geldt ook als een bank verlies moet nemen op zijn positie. De alternatieven, die voorafgaande aan een executieveiling afgetast zullen zijn, hebben klaarblijkelijk onvoldoende opgeleverd.
68. De bank heeft de mogelijkheid om mee te bieden in de executieveiling.⁴² Dit geldt met name in de inzetfase. Ze loopt dan echter wel het risico het pand 'ongewenst' te

⁴¹ Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, punt 113.

⁴² In dat kader moet nog worden opgemerkt dat de aangehaalde zorgplicht van banken zoals die door Lexonomics (zie randnummer 70) en verschillende handelaren wordt omschreven (te weten om voor een zo hoog mogelijke opbrengst tijdens de veiling te zorgen) bestaat in deze vorm niet. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de enige beperking die op een bank ten aanzien van een executoriale verkoop rust is dat deze verkoop geen misbruik van recht mag opleveren (art. 3:13 BW). Nog los van het feit dat het misbruik van recht in deze context slechts ziet op de beslissing om tot openbare verkoop over te gaan, en niet op het actief meehelpen aan een zo hoog mogelijke opbrengst, is van misbruik van recht slechts in uitzonderlijke gevallen sprake (zie *Groene Serie Vermogensrecht*, 16.3 Formaliteiten in acht te nemen voor de verkoop in het openbaar bij: Burgerlijk Wetboek 3, Artikel 268). Alhoewel in de lagere rechtspraak recentelijk is geaccepteerd dat in economisch slechte tijden een hypotheeknemer gehouden is om minder vergaande manieren dan openbare verkoop te zoeken, is dit een argument dat ten tijde van de overtreding veel minder opgeld deed. Rechtbank Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0869.



Besluit Openbaar

verwerven. Juist een van de redenen van een bank om een executieveiling te starten is om van het probleemdossier af te komen. Indien er sprake is van een NHG hypotheek dan heeft de bank nog minder een prikkel om de opbrengst te maximaliseren. De NHG zal namelijk het eventuele verlies aanzuiveren. In zo'n geval heeft de NHG een prikkel om de opbrengst te verhogen om haar verlies te beperken. Echter, ook hier geldt dat indien de NHG meebiedt in de inzetfase, zij het risico loopt aan het pand te blijven hangen. Aangezien de NHG niet ingericht is op het verhandelen van objecten, zal ze voorzichtig optreden in de inzetfase. Hiernaast blijkt ook uit de verklaringen uit het dossier dat de NHG pas sinds herfst 2007 naar de veilingen gaat om mee te bieden.⁴³ Voorheen ging er dus geen druk uit van de NHG op de handelaren.

69. Verder blijkt uit het dossier dat de handelaren zicht probeerden te krijgen of de bank aanwezig was bij de executieveiling. Indien de bank aanwezig was, dan moesten ze in sterkere mate rekening houden met de reserveringsprijs van de bank. Bij veel veilingen was de bank echter niet aanwezig waardoor de handelaren meer bewegingsvrijheid hadden om de executieveiling nadelig te beïnvloeden.

3.3.3 Beoordeling van de bezwaargronden van handelaren

70. Verschillende handelaren hebben het economisch onderzoeksbureau Lexonomics ingeschakeld ter onderbouwing van hun betoog dat de gedragingen mededingingsrechtelijk goorloofd zijn. In het kader van het beroep in de eerste tranche (zaak 6538) heeft Lexonomics een rapport opgesteld dat ook in de onderhavige bezwaarfase van de tweede en derde tranche is ingebracht (hierna: "**L-Rapport**").⁴⁴ De kritiek van verschillende handelaren en de counterfactual van het L-Rapport brengen volgens ACM geen verandering in de hiervoor geschetste constatering en oordelen. Kort gezegd stelt Lexonomics dat er geen verschil zou zijn tussen de situatie op executieveilingen zoals die gold ten tijde van de inbreuk en de situatie zonder inzetlijsten (de counterfactual).⁴⁵ Lexonomics stelt dat de inzetlijsten bovendien een prijsopdrijvend effect in de inzetfase hadden.

⁴³ Verklaring van een medewerker van NHG, dossierstuk 6538_1/691, p. 4

⁴⁴ Zie bijlage 1 van dossierstuk 7237/576

⁴⁵ Dezelfde mening is de Adviescommissie toegedaan die in Advies 1 stelt dat: "[n]aar het oordeel van de Adviescommissie vormen de gedragingen in de inzetfase op zichzelf geen inbreuk op artikel 6 Mw. Het is haar namelijk niet gebleken waarom die gedragingen niet ook als economisch-rationeel gedrag kunnen worden aangemerkt. Immers geldt voor veel handelaren - of deze nu tot de groep behoren of niet - dat zij in principe gebaat zijn met een lage inzetprijs (alleen voor handelaren die louter voor de plokpremie meedoen, de zogenoemde 'plokjagers', is dat mogelijk anders). Het afzien van actief meebieden hoeft dus niet noodzakelijkerwijs te wijzen op een mededingingsbeperkende gedraging, maar kan evenzeer verklaard worden door economisch-rationeel gedrag van de handelaren. [...]"



Besluit Openbaar

20/94

71. ACM volgt ten eerste Lexonomics niet dat een handelaar die potentiële koper is, in de counterfactual nooit een prikkel heeft om in de inzetfase te bieden.⁴⁶ De prikkel heeft hij wel als hij het pand wil kopen en er geen kans bestaat om op een later tijdstip in een naveiling het pand alsnog te verkrijgen. In deze situatie wil de handelaar vermijden dat hij inzetpremie aan iemand anders moet betalen (zie hierboven punt 58).⁴⁷
72. Evenmin kan de stelling van Lexonomics slagen dat er ook zonder de voorafgaande afstemming tussen de handelaren naveilingen zouden plaatsvinden. In punt 73 en 74 van het L-Rapport is opgenomen dat de inzetters konden besluiten om niet af te mijnen (als groep) of juist wel af te mijnen. Maar waarom en wanneer zouden ze willen en kunnen afmijnen? Slechts in het geval er iemand in de groep is die het pand ook wil verwerven en dan natuurlijk geen belang heeft bij individueel afmijnende concurrenten. Met als redelijk in te schatten gevolg dat de afmijnprijs niet erg hoog zal zijn. Als het pand slag loopt, geldt precies hetzelfde: het pand wordt door de groep verkregen en moet worden 'nageveild' om te bepalen wie het pand het liefste wil hebben. Als het alleen om plokjagers zou gaan, is er een verlies voor allen, anders is er kartelwinst voor tenminste één handelaar in de groep. De consequentie hiervan is dat naveilen in het merendeel van de gevallen gaat om het vaststellen wie de meeste waarde aan het pand hecht en de anderen zal uitkopen als de afmijnprijs onder de één na hoogste waardering (dus niet-competitief) heeft gelegen. Zonder de afstemming had de persoon met de hoogste waardering al individueel kunnen afmijnen en zou er geen behoefte zijn aan een naveiling. Wanneer nu de persoon met de hoogste waardering niet op zijn reserveringsprijs afmijnt, maar met de groep mijnt, zal hij dit alleen doen als hij hier op lange termijn voordeel van heeft. Ook zal de inzetprijs dus lager moeten zijn geweest dan de één na hoogste waardering.
73. Ten slotte kan de stelling van sommige handelaren dat de inzetlijsten tot hogere inzetprijzen leiden niet gevolgd worden.⁴⁸ Hierbij wordt over het hoofd gezien dat dit niet in het belang van de handelaren (niet zijnde plokjagers) is die op de inzetlijst staan en er

⁴⁶ Zie pt. 115 e.v. L-Rapport.

⁴⁷ Op het moment van bieden in de inzetfase, weet nog niemand wie het pand zal kopen in de afmijnfase. Dus rijst de vraag of er dan wel geboden zal worden. Immers, zolang men potentieel het pand wenst te kopen, is er een belang bij een zo laag mogelijke inzetprijs. Maar zodra er een kans is dat men het pand niet zal krijgen, heeft men een prikkel om het ploggeld te innen. Als er een zaal vol potentiële kopers is betekent dit in het geval van een eerlijke veiling dan ook dat je moet afwegen of jij degene bent die straks het pand zal kopen. Stel dat je dat denkt, dan zal je in principe niet bieden. Maar dan is er vast wel een ander die denkt dat hij het pand toch niet zal krijgen en die zal dan wel bieden. Maar dan geldt dat een handelaar, ook als hij wel denkt te winnen, zal bieden om daarmee betaling van het ploggeld te vermijden.

⁴⁸ L-Rapport, pt. 87.



Besluit Openbaar

een realistisch afstraffingsmechanisme bestaat (het door andere handelaren bewust laten slaglopen van panden) dat dergelijke gedragingen tegengaat. Het vormen van een inzetlijst tussen de inzet- en afmijnfase geeft bovendien de tegenovergestelde prikkel. Als de inzetprijs laag is, dan zullen veel handelaren op de inzetlijst willen staan (klein bedrag met een heel kleine kans dat het pand slag loopt). Als de inzetprijs hoog is, zullen relatief weinig handelaren mee willen doen. Er is immers wel kans op een hoger bedrag aan plokgeld, maar ook een grotere kans dat het pand slag loopt en de plokjager er ongewild mee blijft zitten. Dit is het tegenovergestelde van risico delen. Als een biedcombinatie dus een hogere inzetprijs biedt, weet het ook dat er relatief minder handelaren tussen de inzet- en afmijnfase op de inzetlijst bij zullen komen. Daarom is het niet waarschijnlijk dat inzetlijsten tot hogere inzetprijzen hebben geleid.⁴⁹

21/94

Lexonomics geeft te beperkte analyse van de nadelige gevolgen

74. De handelaren verbinden ook een verkeerde gevolgtrekking aan het door hen ingebrachte L-Rapport. De handelaren stellen dat het L-Rapport aantoont dat de verweten gedragingen niet als doelbeperking kunnen gelden. Dit volgt echter niet uit het L-Rapport, dat slechts de effecten van de verschillende fasen tijdens een executieveiling heeft onderzocht (zie bijvoorbeeld hoofdstuk 1.3 L-Rapport). Zo wordt in het L-Rapport zelfs vastgesteld dat de naveilingen negatieve effecten voor de mededinging kunnen hebben.⁵⁰ Hieruit kan ook worden afgeleid dat de verweten gedragingen als geheel beschouwd concreet geschikt waren de mededinging te beperken.
75. Het L-Rapport geeft echter een te beperkte analyse van de potentiële nadelige effecten van de gedragingen. Tabel 3 van het L-Rapport is in dat opzicht misleidend en onjuist. In de situaties 2 en 4 komt het pand niet in het bezit van het kartel, omdat er door een outsider wordt afgemijnd. Derhalve zijn alleen de situaties 1 en 3 relevant voor de beoordeling of de naveilingen potentieel negatieve effecten kunnen hebben. Door deze misleidende presentatie wekt het L-Rapport ten onrechte de indruk dat er in de afmijnfase geen nadelige effecten waren en in de naveilingfase slechts in bijzondere gevallen.⁵¹

⁴⁹ Het is bovendien onzeker of meer biedcombinaties ook leiden tot hogere prijzen. Immers het is heel goed mogelijk dat de reserveringsprijs van een deelnemer van zo'n combinatie hoger is dan de prijs die de combinatie gaat bieden. De reserveringsprijs van de combinatie hoeft niet hoger te zijn dan die van de individuele handelaren. Tevens doordat de combinatie van karteldeelneemers zo groot is, is de kans zeer groot dat er onvoldoende bieders/biedcombinaties overblijven om te komen tot een hogere inzetprijs.

⁵⁰ Zie bijlage 1 van dossierstuk pt. 141.

⁵¹ In feite worden zodoende de nadelige effecten van de inbreuk in de afmijnfase en in de naveilingfase in de naveilingfase "geconcentreerd".



Besluit Openbaar

76. Maar ook met betrekking tot effecten tijdens de inzet- en de afmijnfase schetst Lexonomics een te beperkt beeld. Hierboven is al uiteengezet dat door het samenspel van de inzetlijsten en de naveilingen de prikkel om in de inzetfase en de afmijnfase te bieden, voor de kartelleden minder is. In zoverre is het ook bij de besmette veilingen waarbij een outsider heeft afgemijnd aannemelijk dat dat concreet geschikt is om tot de prijsvorming negatief te beïnvloeden.

Voorbeeld

Het kan zijn dat er twee karteldeelnemers zijn met de hoogste en een na hoogste reserveringsprijs. Door het kartel voelen ze zich 'veilig' en willen duidelijk onder hun reserveringsprijs bieden. Ze schatten daarbij de reserveringsprijs van de outsider te laag in en deze mijnt af op zijn reserveringsprijs. De uitkomst in deze situatie is nog steeds een oneerlijke veiling, omdat de verkoopprijs niet tussen de hoogste en een na hoogste reserveringsprijs ligt en derhalve sub-competitief is. De veiling is dus wel besmet (oneerlijk) maar het kartel profiteert hier niet van. De outsider heeft dus een gelukje.

77. Dat er af en toe verlies is geleden bij een naveiling omdat de karteldeelnemers een inschattingfout⁵² hebben gemaakt, bijvoorbeeld het bij een naveiling na slaglopen dan wel na afmijnen, doet niet af aan de concrete geschiktheid van de gedragingen om het veilingproces te beïnvloeden. Indien het kartel stelselmatig verlies had geleden, dan zouden de handelaren niet een dergelijke afspraak hebben voortgezet en de gedragingen hebben gestaakt. Dat het verlies stelselmatig zou zijn is dus niet alleen onaannemelijk, het blijkt bovendien niet uit de bewijsmiddelen en wordt door handelaren ook niet nader onderbouwd.⁵³
78. Overigens de stelling van Lexonomics dat bij alle besmette veilingen die niet als naveiling zijn beboet een outsider heeft afgemijnd onjuist. Bij ongeveer honderd panden is het pand slag gelopen en in de groep handelaren met winst uitgezet. Ook hier is de schadelijkheid evident, omdat wederom bij de naveiling doorgaans meer is geboden dan bij de officiële veiling.

⁵² Er kunnen twee situaties bestaan. De reserveringsprijs van alle karteldeelnemers ligt onder de inzetprijs. Ze hebben een risico genomen en mis gegokt. Het kan ook gebeuren dat een karteldeelnemer een reserveringsprijs heeft die hoger ligt dan de inzetprijs. Het kartel slaagt er vervolgens in om de hoogste inzetprijs te bieden. Echter in de naveiling is de outsider niet meer aanwezig. De karteldeelnemer met de hoogste reserveringsprijs zal nu net iets meer willen betalen dan de karteldeelnemer met de een na hoogste reserveringsprijs. Deze ligt onder de inzetprijs (en de reserveringsprijs van de outsider) en dus zullen de andere karteldeelnemers het verlies moeten nemen. Het verlies is dan geen 'verlies van het kartel' maar een herverdeling tussen de karteldeelnemers zelf.

⁵³ Zoals hierboven in voetnoot 29 is opgemerkt is bij de oorspronkelijke 216 beboete naveilingen slechts vier keer minimaal 'kartelverlies' geleden. Indien men naar alle naveilingen kijkt, is van de meer dan 430 naveilingen waarbij de kartelwinst kan worden vastgesteld, in minder dan 9% van de gevallen verlies geleden.



Besluit Openbaar

Geen nieuwe informatie na afmijnfase

79. Ten slotte volgt ACM Handelaar en Lexonomics niet in de stelling dat een hogere prijs bij een naveiling verklaard kan worden door de omstandigheid dat meer informatie bekend wordt na de afmijnfase, die de waarde-inschatting van een pand nauwkeuriger zou gaan maken.
80. Ten eerste zit er doorgaans weinig tijd tussen de afmijnfase en de naveiling zodat het onwaarschijnlijk is dat een potentiële koper binnen deze periode nieuwe relevante informatie heeft kunnen inwinnen.⁵⁴ Voor de naveiling zijn de handelaren namelijk fysiek aanwezig en de naveiling zal dus plaats vinden op dezelfde dag als de afmijnfase na afloop van de officiële veiling. De markt is dan niet veranderd en het is niet aannemelijk dat er extra informatie is gekomen.
81. Ten tweede is de informatie over een pand op een executieveiling beperkt. Per saldo komt er in de groep geen nieuwe informatie beschikbaar in de periode tussen het afmijnen en naveilen. Indien een partij over meer informatie beschikt, dan zou hij daar tijdens de officiële veiling rekening mee moeten houden in zijn biedgedrag, hetgeen tot een hogere prijs kan leiden, in plaats van dat die informatie slechts door de karteldeelnemer(s) in de naveiling gebruikt kan worden.
82. Ten derde is het delen van informatie tussen de karteldeelnemers na de afmijnfase en voor de naveiling⁵⁵ niet aannemelijk. Als je positieve informatie bezit over een pand (bijvoorbeeld er zit geen wietplantage in of het is direct geschikt voor bewoning en dus voor doorverkoop) dan deel je deze informatie niet. Een andere handelaar zonder deze informatie zal het pand lager waarderen. Er is immers een kans dat er een wietplantage inzit. De handelaar met de informatie kan het pand dus relatief goedkoop kopen. Als je negatieve informatie hebt (er zit met zekerheid een wietplantage in) dan deel je deze informatie ook niet. Een handelaar zonder deze informatie zal een relatief hoge prijs

⁵⁴ Dat de naveilingen meestal direct na de veiling plaatsvonden wordt door een groot aantal handelaren bevestigd: [vertrouwelijk] (6538_13/1, p. 4), [vertrouwelijk] (6538_13/2, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_13/51, p. 4), [vertrouwelijk] (6538_13/30, p. 4), [vertrouwelijk] (6538_13/35, p. 4), [vertrouwelijk] (6538_1/707, p. 5), [vertrouwelijk] (6538_13/20, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_13/8, p. 4), [vertrouwelijk] (6538_13/24, p. 2), [vertrouwelijk] (6538_13/34, p. 4), [vertrouwelijk] (6538_13/23, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_13/33, p. 4). Het lijkt bovendien niet reëel om er van uit te gaan dat de karteldeelnemers daarna nogmaals bij elkaar komen om de panden te verdelen. Daarnaast kan de naveiling niet onbeperkt uitgesteld worden, zoals door Lexonomics in randnummer 151-153 wordt gesteld. De naveiling moet binnen 6 dagen na de koop plaats vinden om nog gebruik te kunnen maken van de 'akte de command'.

⁵⁵ L-Rapport, pt. 83.



Besluit Openbaar

willen bieden (er is namelijk een kans dat er geen wietplantage inzit). Deze relatief hoge prijs verhoogt de winstdeling van de handelaar met de extra informatie.

83. Ten slotte kan de stelling van handelaren dat door de aanwezigheid van outsiders de gedragingen niet concreet geschikt zouden zijn om de mededinging te beperken⁵⁶ niet worden gevolgd. De concurrentiebeperking tussen de handelaren die aan de inbreuk deelnamen is al voldoende om een overtreding vast te stellen. Bovendien is ook uiteengezet dat door de gedragingen van de handelaren de structuur van de markt negatief is beïnvloed.
84. ACM stelt op basis van het voorgaande vast dat de afspraak concreet geschikt is om de mededinging te beperken en te vervalsen en aldus een mededingingsbeperkende strekking heeft waarbij het veilingproces (negatief) wordt beïnvloed.

Betwisting van verklaringen

85. Ten aanzien van de juridische context van de inbreuk heeft te gelden dat de bezwaren van de handelaren geen enkel argument inhouden waaruit blijkt dat de gedragingen gezien de juridische context, niet concreet geschikt zouden zijn om de mededinging te beperken. Wat de handelaren hier aan de orde stellen is een herhaling van de argumenten die onder het kopje 'wijze van bewijsvoering' zijn aangevoerd en die hierna in paragraaf 3.7 uitvoerig zullen worden weerlegd.
86. Op deze plaats merkt ACM op dat de bewering van de handelaren dat de belastende verklaringen die in de bestreden besluiten zijn gebruikt, vaak afkomstig zouden zijn van handelaren die slechts in een bepaalde regio of periode actief waren of slechts incidenteel een veiling hebben bezocht, feitelijke grondslag mist. In de bestreden besluiten zijn 32 verschillende verklaringen van 27 beboete handelaren⁵⁷ uit de eerste en tweede tranche gebruikt. Slechts drie van deze handelaren hebben in een beperktere periode van de inbreuk (enkele jaren) hieraan deelgenomen.⁵⁸ Omdat er geen onderscheid tussen de regio's bestaat voor wat betreft de officiële veilingprocedure doet het werkgebied van de handelaar bovendien niet ter zake.⁵⁹ Reeds hierom kan de stelling van handelaren, dat er selectief gebruik is gemaakt van verklaringen dan wel dat aan de verklaringen weinig bewijswaarde kan worden toegekend, geen stand houden. ACM heeft de verklaringen van de handelaren vergeleken en op tegenstrijdigheden

⁵⁶ Beroepschrift [vertrouwelijk] punt 13, pagina 6.

⁵⁷ [vertrouwelijk].

⁵⁸ [vertrouwelijk] (2004-2009), [vertrouwelijk] (2005-2009) en [vertrouwelijk] (2006-2009).

⁵⁹ Ten overvloede: van de beboete handelaren wiens verklaring is gebruikt waren slechts vier actief in minder dan 3 provincies te weten [vertrouwelijk].



Besluit Openbaar

onderzocht. Alle verklaringen overziende, blijkt dat sprake is van gedragsafstemming zoals die hierboven is toegelicht.

87. Verschillende handelaren hebben voorts op een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 1 april 2014,⁶⁰ gewezen waaruit zou volgen dat bij toetsing van gedragingen aan artikel 6 Mw dan wel artikel 101 VWEU een afbakening van de relevante markt nooit achterwege zou kunnen blijven.
88. Nog daargelaten de vraag of uit de uitspraak van het Gerechtshof een dergelijke algemene regel kan worden afgeleid, is de EU jurisprudentie leidend. Uit het door de handelaren aangehaalde arrest *Allianz* volgt niet dat een marktafbakening nooit achterwege zou kunnen blijven. Dit volgt niet uit rechtsoverweging 36 van dit arrest, waarin het Hof zegt “*dat bij de beoordeling van de context ook rekening moet worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten*”. Zie meer recent ook het EU Hof van Justitie in de zaak *Gosselin*.⁶¹
89. Of een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken, wordt bepaald door het antwoord op de vraag of deze afspraak, gelet op de inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt concreet kan beperken.⁶² Aan het afbakenen van de markt komt in dit kader geen zelfstandige betekenis toe. Dit is slechts anders indien zonder marktafbakening niet kan worden uitgemaakt of de afstemming ertoe strekt (of tot gevolg heeft) dat de mededinging wordt beperkt. Het is voldoende als de markt is bepaald met een zodanige precisie dat ACM in staat is de potentiële gevolgen voor de mededinging vast te stellen (met andere woorden: kan vaststellen of de afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken). ACM heeft de context waarbinnen de gedragingen van de handelaren moeten worden beoordeeld in voldoende mate in kaart gebracht om antwoord te kunnen geven op de vraag of deze concreet geschikt zijn om de mededinging te beperken.

Geen mededingingsbeperking maar risicospreiding

90. De betrokken handelaren betogen dat ACM geen oog heeft voor de omstandigheid dat handelaren door hen verworven woningen soms in deplorabele toestand aantreffen. Betrokken handelaren nemen dan de taak op zich de woning te renoveren waarmee

⁶⁰ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2590, r.o. 4.3.3

⁶¹ Zie EUHvJ 11 juli 2013, zaak C-429/11 P, *Gosselin e.a. tegen Europese Commissie*, r.o. 44

⁶² Zie EUHvJ 4 juni 2009, zaak C-8/08 (*T-Mobile*), r.o. 43; zie ook r.o. 31-33



Besluit Openbaar

kosten zijn gemoeid. In het licht hiervan moet ook het betoog omtrent risicospreiding worden gezien. Betrokken handelaren voeren aan dat zij gezamenlijk beter het risico kunnen dragen verscheidene woningen in eigendom te hebben, dan dat dat risico op één handelaar rust. De gedragingen van betrokken handelaren hebben aldus niet tot doel de mededinging te beperken, maar zijn ingegeven door de wens risico's te spreiden.⁶³

91. Voorts wordt door verschillende handelaren naar voren gebracht dat er legitieme redenen waren die samenwerking rechtvaardigden, zoals risicospreiding.⁶⁴ Handelaren konden door samen te bieden hun geld over meer huizen verdelen.
92. ACM merkt op dat het feit dat een afspraak/gedraging ook een legitieme doelstelling lijkt na te streven, zoals het samenwerken en risicospreiding, niet afdoet aan de mededingingsbeperkende strekking van de gedragingen. Een mededingingsbeperkende afspraak die daarnaast andere legitieme doelstellingen nastreeft, valt volgens vaste rechtspraak onder het kartelverbod.⁶⁵
93. Hoe dan ook houdt het betoog van handelaren geen stand. Het bewijs toont aan dat de gedragingen in de inzetfase en de praktijk van de inzetlijsten niet geïsoleerd beschouwd dienen te worden, maar onderdeel zijn van een breder geheel aan gedragingen. Tevens toont het bewijs aan dat het gemeenschappelijke doel van het kartel was om de inzet- en afmijnprijs laag te houden.
94. Indien men naar de kenmerken van de inbreuk kijkt, valt op dat het gedrag van de handelaren niet als zelfstandige bepaling van zijn marktgedrag kan worden gezien:
 - de zogenaamde risicospreiding door 'combinatievorming' vindt telkens binnen eenzelfde groep van handelaren plaats en per veiling wordt steeds maar één combinatie gevormd van een meer dan normale grootte (vaak 20-25 personen);
 - als zo'n grote 'combinatie' van handelaren een pand verwerft blijkt deze kort na de veiling ineens niet meer nodig voor de spreiding van het risico; kort na de veiling wordt binnen de groep bepaald wie het pand echt zal verwerven;
 - de onderlinge afstemming op de executieveilingen en zeker de kort na afloop daarvan georganiseerde onderlinge naveilingen worden verborgen gehouden;
 - het verschil in prijs tussen de officiële veiling en de geheime onderlinge naveiling

26/94

⁶³ Bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1377, pt. 292 en 309; dossierstuk 6538_1/1418, pt. 24 e.v., en bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1370, pt. 267.

⁶⁴ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 2, 25, 27 en 32.

⁶⁵ HvJ EU 20 november 2008, zaak C-209/07 (*Beef Industry Development Society*), r.o. 21.



Besluit Openbaar

wordt onderling tussen de deelnemende handelaren verdeeld.

95. Deze kenmerken duiden veeleer op onderlinge afstemming tussen concurrerende handelaren. Dit beperkt de mededinging die er anders tussen de handelaren zou zijn. Dat kan vanuit het perspectief van een handelaar wel economisch rationeel zijn – anders waren kartels ook niet aantrekkelijk – maar is niettemin verboden.
96. De bij de gedragingen betrokken handelaren die op een inzetlijst staan, hebben namelijk helemaal niet de bedoeling gehad om het pand gezamenlijk te kopen. Daarvoor is – zoals ook door menig handelaar is betoogd – de groep te groot. Anders gezegd bevordert de inzetlijst geen samenwerking die het mogelijk maakt dat handelaren hun financiële middelen bundelen om zodoende meer panden te verwerven. Dit blijkt ook uit randnummer 64 en 75 van het L-Rapport: “[...] werd in geval van “hangen” een zogenaamde uitzetfase georganiseerd om het aantal eigenaren te verkleinen [...] vond er vervolgens een naveiling plaats om het aantal kopers reduceren tot praktisch werkbaar aantal [...]”. De samenwerking heeft dus niets te maken met risicospreiding en onzekerheid.
97. Waar het de plokjagers om ging was risicomijding, hetgeen iets wezenlijk anders is dan risicospreiding. De plokjagers konden erop vertrouwen dat ze niet aan een pand bleven hangen in ruil voor een passievere opstelling tijdens de inzetfase en het delen van de inzetpremie.⁶⁶ Deze vorm van risicomijding kan echter geen rechtvaardiging voor die gedragingen vormen, omdat zij aantoonbaar belemmert dat er een competitieve prijs op de officiële executieveiling tot stand komt.
98. Aangaande de stelling dat sommige handelaren geen panden kunnen kopen omdat zij geen goedgekeurde verklaring hebben, merkt ACM op dat dit feit de gedragingen niet rechtvaardigt. Inzetlijsten en naveilingen zijn hier niet voor nodig. De gedragingen zijn met andere woorden dus niet noodzakelijk voor het beweerde nagestreefde doel.
99. Geen van de door Handelaren aangevoerde gronden leidt derhalve tot de conclusie dat de gedragingen aan het verbod van artikel 6, eerste lid Mw kunnen ontsnappen.

⁶⁶ Deze reden wordt door elf handelaren genoemd in bijlage 8 van het beroepschrift dat als bijlage 1 bij de bezwaargronden van Handelaar is gevoegd. Het gaat om de handelaren onder 1, 3, 4, 5, 7, 8, 12, 14, 15, 16 en 18. De overige handelaren verwijzen naar het legitieme doel om met een beperkte groep een pand gezamenlijk aan te kopen.



**Besluit
Openbaar**

3.4 De kwalificatie van de gedragingen als één enkele inbreuk

3.4.1 Juridisch kader

100. ACM verwijst korthedshalve naar het juridische kader dat in het Besluit in primo in hoofdstuk 3.3.1 is uiteengezet.

3.4.2 Toepassing op deze zaak

101. Zoals beschreven in paragraaf 2.2.9 van het Besluit in primo heeft een verband van handelaren⁶⁷ een complex van gedragingen vertoond voorafgaand, tijdens en na afloop van executieveilingen. Dit complex bestond met name uit de volgende gedragingen:

- het benaderen van outsiders (zie paragraaf 2.2.3 Besluit in primo);
- het verdelen van de inzetpremie (paragraaf 2.2.4 Besluit in primo);
- de praktijk van het elkaar laten meekopen met een door een betrokken handelaar verkregen pand (zie m.n. randnummer 93 e.v. Besluit in primo); en
- de sanctivering van handelaren die zich niet conformeren aan de afspraak (paragraaf 2.2.7 Besluit in primo).

Tezamen vormen deze gedragingen naar het oordeel van ACM één afspraak die gold binnen het verband van handelaren. In paragraaf 3.7 zal ACM uiteenzetten dat Handelaar betrokken was bij die afspraak en tot het verband van handelaren behoort.

Het identieke doel van de gedragingen van de groep handelaren

102. ACM constateert dat de afspraak verschillende verschijningsvormen heeft, afhankelijk van de fase in en het verloop van een executieveiling. Alle afzonderlijke gedragingen vullen elkaar aan, en dragen in hun geheel ertoe bij dat handelaren die tot het verband behoren niet in dezelfde mate tegen elkaar opbieden dan in een situatie zonder de gezamenlijke gedragingen van de handelaren. ACM constateert complementariteit zowel tussen gedragingen in de verschillende fasen van de veiling van één pand als tussen die gedragingen op opeenvolgende executieveilingen.

– complementariteit van gedragingen in verschillende fasen van de executieveiling

103. Allereerst had de afspraak met betrekking tot de verschillende fasen van één executieveiling hetzelfde doel: om door samenspanning op executieveilingen een zo laag mogelijke prijs tot stand te laten komen (zie uitgebreid paragraaf 2.2 Besluit in primo).

⁶⁷ Er zijn ook handelaren die niet tot het verband behoren, zij worden geduid als de "outsiders".



Besluit Openbaar

29/94

104. Anders gezegd, de praktijk van het benaderen van *outsiders*, het verdelen van inzetpremies, het laten meedoen aan de naveiling indien het pand binnen de groep was afgemijnd en de sanctionering van prijsopdrijvers in de inzetfase vullen elkaar aan. Het benaderen van outsiders vergroot de kans dat het pand binnen de groep betrokken handelaren gezamenlijk wordt ingezet en ploggeld kan worden verdeeld. Het “op de lijst komen” en “meedoen” codificeert een groep handelaren die ten aanzien van één te veilen woning hun biedgedrag afstemt. Daarbij geldt: hoe minder *outsiders*, hoe kleiner de noodzaak om in de afmijnfase vroeg te mijnen. Later mijnen in plaats van vroeg mijnen verhoogt vervolgens de kans op hogere winst in de naveiling. De groepsvorming in en na de inzetfase, maar vóór de afmijnfase vormt daarmee dus de basis voor deelname aan de naveiling. Om de kans op winst in de naveiling te maximaliseren, wordt geïnvesteerd in het betrekken van outsiders bij de afspraak. Het actief benaderen van outsiders om op de inzetlijst vermeld te worden en hen te betrekken bij het verdelen van ploggeld, is een dergelijke investering. Het niet laten meedelen in ploggeld kan bovendien worden gebruikt om biedgedrag in de inzetfase te disciplineren, waardoor meer ruimte overblijft voor een lage afmijnprijs.
105. Omgekeerd, als een betrokken handelaar zich onttrekt aan een onderdeel van het systeem, doet hij afbreuk aan de werking van het systeem dat ook voor hem winstgevend is. Als hij het pand afmijnt maar anderen niet laat meedoen in naveiling, zal hij een volgende keer, als één van de anderen uit groep heeft afgemijnd, niet mee mogen doen. Ook een handelaar die in de inzetfase hoog gaat inzetten, doet afbreuk aan het systeem. Als de inzetprijs te hoog is, is de kans van slaglopen ook hoog wat de mogelijkheid van een lucratieve naveiling aanzienlijk reduceert. Zowel de handelaar die te hoog heeft ingezet als de handelaren in de groep lopen hierdoor potentiële winsten mis. Het op opeenvolgende veilingen niet-meedoen aan de afspraak is aldus op de lange termijn voor handelaren een minder profijtelijke strategie dan het wel meedoen aan de afspraak en gedragingen.
106. Dat de gedragingen met betrekking tot de verschillende fasen van één executieveiling complementair zijn, blijkt ook duidelijk uit verklaringen van diverse handelaren. Zo verklaart de heer [vertrouwelijk] dat hij werd benaderd omdat hij:

“(…) de boel aan het verzieken was door de prijs in de inzetfase verder op te drijven waardoor er geen ruimte meer was om af te mijnen (…)”⁶⁸ (onderstreping ACM)

en de clementieverzoeker verklaart:

⁶⁸ Dossierstuk 6538_13/4, p. 5.



Besluit Openbaar

“Zit de zaak dicht dan wordt onderling een bedrag afgesproken, dat door een beetje tegen elkaar op te bieden, als inzetbedrag eruit moet komen. Zo'n bedrag moet aan de lage kant gehouden worden om in het vervolg van het proces ook een lage afmijnprijs mogelijk te maken. (...) (onderstreping ACM).⁶⁹

107. Voor de relatie tussen de diverse fasen van één executieveiling wijst ACM ten slotte op het aanwezige bewijsmateriaal, met name het grote aantal (inzetpremie/verreken/naveiling)lijsten dat zich in het dossier bevindt. Uit deze lijsten blijkt dat per pand op één en dezelfde lijst werd vermeld wie na de inzet heeft aangegeven “mee te doen”, wie heeft afgemijnd op de executieveiling en voor welk bedrag, welke handelaren hebben deelgenomen aan een naveiling, alsmede hoe de inzetpremie en het verschil tussen de prijs in de naveiling en de afmijnprijs zijn verdeeld.

– *verwevenheid tussen gedragingen bij opeenvolgende executieveilingen*

108. Ook tussen de gedragingen (bij één executieveiling) en dezelfde gedragingen die bij herhaling plaatsvonden op andere executieveilingen bestaat noodzakelijkerwijs een band van complementariteit. Omdat handelaren stelselmatig ploggeld verdelen, kunnen zij er al vóór aanvang van de veiling op anticiperen dat zij kunnen “meedoen” en niet zelf hoeven in te zetten of zelf hoeven af te mijnen. Aldus versterken de gedragingen op de verschillende veilingen elkaar: handelaren die elkaar laten meedelen met het ploggeld en laten meedoen aan de naveiling, verwachten hierdoor dat zij bij een volgende veiling ook met anderen mogen meedoen. Omgekeerd: als een handelaar zich bij één veiling niet aan de afspraak houdt, door anderen niet mee te laten doen met de verdeling van inzetpremie of met een naveiling, kan deze handelaar niet verwachten een volgende keer met andere handelaren mee te mogen doen. Deze vertrouwensband ontstaat uitsluitend door de herhaling van de gedragingen, en blijft slechts in stand zo lang handelaren menen dat de gedragingen herhaald zullen worden.

109. Dat gedragingen op de verschillende veilingen complementair zijn, blijkt ook uit de verklaringen van diverse handelaren. ACM verwijst ter zake naar de bij de feiten en omstandigheden opgenomen paragraaf 2.2 van het Besluit in primo.

110. Het voortdurende karakter van de gedragingen blijkt voorts uit de wijze waarop handelaren de verschillende veilingen gezamenlijk afhandelen:

- het feit dat partijen openstaande tegoeden en verplichtingen van verschillende

30/94

⁶⁹ Dossierstuk 6538_1/409, p. 13.



Besluit Openbaar

- executieveilingen onderling salderen;⁷⁰
- het gebruik van voorgedrukte inzetlijsten waarop de namen, adres-, telefoon-, fax- en bankgegevens van enkele honderden handelaren staan vermeld en waarop staat aangekruist welke handelaren voor een bepaalde woning op een executieveiling aan de afspraak en gedragingen hebben deelgenomen;⁷¹
- het feit dat partijen de deelname aan de gedragingen op verschillende executieveilingen in Nederland *grosso modo* op uniforme wijze op inzet- en verrekenlijsten vastleggen;⁷²
- het feit dat vanaf 13 juni 2000 tot en met ten minste 15 december 2009 sprake is van een voortdurende reeks van elkaar frequent opeenvolgende gedragingen van partijen op executieveilingen in Nederland.

31/94

3.4.3 Beoordeling van de bezwaren van handelaren

Vaststelling van het kartel in alle fasen van de executieveilingen

111. In Advies 1⁷³ heeft de Adviescommissie ACM opgedragen het bestaan van het kartel in alle fasen van de executieveilingen nader te motiveren.⁷⁴ In Advies 2 voegt de Adviescommissie hier nog aan toe dat ACM onvoldoende op de marktsituaties in bepaalde regio's is ingegaan, waar het volgens de handelaren niet mogelijk zou zijn om een medingingsbeperkende invloed uit te oefenen.⁷⁵ Tevens plaatst de Adviescommissie vraagtekens bij de verwevenheid tussen de gedragingen die ACM gezamenlijk aanmerkt als één enkele inbreuk⁷⁶ en de kwalificatie van één enkele inbreuk voor wat betreft de handelaren uit de eerste tranche enerzijds en de handelaren uit de tweede en derde tranche anderzijds.⁷⁷
112. Verschillende handelaren hebben voorts bezwaargronden gericht tegen de door ACM vastgestelde voortdurende inbreuk. Handelaren stellen dat er geen sprake is van een voortdurende inbreuk, omdat er een totaalplan zou ontbreken (de belangen tussen handelaren en plokjagers verschillen) en er geen sprake zou zijn van complementariteit tussen de handelingen.⁷⁸ Ter ondersteuning van hun bezwaar verwijzen de handelaren

⁷⁰ Zie randnummers 65-66 en 201 van het rapport, dossierstuk 7237/48. Uit het feit dat hierbij ook inzet- en uitkooptegoeden worden gesaldeerd, blijkt tevens de samenhang tussen de gedragingen in de inzet- en de afmijnfase.

⁷¹ Zie randnummers 72-93 en 202 van het rapport, dossierstuk 7237/48.

⁷² Zie randnummers 72-93, 121-140 en 203 van het rapport, dossierstuk 7237/48.

⁷³ Zie bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1370, par. 16.

⁷⁴ Dit is in het eerste punt van hoofdstuk 3.3.3 van het Besluit in primo samengevat.

⁷⁵ Dossierstuk 7237/837, punt 31.

⁷⁶ Dossierstuk 7237/837, punt 21.

⁷⁷ Dossierstuk 7237/837, punt 23.

⁷⁸ Zie bijlage 1 van het bezwaarschrift, dossierstuk 7237/576, pt. 251 e.v.



Besluit Openbaar

(onder meer) naar hetgeen Lexonomics hierover heeft opgenomen in het rapport dat in deze bezwaarprocedure is ingebracht.

113. ACM volgt de stelling van handelaren dat geen sprake is van een voortdurende inbreuk niet. ACM heeft in paragraaf 2.2.5 van het Besluit in primo beschreven dat het verdelen van ploggeld een *ad hoc* groep identificeert; en dat de wijze waarop die groep zich gedraagt in de afmijnfase afhankelijk is van de omstandigheden op de individuele veiling. Het verbaast dan niet dat, in het geval er kennelijk veel outsiders aanwezig zijn, betrokken handelaren in voorkomend geval actief boden in de afmijnfase.
114. In paragraaf 2.2.5 van het Besluit in primo is, aan de hand van verklaringen van handelaren, uitgebreid gemotiveerd dat, ook zonder dat sprake was van “groepsminnen”, handelaren geacht werden andere betrokken handelaren te laten “meekopen”. Het biedgedrag van handelaren die op de inzetlijst staan, wordt aldus ook zonder afspraak voorafgaand aan de afmijnfase, beïnvloed door de groepsvorming. Dat hierbij geen sprake was van een ‘absoluut’ recht, maakt dit niet anders. Uit de verklaringen⁷⁹ en de analyse van de nageveilde panden valt af te leiden dat de handelaren in het overgrote deel van de gevallen het door hen afgemijnde pand in een naveiling hebben aangeboden. Bij een verdere bestudering van de meer dan 2300 besmette panden is gebleken dat bij meer dan 300 gevallen een naveiling na afmijnen plaatsvond. De reden was – zoals hierboven al vermeld – dat er dan bij latere naveilingen ook weer kon worden meegedaan.⁸⁰ De handelaren hadden dus in het overgrote deel van de naveilingen de zekerheid dat het afgemijnde pand nog in de groep zou worden uitgezet. Dat was sowieso het geval bij het slaglopen van een pand. Ook in gewone prijskartels komt het voor dat partijen zich niet altijd aan de afspraken houden. Dit doet niet af aan de mededingingsbepurende strekking en de complementariteit van de gedragingen. Dat

32/94

⁷⁹ Dat er in bijna alle gevallen nog na het afmijnen kon worden meegedaan bij een naveiling wordt bevestigd door de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] (6538_13/2, p. 3.), [vertrouwelijk] (6538_13/15, p. 4.) [vertrouwelijk] (6538_13/18, p. 5), [vertrouwelijk] (6538_13/20, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_13/34, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_13/19 p. 6), [vertrouwelijk] (6538_1/707 p. 5 en 6538_13/7 p. 2-3), [vertrouwelijk] (6538_13/43, p. 4.), [vertrouwelijk] (6538_13/8, p. 3. en 6538_1/709, p. 10), [vertrouwelijk] (6538_13/12, p. 2), [vertrouwelijk] (6538_13/33, p. 4), [vertrouwelijk] (6538_13/35, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_1/707, p. 3; zie, in soortgelijke zin, ook p. 5), [vertrouwelijk] (6538_13/28 p. 2 en 6538_1/713, p. 6), [vertrouwelijk] (6538_1/703, p. 3) en [vertrouwelijk] (6538_13/9 p. 7-8).

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld de door de handelaren aangehaalde verklaring van de heer [vertrouwelijk] in punt 262 van bijlage 1 van het bezwaarschrift, dossierstuk 7237/576, die volledig uitgeschreven als volgt luidt: “Vraag: Kan je altijd achteraf meedoen? Antwoord: Nee, niet altijd. Maar het gaat altijd een beetje over een weer. Als ik niet bij iemand mee kan doen, dan mag hij daarna ook niet snel meer mee doen.” Ook de in punt 264 aangehaalde verklaring van de heer [vertrouwelijk] bevestigd dit: “[...] door het uitzetten na afmijnen krijg je een tweede kans [...]”.



Besluit Openbaar

partijen ieder met eigen oogmerk deelnemen betekent niet dat geen sprake zou kunnen zijn van een gemeenschappelijk doel van de gedragingen.⁸¹

115. Met betrekking tot de stelling van Lexonomics dat de complementariteit tussen de fasen ontbreekt, merkt ACM op dat de conclusies van Lexonomics niet stroken met het bewijs in deze zaak. Ten eerste is het niet relevant of er al dan niet een verplichting met betrekking tot afmijnen bestond. Waar het om gaat is dat de handelaren die bij het systeem betrokken waren hun gedrag afstemmen en, als gevolg van dit systeem, een prikkel hebben om minder in de inzet- en afmijnfase te bieden. Daarvoor is een gentleman's agreement zoals in casu al voldoende.
116. ACM heeft uit het bewijs, ten aanzien van ongeveer een kwart van de besmette veilingen, afgeleid dat er een gentleman's agreement op naveiling bestond. Dat hierbij geen sprake was van een 'absoluut' recht, maar van een door handelaren gepercipieerde 'morele' verplichting, doet daar niet aan af. Zoals hiervoor ook is uiteengezet vonden de naveilingen heimelijk plaats zodat de afwezigheid van bewijs voor een naveiling bij een besmette veiling nog niet de conclusie toelaat dat er daadwerkelijk geen naveiling heeft plaatsgevonden. Uit het dossier blijkt dat andere handelaren dan de heer [vertrouwelijk] geen of nauwelijks administratie over naveilingen bijhielden. Hierbij komt nog dat ACM in de vrij uitvoerige administratie van de heer [vertrouwelijk] (die bij ongeveer de helft van de besmette veilingen betrokken was) niet voor alle naveilingen waarbij de heer [vertrouwelijk] aanwezig was een [vertrouwelijk]-lijst heeft aangetroffen. De stelling van verschillende handelaren dat er geen naveiling kan hebben plaatsgevonden als de afmijner ook als eigenaar van het besmette pand bij het kadaster werd ingeschreven, kan niet worden gevolgd. Het nagaan bij het kadaster wie de uiteindelijke eigenaar van het pand is geworden, geeft geen zekerheid over de vraag of er een naveiling heeft plaatsgevonden. Immers, het was niet ongebruikelijk dat de afmijner het pand in de groep ter naveiling aanbood en het vervolgens voor een hogere prijs zelf verwierf,⁸² hetgeen niet in het kadaster kan worden achterhaald. Ten slotte waren handelaren niet altijd geïnteresseerd in een naveiling zoals blijkt uit een verklaring van de heer [vertrouwelijk]: *"Ik wordt niet altijd benaderd als ik de afmijner ben. Als de rest niet goed bij kas zit, of veel handel in kas hebben of het pand aan de prijs vinden ingekocht, dan doen ze niet mee."*⁸³

⁸¹ Zie Gerecht EU 8 juli 2008, zaak T-53/03 (*BPB tegen Commissie*).

⁸² Zie bijvoorbeeld de panden gelegen aan de [vertrouwelijk], doc. 5867, p. 423, [vertrouwelijk], doc. 1103, p. 2, [vertrouwelijk], 1191, p. 7, [vertrouwelijk], 5681, p. 335, [vertrouwelijk], 5639, p. 105, [vertrouwelijk], 5681, p. 339, [vertrouwelijk], 6120, p. 351 en de [vertrouwelijk], 5684, p. 15.

⁸³ Dossierstuk 6538_1/709, p. 8.



Besluit Openbaar

117. Verschillende handelaren stellen voorts dat de inzetfase niet tot de enkele voortdurende inbreuk kan worden gerekend, omdat de individuele gedraging in die fase geen opzichzelfstaande mededingingsinbreuk zouden vormen.
118. ACM kan dit betoog niet volgen. Volgens vaste rechtspraak “*kan de inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU niet alleen voortvloeien uit op zichzelf staande overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die als afzonderlijke inbreuken moeten worden bestraft, maar ook uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging die van dien aard zijn dat de samenstellende delen daarvan terecht als de bestanddelen van één enkele inbreuk kunnen worden aangemerkt [...]*”⁸⁴ Uit het tweede deel van dit citaat volgt dat ook onderdelen van een enkele inbreuk die afzonderlijk gezien geen inbreuk vormen wel in samenhang gezien een enkele inbreuk zijn. Hiernaast geldt dat in het onderhavige geval afzonderlijk delen van de enkele inbreuk als een strekkingsbeperking kwalificeren (zoals in casu de gedragingen in de afmijnfase en de naveiling). De inzetlijsten, die op zichzelf beschouwd geen mededingingsbeperking zouden vormen, vergemakkelijken de *ad hoc* groepsvorming voor de naveiling en dragen er aan bij dat het kartel effectiever kon optreden.⁸⁵
119. In hun gronden stellen Handelaren voorts dat er geen sprake is van een voortdurende inbreuk, omdat een totaalplan zou ontbreken (de belangen tussen handelaren en plokjagers verschillen) en er geen sprake zou zijn van complementariteit tussen de handelingen.
120. Zoals hiervoor hoofdstuk 3.3 al is uiteengezet, lopen de belangen van handelaren en plokjagers niet uiteen. Plokjagers zullen doorgaans genoeg nemen met lagere inzetpremies, die dan regelmatig geïnd zullen kunnen worden. In zoverre is er dus geen sprake van onderling verschillende belangen omdat beide groepen een lage inzetprijs nastreven en op lange termijn hiervan profiteren. De competitieve druk die van de plokjagers zou kunnen uitgaan werd juist door de gedragingen beperkt. De plokjagers werden afgestraft als zij te hoog gingen inzetten en konden door het delen van het ploggeld het kartel worden ingezogen (zie hiervoor punt 58).

34/94

⁸⁴ Zie Gerecht EU 16 september 2013, gevoegde zaken T-373/10 T-374/10, T-382/10 en T-402/10 (*Villeroy & Boch Austria GmbH e.a. v. Commissie*), r.o. 31.

⁸⁵ ACM verwijst in dit kader na de Richtlijnen Verticale Beperkingen van de Europese Commissie. In randnummer 48 valt te lezen dat een prijsmonitor systeem (dat op zich niet mededingingsbeperkend hoeft te zijn) een RPM clausule effectiever kan maken. In samenhang met een mededingingsbeperkende gedraging kan een op zichzelf niet beperkende gedraging dus wel degelijk een inbreuk op het mededingingsrecht vormen.



Besluit Openbaar

121. De stelling dat er geen sprake is van complementariteit omdat er tussen inzetfase en afmijnfase drie weken kunnen liggen en dat daardoor de liquiditeitspositie van een handelaar veranderd kan zijn, snijdt geen hout. Door enkel tijdsverloop worden de verschillende gedragingen in de inzet- en afmijnfase niet minder complementair.
122. Voorts is ACM van oordeel dat alle besmette veilingen als één enkele inbreuk moeten worden gekwalificeerd.
123. In dat kader is met name van belang dat het systeem van de inbreuk over de gehele periode en Nederland hetzelfde is, te weten het gebruik van inzetlijsten en naveilingen. Het opkomen van regioveilingen in 2005 is een *externe* factor die dit systeem niet wezenlijk deed veranderen.⁸⁶
124. Handelaren stellen in hun bezwaarschrift dat uit het verschil in aantal besmette veilingen per jaar en per provincie volgt dat er geen sprake zou zijn van een enkele inbreuk. Tevens stellen zij dat het aantal in het jaar 2001 als besmet aangemerkte veilingen dusdanig gering is, dat deze niet tot de inbreuk gerekend kan worden.
125. ACM kan deze gronden van handelaren niet volgen. Ten eerste is het verschil in aantal besmette veilingen (sic) per provincie niet bepalend voor de vraag of er sprake is van één enkele inbreuk. Immers, het grote aantal veilingen in Zuid-Holland en Gelderland kan ook worden verklaard door het feit dat in deze provincies eenvoudigweg de huizenconcentratie groter is dan in Drenthe of Friesland. Overigens wordt door de handelaren zelf verklaard dat er tussen de regio's gelijke gebruiken gelden met betrekking tot de officiële veiling.⁸⁷ In zoverre is er geen aanleiding om nader onderzoek naar de verschillende regio's te verrichten.
126. Dat er in 2001 slechts bewijs voor 9 besmette veilingen is gevonden, betekent nog niet dat dit jaar niet tot de inbreuk mag worden gerekend.⁸⁸ Niet valt in te zien waarom een beperkt aantal besmette veilingen, dat zich niet van de besmette veilingen in opvolgende jaren onderscheidt, de conclusie rechtvaardigt dat dit niet tot de enkele en voortgezette inbreuk behoort. Verschillen in de frequentie zegt niets over het bestaan van het systeem en doet ook geen afbreuk aan het gemeenschappelijke doel.⁸⁹

35/94

⁸⁶ In de jaren 2005 waren er 52 naveilingen, in 2006 35 naveilingen en in 2007 44 naveilingen na afmijnen door een groepslid.

⁸⁷ Zie de verklaring van de heer [vertrouwelijk]p. 2-3 (6538_13/24), de heer [vertrouwelijk] (6538_13/19 p. 2),

⁸⁸ De heer [vertrouwelijk] geeft overigens aan dat er in 2000/2001 weinig veilingen werden gehouden (6538_1/709, p. 9).

⁸⁹ Zie Gerecht EU 8 juli 2008, zaak T-53/03 (*BPB tegen Commissie*).



Besluit Openbaar

36/94

127. Hetzelfde geldt ten aanzien van regio's waar sommige handelaren beweren sterkere "tegenwind" van overige deelnemers aan executieveilingen te ondervinden, zoals de regio's rond Rotterdam, Utrecht en Breda. Ook hier hebben handelaren geprobeerd de normale werking van een executieveiling te beïnvloeden.⁹⁰ Het CBb heeft recentelijk nog geoordeeld dat het feit dat afstemming van karteldeelnemers in bepaalde gevallen niet mogelijk was omdat andere concurrenten aanwezig waren, geen afbreuk doet aan de kwalificatie van één enkele inbreuk.⁹¹ Dat de handelaren in die gevallen beperktere kartelwinst hebben genoten en/of minder naveilingen teweeg konden brengen doet derhalve geen afbreuk aan de kwalificatie van één enkele inbreuk die zich over heel Nederland uitstrekt.
128. De Adviescommissie heeft in Advies 2 haar twijfels geuit omtrent de betrokkenheid van de handelaren uit de tweede en derde tranche bij de inbreuk, omdat het om minder geroutineerde handelaren zou gaan; de core business van deze handelaren zou niet de huizenhandel zijn, zij zouden geen bedrijfsjurist hebben ingeschakeld en de gedragingen zouden niet met een klassiek kartel kunnen worden vergeleken.⁹²
129. Op dit punt volgt ACM de Adviescommissie niet. Ook de handelaren in de tweede of derde tranche die over minder routine beschikken en hoofdzakelijk met andere werkzaamheden hun inkomsten verdienen, zijn ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht en hebben zich uit dien hoofde aan de Mededingingswet te houden.
130. ACM ziet geen aanleiding het zogenaamde subjectieve kenniselement bij de één enkele inbreuk (de handelaar wilde met zijn eigen gedrag een bijdrage leveren aan de doelstelling van het kartel en wist of behoorde te weten van de andere gedragingen van de kartelleden) voor minder professionele handelaren anders uit te leggen. Een entiteit kwalificeert als onderneming of niet. Dat een handelaar zich slechts aan bestaande mores heeft geconformeerd, kan volgens ACM niet tot gevolg hebben dat deze handelaar geen verwijt kan worden gemaakt. Zodra hij bij een naveiling meedeed – die heimelijk, buiten de kaders van de reguliere veiling om, plaatsvonden – mag in redelijkheid worden aangenomen dat hij op de hoogte was van de doelstellingen van de groep handelaren. Om aan de naveiling te kunnen deelnemen, moest de handelaar zich ook conform het kartel gedragen. Hij heeft dus met zijn gedrag willen bijdragen aan het bereiken van de

⁹⁰ Waarbij ACM nog opmerkt dat in Utrecht, Breda en Dordrecht dezelfde kartelwinstmarges zijn gerealiseerd als de gemiddelde landelijke winstmarge zodat er geen sprake lijkt te zijn van sterkere concurrentie in deze regio's.

⁹¹ College van Beroep voor het bedrijfsleven van 10 april 2014 (*Boomkwekerijen*), punt 4.4.3., ECLI:NL:CBB:2014:118

⁹² Zie advies 2, punt 23 en 27



Besluit Openbaar

gemeenschappelijke doelstelling van alle deelnemers en kende de inbreukmakende gedragingen die de andere deelnemers met het oog op die doelstellingen planden of verrichtten. Dit is volgens vaste rechtspraak voldoende voor de toepassing van het subjectieve element van de één enkele inbreuk.⁹³

131. In afwijking van Advies 2 is ACM van oordeel dat het niet relevant is of een individuele handelaar op de hoogte was dat het kartel landelijk opereerde. Naar het oordeel van ACM is het voldoende dat de gedragingen deel uitmaakten van een groter geheel. Ten overvloede merkt ACM op deze plaats op dat het ten eerste onwaarschijnlijk is dat een beboete handelaar die alleen regionaal actief was niet op de hoogte was van een “grand design”. Immers, de groep handelaren bestond per besmette veiling doorgaans uit niet alleen regionale handelaren maar ook handelaren die landelijk actief waren (door verschillende personen ook als “rondreizend circus” aangeduid). Ten tweede blijkt uit de inzetlijsten dat er een grote groep handelaren uit heel Nederland staat vermeld. Handelaar kon dus niet onkundig zijn van het landelijke karakter van de gedragingen. Ten slotte nam elke beboete handelaar aan minimaal veertig veilingen deel, hetgeen betekende dat hij met een wisselend aantal handelaren mee deed. Gelet op deze omstandigheden kon Handelaar dus redelijkerwijs voorzien dat de gedragingen op landelijk niveau plaatsvonden en kan hij derhalve aansprakelijk worden gesteld voor de gehele inbreuk.⁹⁴
132. De vraag die de Adviescommissie met de opmerking over de bijzondere en haars inziens afwijkende aard van de inbreuk in casu in vergelijking met gewone prijskartels aan de orde stelt, is of de inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid is begaan en met een geldboete bestraft kan worden. Volgens vaste EU-jurisprudentie kan een geldboete worden opgelegd wanneer de onderneming niet onkundig kan zijn van het mededingingsversturende karakter van haar gedrag, ongeacht of zij zich ervan bewust is, de mededingingsregels te schenden.⁹⁵
133. ACM is van oordeel dat de handelaren uit de tweede en derde tranche niet onkundig waren van het mededingingsversturende karakter van de gedragingen in kwestie. Alle beboete handelaren waren immers bij ten minste veertig besmette veilingen en één of meer (heimelijke) naveilingen aanwezig en wisten dus welke nadelige gevolgen hun gedrag voor het biedproces en de verkopende partij had. Handelaren wisten dat de tegenprestatie voor de deelname aan een naveiling was dat zij zich zouden inhouden op

37/94

⁹³ Hof van Justitie EU 6 december 2012, zaak C-441/11 P (*Verhuizingen Coppens*), r.o. 42

⁹⁴ *Ibid.*, r.o. 42-43

⁹⁵ *Ibid.* Schenker r.o. 37



Besluit Openbaar

het officiële gedeelte van de veiling. Het was glashelder dat een aanzienlijk geldbedrag (de kartelwinst) niet ten goede kwam aan de onder dwang verkopende huiseigenaar, maar aan de aan de naveilingen deelnemende handelaren en dat dit het gevolg was van het samenspannen van deze handelaren.

134. In ieder geval acht ACM het gegeven dat handelaren geen in het mededingingsrecht gespecialiseerde adviseur hebben ingeschakeld irrelevant. Ten overvloede, zelfs al hadden handelaren een adviseur (advocaat of anderszins) ingeschakeld: het Hof van Justitie van de EU heeft in de zaak *Schenker* bepaald dat een advies van een advocatenkantoor geen rechtsdwaling kan opleveren.⁹⁶
135. Het opgeworpen punt van de Adviescommissie dat handelaren uit de tweede en derde tranche niet altijd aan een naveiling mochten meedoen en dus over “minder rechten” beschikten, vindt geen steun in de feiten en de verklaringen van de handelaren. Met uitzondering van één handelaar hebben alle handelaren uit de tweede tranche bij meer dan 10 naveilingen meegedaan. Ook is de ratio tussen besmette veilingen en naveilingen niet wezenlijk lager dan die van de handelaren uit de eerste tranche. Op grond van deze gegevens kan in deze gevallen geen sprake zijn van “tweederangs kartelliden”.
136. Hetzelfde geldt voor een groot aantal handelaren in de derde tranche, waar vijftien handelaren bij meer dan 5 naveilingen betrokken zijn geweest.
137. Ten aanzien van de overige handelaren uit de derde tranche die aan weinig naveilingen hebben deelgenomen (minder dan vijf), constateert ACM dat het geringe aantal naveilingen nog niets over het feit zegt of een handelaar bij een naveiling is geweigerd. Het relatief kleine aantal naveilingen kan net zo goed de eigen keuze van de desbetreffende handelaar zijn geweest. Immers, er was bij een naveiling na afmijnen geen verplichting om mee te doen. Voor al deze handelaren geldt in ieder geval dat zij in de karteladministratie van de heer [vertrouwelijk] met naam, woonplaats en bankrekeningnummer voorkomen. Hieruit leidt ACM af dat er een dusdanige vertrouwensbasis tussen de handelaren bestond dat niet kan worden volgehouden dat sommige handelaren als “tweederangs” kartelliden hebben te gelden.
138. Concluderend is het oordeel dat er sprake is van één enkele voortgezette inbreuk waaraan alle handelaren uit de eerste, tweede en derde tranche hebben deelgenomen.

38/94

⁹⁶ HvJ EU 18 juni 2013, zaak C-816/11 (*Schenker*), r.o. 41



Besluit Openbaar

Definitie van de groep

139. Diverse handelaren betogen dat ACM onvoldoende nauwkeurig heeft omschreven wie er onder “de groep” vallen die van deelname aan de inbreuk op artikel 6, lid 1, Mw, wordt beticht.⁹⁷ Ook de Adviescommissie adviseert ACM om beter te motiveren welke handelaren nu precies moeten worden geacht aan de inbreuk te hebben deelgenomen.⁹⁸
140. ACM kan zich niet vinden in deze opmerkingen. Elke handelaar die een rapport heeft gekregen, is betrokken geweest bij afstemming van biedgedrag op ten minste 40 veilingen waarvan ten minste een naveiling. ACM acht het zeer onwaarschijnlijk dat deze handelaren aldus geen deel uitmaakten van het verband van handelaren dat elkaar liet “meedoen”. Hieruit volgt ook dat Handelaren niet onkundig konden zijn geweest van de werking van het kartelsysteem in casu en de doelstelling die aan dit systeem ten grondslag lag, te weten het kunstmatig laag houden van de geboden prijzen tijdens het officiële veilingproces, om zodoende het pand in de groep te laten vallen en aldaar aan de hoogstbiedende te verkopen. Hiernaast konden zij ook niet onkundig zijn geweest van de dubbelfunctie van de inzetlijst (plokverdeling als beloning voor laag inzetten en entreekaartje voor naveiling) en derhalve wisten zij dat de inzetlijst deel uitmaakte van het hiervoor omschreven algemeen plan. In het verlengde hiervan aanvaardden de handelaren ook door hun deelname aan de inzetlijst dat zich het gevaar kon verwezenlijken dat panden voor een niet-competitieve prijs werden afgemijnd en eventueel werden nageveild.
141. ACM vindt het betoog van Handelaren dat niet iedereen elkaar kende (omdat zij bijvoorbeeld in verschillende provincies woonden) niet relevant.⁹⁹ Volgens Europese rechtspraak is het feit dat niet dezelfde ondernemingen aan de verschillende handelingen deelnamen op zichzelf niet geschikt om de kwalificatie van een enkele en voorgezette inbreuk in twijfel te trekken.¹⁰⁰ Het is niet noodzakelijk voor de werking van een kartel dat alle handelaren elkaar kenden, met name omdat de werkwijze van het kartel overal in Nederland hetzelfde was en een deel van de handelaren uit de eerste tranche op bijna alle veilingen een sturende en coördinerende rol tijdens de veilingen op zich namen om zo de werking van het kartel te verzekeren. Bovendien verklaren meerdere handelaren

⁹⁷ Zie bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1370, pt. 274-275.

⁹⁸ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 96.

⁹⁹ Ten aanzien van de handelaren uit de eerste tranche is dit verhaal bovendien weinig geloofwaardig. Al deze handelaren waren overal in Nederland dan wel in een groot gedeelte voor een lange periode uiterst actief op executieveilingen. Dit laatste blijkt met name uit de verweten besmette veilingen en naveilingen. De aantallen variëren van 265 tot 1119 besmette veilingen en 28 tot 178 naveilingen voor de handelaren uit de eerste tranche.

¹⁰⁰ Zie Gerecht EU, 16 september 2013, zaak T-364/10 (*Duravit AG e.a. v. Commissie*), r.o.134



Besluit Openbaar

dat er een vaste kern van 30-40 handelaren is die landelijk actief is, maar in wisselende samenstellingen per veiling ageert.¹⁰¹

142. Ten slotte merkt ACM op dat de suggestie dat door het hanteren van een selectiegrens van 40 veilingen waarvan ten minste één naveiling wellicht handelaren niet beboet zijn, terwijl niet kan worden uitgesloten dat die handelaren vaker bij een naveiling¹⁰² zouden zijn betrokken, niet afdoet aan de in het bestreden besluit geconstateerde overtreding. Ten aanzien van alle rapportpartijen/handelaren, waarvan is vastgesteld dat zij betrokken zijn geweest bij afstemming van biedgedrag bij de veiling van ten minste 40 panden waarvan ten minste één naveiling, is een overtreding vastgesteld. ACM is niet gehouden om te motiveren waarom andere soortgelijke handelingen niet beboet zijn.¹⁰³

40/94

3.5 Merkbaarheid

3.5.1 Juridische kader en toepassing op deze zaak

143. In de bestreden besluiten is vastgesteld dat de verweten gedragingen als een strekkingsbeperking kwalificeren. Uit het arrest *Expedia* volgt dat een strekkingsbeperking naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, de mededinging merkbaar beperkt.¹⁰⁴ Omdat volgens de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet het merkbaarheidselement van art. 6, eerste lid Mw overeenkomstig Europese rechtspraak wordt geïnterpreteerd,¹⁰⁵ is ACM van oordeel dat bij strekkingsbeperkingen die – zoals in het onderhavige geval – het hele Nederlandse grondgebied bestrijken de merkbaarheid van de gedragingen zonder meer gegeven is.

144. Hiernaast kan ook niet gesteld worden dat de gedragingen slechts verwaarloosbaar effect

¹⁰¹ Zie de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] (6538_13/1, p. 2), [vertrouwelijk] (6538_13/7, p. 2), [vertrouwelijk] (6538_13/20, p. 2-3), [vertrouwelijk] (6538_13/9, p. 7), [vertrouwelijk] (6538_13/31, p. 2), [vertrouwelijk] (6538_13/35, p. 2), [vertrouwelijk] (6538_13/37, p. 3), [vertrouwelijk] (6538_13/8, p. 2 en 6538_1/709 p. 2), [vertrouwelijk] (6538_13/42, p. 2), [vertrouwelijk] (6538_13/23, p. 3). De omstandigheid dat de heer [vertrouwelijk] en de clementieverzoeker in verschillende perioden van het kartel actief waren – hetgeen overigens onjuist is, omdat de heer [vertrouwelijk] al eind 2003 op executieveilingen actief was – is derhalve irrelevant.

¹⁰² NB een naveiling is slechts een deel van de inbreuk. Zie randnummer 126 ev. van het onderhavige besluit.

¹⁰³ Zie het Arrest van het Gerecht van 27 februari 2014, zaak T-128/11 (*LG Display*), r.o. 238: “*De Commissie hoefde in het bestreden besluit niet uiteen te zetten waarom zij de Japanse leveranciers niet had vervolgd. De verplichting om een handeling te motiveren kan voor de instelling waarvan deze handeling uitgaat immers niet de verplichting omvatten om uit te leggen waarom zij geen soortgelijke handelingen heeft gesteld ten opzichte van derde partijen.*”

¹⁰⁴ Zie HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/12 (*Expedia*), r.o. 37

¹⁰⁵ Memorie van Toelichting Mededingingswet, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 14



Besluit Openbaar

op de mededinging zouden kunnen sorteren. In dat kader moet de bewering van sommige handelaren dat de relevante markt ruimer zou zijn dan de verkoopmarkt van panden op executieveilingen, zoals in het L-Rapport gesuggereerd,¹⁰⁶ worden verworpen en wel vanwege de volgende redenen.

145. Het aanbieden van panden op executieveilingen onderscheidt zich qua karakteristieken (zie bijvoorbeeld paragraaf 2.1) sterk van de ruimere markt van verkoop van panden. De (ver)koopmodaliteiten en -momenten voor woningen zijn verschillend. Zoals ook het L-Rapport in voetnoot 12 stelt, heeft een handelaar actief op executieveilingen meer kosten dan een gewone particulier en is er een grotere onzekerheid ten aanzien van de waarde van panden op executieveilingen. Dit komt ook tot uitdrukking in het feit dat de prijzen van een pand op een executieveiling aanzienlijk afwijken van een pand op de markt voor particulieren. Ook de Adviescommissie acht om deze redenen aannemelijk dat de markt voor panden die op een executieveiling worden verkocht, moet worden aangemerkt als relevante markt.¹⁰⁷
146. De stelling van Lexonomics dat het verschil tussen de prijzen van huizen verkocht op executieveilingen en huizen verkocht op de markt voor particulieren redelijk stabiel is maakt dit niet anders. Een relatie tussen deze twee prijzen wil nog niet zeggen dat er sprake is van een relevante markt. Om de relatie tussen de 'normale' woningmarkt en de prijzen die tot stand komen op executieveilingen goed te begrijpen is het nuttig te kijken naar het business model van de handelaren. Handelaren kopen huizen in o.a. op executieveilingen om die, na eventuele aanpassingen,¹⁰⁸ vervolgens te verkopen op de 'normale' woningmarkt. Het is logisch dat de prijzen op de input markt, de executieveiling (zeker als de inkoopkosten een groot deel uitmaken van de uiteindelijke verkoopprijs) een relatie hebben met de prijzen op de verkoopmarkt, de 'normale' woningmarkt. Lexonomics beweert dat de verticale relatie niet moet worden meegenomen in de marktafbakening. Alleen de horizontale relatie zou er toe doen. In het onderhavige geval is er sprake van een verticale relatie.
147. Dat er sprake is van een verticale relatie wordt aangetoond door het feit dat beide (aparte) markten anders reageren op een algemene schok in de vraag (de crisis op de huizenmarkt). De "normale" woningmarkt reageert minder sterk op deze crisis dan de

¹⁰⁶ Zie ook beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 30.

¹⁰⁷ Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, punt 113.

¹⁰⁸ De handelaren passen het huis aan, verbouwen het etc. Daarnaast zorgt een handelaar er voor dat een huis te bezichtigen is voor potentiële kopers. Bij executieveilingen werkt de huiseigenaar vaak niet mee met het verkoopproces waardoor het huis voor potentiële kopers niet te bezichtigen is.



Besluit Openbaar

markt voor woningen die verkocht worden op een executieveiling (het verschil tussen de prijzen op beide markten wordt groter).

148. Indien de stelling van Lexonomics dat de “normale woningmarkt samen genomen moet worden met woningen verkocht op executieveilingen” gevolgd wordt, dan wordt eigenlijk een inkoopmarkt en een verkoopmarkt samengenomen en als één markt gedefinieerd. Dit zou tot gevolg hebben dat heel veel in- en verkoopmarkten samengenomen moeten worden (groothandel en retail van benzine, de meeste groothandelsmarkten en de markt voor kerosine en vliegtickets) en daar kan naar het oordeel van ACM geen sprake van zijn.
149. Handelaren willen de huizen relatief snel doorverkopen, omdat zij dan geen overdrachtsbelasting hoeven te betalen. De kans dat een snelle doorverkoop slaagt wordt immers kleiner naarmate en pand relatief duur is ingekocht. Hierdoor willen ze een lagere prijs betalen voor de panden die aangeboden worden op de executieveilingen. “Normale” kopers kopen een huis om in te wonen. De onzekerheid over snel doorverkopen is voor deze groep dus niet van belang (en heeft dus ook geen effect op de prijs). Dit is wederom een indicatie dat er sprake is van twee aparte markten. Verschillen in vraagcondities leiden tot andere prijsontwikkelingen. Ook verschillende handelaren erkennen dat de vraagzijde van de verkoopmarkt van panden op executieveilingen (i.e. de handelaren) geen althans nauwelijks substitutie (bijvoorbeeld particulieren) kent.¹⁰⁹
150. Hiernaast is er ook geen sprake van aanbodssubstitutie door de bank die alsnog onderhands gaat verkopen dan wel mee gaat bieden. Onderhandse verkopen zijn voor de banken slechts een alternatief vóór de executieveiling. Als onderhands verkopen niet lukt, dan vindt een executieveiling plaats. Onderhandse verkoop is dan geen echt alternatief meer. Bij onderhandse verkoop zal de huiseigenaar ook meewerken en is er dus een andere situatie dan bij panden die verkocht worden op een executieveiling (deze verkoopvorm is niet openbaar, maar er wordt een gesloten bod dat niet kenbaar voor anderen is gedaan). Panden waarvoor geldt dat ze teruggetrokken worden omdat aan de betalingsverplichting is voldaan, behoren niet meer tot de relevante markt; ze worden immers niet meer verkocht.
151. De bank heeft ook geen substitutiemogelijkheden wat betreft het verkoopkanaal van een object. Lexonomics noemt in dit kader een “normale” woningmarkt verkoop door middel van een volmacht van de huiseigenaar.¹¹⁰ Indien dit een alternatief is, dan zal de bank

¹⁰⁹ Zie Bijlage 1 bij het bezwaarschrift, pt. 227.

¹¹⁰ Derde Lexonomics stuk 7237/906.



Besluit Openbaar

43/94

(en de huiseigenaar) dit verkoopkanaal al hebben geprobeerd voordat wordt overgegaan tot een executieveiling. Indien de verkoop via dit kanaal goed verloopt, dan zal er geen executieveiling plaatsvinden. Het pand vormt dan ook geen onderdeel meer van de markt van executieveilingverkopen. Indien de verkoop met volmacht (in de toegekende tijd) niet lukt (het pand is niet courant genoeg of de huiseigenaar werkt niet mee) dan pas zal de bank overgaan tot een executieveiling. Het is dan niet reëel te veronderstellen dat de bank na de inzetfase (waarbij er nog een kans is dat in de afmijnfase een hogere prijs zal worden gerealiseerd) zal besluiten het pand terug te nemen en alsnog het eerder niet succesvolle verkoopkanaal nogmaals zal proberen.¹¹¹ De bank heeft als uiterste mogelijkheid gekozen voor een executieveiling en zal het eventuele verlies nemen. Dit betekent dat een bank geen reëel alternatief meer heeft voor een object dat verkocht wordt via een executieveiling: vraagsubstitutie is niet aanwezig.

152. Eventuele toetreding van alternatieve handelaren ligt ook niet voor de hand. (pagina 26 KWVS). En mochten ze toetreden dan hebben deze toetreders een prikkel om ook toe te treden tot het kartel. In de tijd van de overtreding is het ook duidelijk als iemand toetrad tot de markt, aangezien men alleen kan bieden als men bij de veiling aanwezig is (potentiële toetreding is dus niet relevant). Het kartel kon vervolgens reageren op de toetreding en deed dit ook. Er is ook bewijs dat handelaren uit het kartel andere handelaren probeerden in te lijven in het kartel (zie paragraaf 2.2.3 van de bestreden besluiten). De druk van (potentiële) toetreders is dan ook zeer beperkt en als die al bestaat dan wordt deze druk door acties van de karteldeelnemers minder effectief gemaakt.
153. Aan de door Lexonomics toegepaste hypothetische monopolisttest kleeft een significant gebrek, omdat Lexonomics geen rekening houdt met het 'cellophane fallacy' fenomeen. Bij de hypothetische monopolisttest moet worden uitgegaan van de prijs in een situatie met concurrentie. In het onderhavige geval is er sprake van een kartel en de huidige prijs is derhalve geen goed vertrekpunt meer voor de analyse. Stel dat de karteldeelnemers een 15% lagere executieprijs hebben gerealiseerd, en dat een 1% extra lagere executieprijs niet meer winstgevend is. Het is dan onjuist – zoals Lexonomics doet – om te concluderen dat de markt ruimer is. Het kartel heeft immers al een prijsverhoging doorgevoerd van 15% en dus is hiermee al aangetoond dat er sprake is van een relevante markt. Uit de analyse van de veilingen komt naar voren dat de executieveilingprijs gemiddeld genomen zo'n 10% lager ligt dan de waarde die betaald is op de naveiling.

¹¹¹ Zie ook Lexonomics stuk 2, punten 52-53. Dossierstuk 7237/906.



Besluit Openbaar

154. Dientengevolge moet de stelling van Handelaar dat er sprake is van een ruime marktdefinitie worden verworpen.
155. Ook indien men naar het totaal aantal besmette executieveilingen kijkt, kan geconstateerd worden dat ongeveer 19% van alle executieveilingen in de periode van 2000-2009 besmet waren en er ook in dat opzicht geen sprake is van het slechts kunnen sorteren van een verwaarloosbaar effect op de mededinging.
156. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de gedragingen terecht in de bestreden besluiten als een merkbare strekkingsbeperking zijn gekwalificeerd.
157. ACM voegt daar nog het volgende aan toe. De toets aan het merkbaarheidsvereiste betekent niet dat een onderzoek moet plaatsvinden naar de concrete gevolgen van de afspraak. Omgekeerd geldt dat indien sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen de merkbaarheid van de betreffende afspraak een gegeven is. In die zin is relevant dat ACM in het dossier vele gevallen heeft aangetroffen waarin de woning na de executieveiling op een naveiling voor een hoger bedrag is (door)verkocht. Naar het oordeel van ACM staat onder die omstandigheden vast dat daadwerkelijk negatieve gevolgen zijn opgetreden voor de mededinging als gevolg van de afspraak.

44/94

3.5.2 Beoordeling van de bezwaren van handelaren

158. Dat ACM in een zaak als deze, waarin handelaren bij herhaling executieveilingen manipuleren, tot een nauwkeurige afbakening van de relevante markt zou moeten komen, zoals betoogd door sommige betrokken handelaren,¹¹² miskent de evidente schadelijkheid van de gedragingen in het concurrentieproces op executieveilingen. Dat de markt overigens ruimer zou zijn dan die van panden die op executieveilingen worden aangeboden, en één algehele markt omvat voor de verkoop van woningen, volgt ACM niet, nu het aanbieden van panden op executieveilingen zich qua karakteristieken (zie bijvoorbeeld paragraaf 2.1) sterk onderscheidt van andere (ver)koopmodaliteiten en -momenten voor woningen. Ook de Adviescommissie acht aannemelijk dat de markt voor panden die op een executieveiling worden verkocht, moet worden aangemerkt als relevante markt.¹¹³
159. Dat een veiling een open karakter heeft en in voorkomende gevallen, zoals verschillende handelaren stellen, bezocht wordt door meer dan honderd bidders, is naar het oordeel

¹¹² Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 344 e.v.

¹¹³ Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, punt 113.



Besluit Openbaar

van ACM niet doorslaggevend. Zoals hiervoor aangegeven is het verband van handelaren bij ten minste 2300 woningen gelukt om executieveilingen te vervalsen, waarvan bij ongeveer een kwart tot een naveling na afmijnen dan wel na slaglopen heeft plaatsgevonden. Reeds op basis van dit gegeven moet de stelling worden verworpen dat het verband van handelaren een zwakke positie inneemt bij executieveilingen.

De incidentele keren dat een outsider de groep handelaren overbiedt, hebben geen gevolgen voor de merkbaarheid van de afspraak als zodanig. Dit geldt, anders dan door handelaren betoogd, ook voor de incidentele situatie dat een bank niet tot gunning overgaat.¹¹⁴ Banken leggen immers slechts een bodem voor de prijs; zij verzekeren niet de markt-conformiteit daarvan.¹¹⁵ Op de bank rust ook geen zorgplicht om de marktconformiteit van een pand bij een executieveiling te waarborgen, zoals door verschillende handelaren is betoogd.¹¹⁶ En voorts, de merkbaarheid van een kartelafpraak wordt niet beïnvloed door de opstelling van derden.

160. De Adviescommissie is van oordeel dat ACM het argument van handelaren moet bespreken dat geen sprake is van overtreding van artikel 6 Mw, op de grond dat de gedragingen vallen onder de bagatelvrijstelling van artikel 7 Mw.¹¹⁷
161. Met betrekking tot bagatelvrijstelling verwijst ACM in eerste instantie naar de recente uitspraak van het CBB in de *Boomkwekerijen* zaak, waarin het CBB oordeelde dat het *lex mitior* beginsel geen toepassing vindt op het gewijzigde artikel 7, tweede lid Mw.¹¹⁸

¹¹⁴ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 338; dossierstuk 6538_1/1370, pt. 271.

¹¹⁵ Dit blijkt bijvoorbeeld uit de volgende verklaringen:

- "Als een pand bijvoorbeeld 130.000 waard is en er zit nog een hypotheek op van 100.000 op, dan stopt de bank ongeveer bij 100.000. Ze stoppen als ze hun geld hebben" (dossierstuk 6538_13/24, verklaring [vertrouwelijk], p. 2);
- "Stilzwijgend is men het erover eens dat nadat de bank tijdens het opbieden is weggevallen, niet verder tegen elkaar wordt opgeboden. Immers hierdoor zou de inzetprijs te hoog kunnen oplopen om nog iets te kunnen verdienen." (Verklaring clementieverzoeker (dossierstuk 6538_1/398), p. 2; randnummer 77 van het besluit).

¹¹⁶ Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de enige beperking die op een bank ten aanzien van een executoriale verkoop rust is dat deze verkoop geen misbruik van recht mag opleveren (art. 3:13 BW). Nog los van het feit dat het misbruik van recht in deze context slechts ziet op de beslissing om tot openbare verkoop over te gaan, en niet op het actief meehelpen aan een zo hoog mogelijke opbrengst, is van misbruik van recht slechts in uitzonderlijke gevallen sprake. Zie Groene Serie Vermogensrecht, 16.3 Formaliteiten in acht te nemen voor de verkoop in het openbaar bij: Burgerlijk Wetboek 3, Artikel 268. Alhoewel in de lagere rechtspraak recentelijk is geaccepteerd dat in economisch slechte tijden een hypotheeknemer gehouden is om minder vergaande manieren dan openbare verkoop te zoeken, is dit een argument dat ten tijde van de overtreding veel minder opgeld deed.

¹¹⁷ Advies 2, punt 30.

¹¹⁸ Zie uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 10 april 2014, punt 4.6.3.,

ECLI:NL:CBB:2014:118



**Besluit
Openbaar**

46/94

162. Voor de onderhavige procedure heeft dit tot gevolg dat de 10% drempel van artikel 7, tweede lid Mw (nieuw) geen toepassing vindt op de gedragingen, omdat zij voor 3 december 2011 en daarmee voor de wijziging van artikel 7, tweede lid Mw zijn geëindigd. De voor de onderhavige zaak relevante versie van artikel 7, tweede lid Mw (oud) bepaalt dat aan twee cumulatieve voorwaarden moet zijn voldaan, wil een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging het verbod van art. 6, eerste lid Mw ontsnappen. Deze voorwaarden houden in dat het gezamenlijk marktaandeel van partijen op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van invloed is, groter is dan 5% en dat de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar niet hoger is dan € 40.000.000,--.
163. Deze bepaling mist hier echter toepassing. Bij een groot aantal executieveilingen zat de zaak “dicht” en konden betrokken handelaren het pand voor een lage prijs inkopen. In elk van die gevallen was het marktaandeel van de betrokken handelaren kennelijk voldoende om het biedproces in de afmijnfase te verstoren; in elk van die gevallen moet het marktaandeel van de betrokken handelaren meer dan 5% hebben bedragen. Bovendien wijst ACM erop dat zij in ieder geval in de jaren 2003 tot en met 2007 bewijs heeft voor afstemming door handelaren bij meer dan 5% van alle op executieveilingen verhandelde panden in Nederland (zie paragraaf 2.2.3 Besluit in primo). Dit is een sterke indicatie dat het aandeel van het verband van handelaren niet alleen op een individuele veiling als markt, maar ook meer in het algemeen boven de 5% lag. Een beroep op artikel 7 lid 2 Mw is daarom ook niet mogelijk. ACM voegt hier nog aan toe dat de bagatelvoorziening beoogt mededingingsafspraken vrij te stellen die vanuit een oogpunt van het Nederlands mededingingsbeleid van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. Dat dit bij deze afspraak niet het geval is, valt al af te lezen uit de omvang en de effecten van de afspraak. ACM komt derhalve tot de conclusie dat het betoog omtrent de toepasselijkheid van de bagatelvrijstelling dient te worden verworpen.

3.6 Artikel 6, derde lid, Mw

164. Het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw is niet absoluut. In artikel 6, derde lid, Mw, is een uitzondering opgenomen. Door verschillende handelaren is de suggestie gedaan dat de afspraak van de groep handelaren beantwoordt aan de voorwaarden die artikel 6, derde lid, Mw stelt.¹¹⁹ ACM heeft in paragraaf 3.3.2 vastgesteld dat de afspraak een

¹¹⁹ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 309-310.



Besluit Openbaar

enkele inbreuk betreft, die gekenmerkt wordt door het gezamenlijke doel van de groep handelaren om de prijs op de executieveilingen zo laag te mogelijk houden.

165. ACM stelt allereerst vast dat deze afspraak niet is vrijgesteld op grond van de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009.¹²⁰ Deze beleidsregels hebben specifiek betrekking op een gezamenlijke inschrijving bij een aanbesteding. In deze zaak is geen sprake van aanbestedingen, terwijl voor een ruime uitleg van de beleidsregels, waarbij een executieveiling wel als aanbesteding zou gelden, geen ruimte is. Dat een bepaalde afspraak niet onder de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009 valt, neemt echter niet weg dat afspraken waarvan de beleidsregels niet uitdrukkelijk vermelden dat deze zijn toegestaan toch onder de uitzondering van artikel 6, derde lid, Mw kunnen vallen.
166. Op grond van artikel 6, vierde lid, Mw dient een onderneming die zich op artikel 6, derde lid, Mw beroept, te bewijzen dat aan alle vier de voorwaarden van dat lid is voldaan. Toegespitst op deze zaak, stelt ACM vast dat aan de volgende voorwaarden moet zijn voldaan:
- er moet sprake zijn van objectieve (efficiëntie) voordelen van de afspraak die opwegen tegen de nadelen wegens de van die afspraak te verwachten gevolgen voor de mededinging;¹²¹
 - een billijk aandeel van deze voordelen moet aan de particulier, wiens woning wordt verkocht, de bank en/of het WEW ten goede komen;
 - de mededingingsbeperking moet noodzakelijk zijn om de voordelen te kunnen bereiken;
 - er moet voldoende restconcurrentie overblijven.
167. Naar het oordeel van ACM hebben handelaren niet aannemelijk gemaakt dat hun gedragingen het functioneren van de markt voor executieveilingen zouden hebben verbeterd, laat staan op een zodanige wijze dat de consument daar ook de voordelen van heeft geplukt. Evenmin hebben de handelaren aangetoond dat de panden, omdat zij gezamenlijk boden, tegen hogere prijzen zijn aangekocht en doorverkocht, zulks mede ten voordele van de banken en de oorspronkelijke huiseigenaren. Wel is uit de feiten duidelijk geworden dat de handelaren zelf een subjectief voordeel hebben genoten van het werken in groepen tijdens de afmijnfase en de daaruit voortvloeiende naveilingen.

¹²⁰ *Stcrt.* 2009, nr. 14082. Dit geldt ook voor het tot 1 januari 2009 geldende Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, *Stb.* 1997, nr. 592, p.1 en *Stb.* 2007, nr. 417, p. 1.

¹²¹ Zie Gerecht 27 september 2006, zaak T-168/01 (*GlaxoSmithKline*), punt 247 zoals bevestigd in HvJ 6 oktober 2009, zaak C-501/06 (*GlaxoSmithKline*), punt 92.



Besluit Openbaar

Met hetgeen handelaren hebben aangevoerd is dan ook niet voldaan aan de bewijslast die krachtens artikel 6, vierde lid, Mw rust op degene die zich op de uitzonderingsbepaling van artikel 6, derde lid, Mw heeft willen beroepen.¹²²

3.7 Individuele betrokkenheid

168. Verschillende handelaren hebben aangevoerd dat het gebruikte bewijs ondeugdelijk is en dat ACM niet heeft mogen uitgaan van de juistheid van de inzetlijsten. Handelaren betwisten de bewijswaarde van de door ACM gebruikte bewijsmiddelen ten aanzien van hun individuele betrokkenheid. Zij voeren aan dat veilingen ten onrechte als besmet zijn aangemerkt indien er slechts één inzetlijst is en indien gemotiveerd wordt gesteld dat geen betaling is ontvangen. Ten slotte zou de aannahme van ACM dat “vals spel” slechts incidenteel zou voorkomen onjuist zijn.
169. In de bestreden besluiten heeft ACM vastgesteld dat Handelaar heeft deelgenomen aan het systeem. In het onderstaande volgt een korte toelichting op de daartoe gehanteerde bewijsmaatstaf die ook op dezelfde wijze bij alle handelaren is toegepast. Alvorens op de individuele betrokkenheid in te gaan, merkt ACM het volgende op ten aanzien van het bewijs en de waardering daarvan.

Bewijsmaatstaf

170. Voor elke inzet of naveiling waarvoor een boete is opgelegd, is ACM aan de hand van het bewijsmateriaal nagegaan of betrokkenheid van een individuele handelaar kan worden vastgesteld. Het enkel vermeld staan op een inzetlijst is – zoals de Adviescommissie in Advies 2 ten onrechte lijkt aan te nemen – voor ACM niet voldoende om (tevens) betrokkenheid bij een naveiling aan te nemen. Alleen indien voor een betreffende handelaar betrokkenheid bij een naveiling uit een bewijsstuk blijkt (omdat in dit bewijsstuk informatie over een naveiling staat), is die handelaar voor die concrete naveiling beboet.
171. Om betrokkenheid bij een individuele fase van een veiling aan te tonen is overigens niet vereist dat dit uit verschillende bewijsmiddelen dient te blijken. Het Gerecht heeft in het *Villeroy & Boch*-arrest bepaald dat “geen enkel beginsel van het Unierecht zich ertegen [verzet] dat de Commissie haar conclusie betreffende het bestaan van een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU baseert op één enkel stuk, mits de bewijskracht van dat stuk buiten kijf staat en dat stuk als zodanig het bestaan van de inbreuk met zekerheid

48/94

¹²² Aldus ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 117.



Besluit Openbaar

*aantoon*¹²³. ACM leidt hieruit af dat ook de betrokkenheid van een individuele handelaar bij een specifieke veiling kan worden vastgesteld op één enkel bewijsstuk.

172. De betrokkenheid van een individuele handelaar aan een of meerdere fases van een besmette veiling kan derhalve blijken uit één bewijsmiddel of verschillende bewijsmiddelen: vermelding op veilinginformatie, vermelding op een inzetlijst, vermelding in de administratie (zoals bijvoorbeeld de excel-lijsten van de heer [vertrouwelijk], correspondentie omtrent het verloop van veilingen tussen handelaren of correspondentie omtrent de financiële afwikkeling van veilingen. Daarbij zij opgemerkt dat alle gebruikte bewijsmiddelen contemporaine stukken zijn (alle opgesteld ten tijde van de overtreding).

Betrouwbaarheid bewijs

173. ACM heeft zich – bij het vaststellen van individuele deelname bij (fasen van) een concrete veiling – zoals gezegd uitsluitend gebaseerd op contemporair bewijs. De bewijsstukken geven een getrouw beeld van het verloop van de veilingen en de betrokkenheid van de individuele handelaar daarbij – er is geen afbreuk gedaan aan de betrouwbaarheid van de inzetlijsten.
174. Voor wat betreft de interne administratie geldt het volgende. Op het moment dat de betreffende handelaren hun administratie opstelden, konden zij niet weten dat betrokkenheid van henzelf en andere betrokken handelaren (ook) op basis van die administratie zou worden vastgesteld. Zij hadden dus geen prikkel om verkeerde informatie te vermelden omdat deze informatie louter voor henzelf was bestemd.
175. ACM overweegt hiernaast in dit kader dat de deelnemers aan de gedragingen vaak geen onbekenden van elkaar waren.
176. ACM neemt daarbij ten eerste in aanmerking dat er sprake is van een controlebaarheid: zoals hiervoor is toegelicht wordt het verloop (en/of uitkomst) van de veiling doorgaans op verschillende wijzen (en: door meerdere handelaren) vastgelegd. Hierdoor wordt de kans verkleind dat handelaren namen van niet-aanwezige handelaren aankruisen om zo zelf meer geld op te kunnen strijken.¹²⁴ Naarmate de financiële belangen groter werden (zoals bij naveilingen waarmee honderden euro's per persoon gemoeid zijn), werd het voor de deelnemende handelaar belangrijker zijn deel van de

¹²³ Arrest Gerecht van 16 september 2013, gevoegde zaken T-373/10, T-374/10, T-382/10 en T-402/10 (*Villeroy & Boch e.a./Commissie*), punt 257.

¹²⁴ Met name de heren [vertrouwelijk] hielden in hun administratie per besmette veiling bij welk verloop zij kende, welke bedragen met de betreffende veiling gemoeid waren en hoeveel personen recht hadden op geld.



Besluit Openbaar

kartelwinst veilig te stellen. ACM acht het meer dan waarschijnlijk dat de controle door de deelnemers aan de naveiling stringenter werd.

177. Ten tweede vond er controle door de “administrateur” plaats. Deze legde het verloop van de veiling vast in een Excel-lijst en had ook geen reden om op die lijst meer namen op te nemen, zodat hij extra porties kon opstrijken. De geldstromen liepen veelal via één administrateur, overige handelaren hadden geen incentive om extra delen aan hem te laten toekomen en zullen kunnen nagaan of het ploggeld of het uitzetbedrag wordt uitgekeerd op basis van het aantal aanwezige handelaren. Dit bemoeilijkt het zogenaamde “vals spel”, hoewel niet valt uit te sluiten dat vals spel een enkele keer is voorgekomen. De hiervoor beschreven mogelijkheden om de porties te controleren, maakt dat het vals spel niet meer dan incidenteel zou kunnen voorkomen.
178. De lijsten zoals deze zich in het dossier bevinden acht ACM betrouwbaar: de administrateur verwerkt het veilingverloop zoals deze uit de voorgedrukte lijsten of de handgeschreven informatie blijkt en noteert op lijsten dat in een enkel geval niet wordt uitbetaald, de lijsten vormen derhalve een weergave van de betrokkenheid van individuele handelaren. De administrateur heeft geen reden om (alleen voor zichzelf) extra kruisjes te zetten.
179. Voor zover er informatie uit meerdere bronnen beschikbaar is, stelt ACM vast dat de schriftelijke bewijsmiddelen onderling een grote mate van consistentie vertonen, zowel wat betreft het aantal handelaren betrokken in de inzet- en naveilfase, als in de met die betreffende veiling gemoeide inzet- en naveilbedragen.
180. In geval het dossier uitsluitend bewijs bevat van betaling van/aan een individuele handelaar (in de vorm van bankafschrift of ander document) acht ACM dat voldoende om de betrokkenheid van die betreffende handelaar vast te stellen. Ook indien de betrokkenheid van een handelaar wordt vastgesteld op basis van (enkel) een inzet- en/of uitzetlijst acht ACM dat voldoende. Daarbij heeft ACM zich ervan vergewist of de bewijskracht van dat stuk buiten kijf staat en of dat stuk als zodanig de betrokkenheid van de betrokkenheid met zekerheid aantoont (overeenkomstig de eisen uit de zaak *Villeroy & Boch*).
181. Gelet op het voorgaande, heeft ACM geen aanleiding te veronderstellen dat in geval de bewijsmiddelen niet door een ander stuk worden bevestigd, deze bewijsmiddelen enkel om die reden niet betrouwbaar zijn..



Besluit Openbaar

182. Gezien de grote mate van consistentie versterken en ondersteunen alle bewijsmiddelen elkaar en dragen bij aan de betrouwbaarheid daarvan. Dit geldt ook in geval er slechts één inzetlijst dan wel administratielijst voorhanden is, op basis waarvan individuele betrokkenheid is vastgesteld. Op basis van het voorgaande– en na nadere bestudering van het bewijsmateriaal - heeft ACM evenmin aanleiding om te veronderstellen dat het ‘vals spel’ meer dan incidenteel voorkwam, zodat ook deze bezwaargrond niet gevolgd kan worden.

Geen betaling ontvangen

183. De Adviescommissie overweegt ten aanzien van het ontbreken van bewijs van girale betaling dat een pand ten aanzien van een individuele handelaar niet als besmet kan worden aangemerkt, indien ACM niet kan bewijzen of er op andere wijze is betaald dan wel hoe het bedrag is verrekend.

184. Voor zover Handelaar stelt dat een pand ten onrechte als besmet is aangemerkt, (enkel) omdat er geen betaling is ontvangen, volgt ACM deze stelling niet.

185. Uit de verklaringen van de handelaren en de bewijsmiddelen blijkt dat ploggeld niet alleen giraal werd overgemaakt maar ook contant tijdens de veilingen werd uitbetaald.¹²⁵ Ook was het niet ongebruikelijk om, al dan niet contant, bedragen te verrekenen.¹²⁶ Ten slotte werd ook door een handelaar verklaard dat handelaren niet altijd het ploggeld aan de andere deelnemers van de inzetlijst uitbetaalden¹²⁷ en heeft ACM geconstateerd dat het niet uitbetalen als strafmechanisme fungeerde om handelaren aan de werkwijze van het kartel te conformeren.¹²⁸ ACM leidt hieruit af dat er meerdere oorzaken kunnen zijn waarom een handelaar giraal geen ploggeld zou hebben ontvangen (ondanks het feit dat hij op een inzetlijst vermeld staat of dat hij niet de kartelwinst uit een naveiling heeft ontvangen alhoewel hij op een naveilinglijst staat). Uit de hierboven genoemde oorzaken volgt echter geenszins dat de betrokken handelaar niet bij de besmette veiling betrokken was.

¹²⁵ Zie bijvoorbeeld document 5280, p. 129 en document 5414, p. 22, document 5389, p. 109 en document 5280, p. 119

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld document 5414, p. 22 en document 5389, p. 109

¹²⁷ Verklaring van de heer [vertrouwelijk] (7268/226, p. 9). In diezelfde zin verklaart de heer [vertrouwelijk] tijdens de hoorzitting (7268/299, p. 3): “Op een gegeven moment ben ik ermee gestopt, want het werd nog wel eens een beetje vervelend ook. Dan werd er geen plok uitbetaald, of ... Ik had er op een gegeven moment helemaal geen zin meer in.” De heer [vertrouwelijk] heeft ook tijdens de hoorzitting bevestigd dat de ploggelden soms niet werden uitbetaald (7268/220, p. 2)

¹²⁸ Zie de voorbeelden genoemd in voetnoot 30 van dit besluit.



Besluit Openbaar

52/94

186. Voor zover Handelaar stelt dat het door ACM gebruikte bewijs ondeugdelijk is omdat hij beweerdelijk geen betaling zouden hebben ontvangen, kan dat standpunt niet worden gevolgd. De betrokkenheid van een handelaar bij individuele panden staat of valt niet bij bewijs voor betaling (giraal, cash, verrekening of anderszins).
187. De betrokkenheid wordt, zoals hierboven is toegelicht, in de eerste plaats afgeleid uit de voorhanden bewijsmiddelen waar het verloop van een besmette veiling uit blijkt (inzet- en uitkooplijsten en andere documenten waaruit directe betrokkenheid bij de gedragingen blijkt). Indien er bewijs is voor betaling (of verrekening of aanwijzing dat handelaar opzettelijk niet is uitbetaald) kan dit naar het oordeel van ACM dienen als bewijs voor betrokkenheid, maar het is voor die vaststelling van betrokkenheid niet noodzakelijk dat er bewijs voorhanden is dat een betaling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden..

Geen bedrag genoemd, geen kruisje, naam doorgehaald

188. Ingeval er op de inzetlijsten bij de naam van een individuele handelaar geen bedrag wordt genoemd, geen kruisje is geplaatst, of indien zijn naam is doorgehaald acht de Adviescommissie het niet onaannemelijk dat betreffende handelaar niet betrokken is.¹²⁹
189. ACM zal op dit punt ingaan bij de betrokkenheid van een individuele handelaar indien deze situatie zich bij een specifiek besmette veiling voordoet. ACM merkt op dat er verschillende redenen kunnen zijn dat de naam van een handelaar is doorgestreept of dat er geen bedrag bij de naam van de handelaar staat. Doorstrepen kan er op duiden dat de doorgestreepte handelaar reeds betaald is. ACM is wel van mening dat een doorstreping dan wel geen kruis bij een naam van een handelaar ertoe noopt om na te gaan of uit datzelfde document dan wel anderen bewijsstukken de deelname van die handelaar blijkt (bijvoorbeeld door de vermelding van het totale aantal deelnemers aan die besmette veiling).

3.8 Conclusie

190. ACM stelt vast dat Handelaar betrokken is bij de afspraak en zodoende wordt aangemerkt als “betrokken handelaar”.

¹²⁹Zie Advies 2, punt 58.



Besluit Openbaar

4 Beoordeling overige bezwaren van de betrokken handelaren

191. De in deze procedure betrokken handelaren hebben hun bezwaren naar voren gebracht met betrekking tot de procedure die aan het mededingingsrechtelijke verwijt ten grondslag ligt. Het standpunt van handelaren over de overtreding is hiervoor in hoofdstuk 3 behandeld. In het navolgende gaat ACM in op de standpunten van de betrokken handelaren over de procedure.

4.1 Verjaring

192. Verschillende handelaren voeren, met een beroep op art. 64 (oud) Mw en onder verwijzing naar de uitspraak in zaak *Van der Linden Groen*¹³⁰, hiernaast aan dat een deel van de betrokken omzet verjaard zou zijn.¹³¹

193. ACM merkt hieromtrent het volgende op. De situatie die in de zaak *Van der Linden Groen* aan de orde was, te weten dat ACM na 1 oktober 2007 geen stuitingshandeling heeft verricht en de overtreding derhalve verjaard was, doet zich hier niet voor.

194. De onderzoekshandeling die volgens artikel 64 Mw de verjaring stuit, omvat iedere handeling die wordt verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan.¹³² Wanneer een onderzoekshandeling is uitgevoerd, gaat op de voet van artikel 64, derde lid, Mw (oud) stuiting in op de dag waarop tenminste één van de betrokken ondernemingen schriftelijk op de hoogte wordt gesteld van de onderzoekshandeling.¹³³ De eerste onderzoekshandeling waarvan een betrokken onderneming op de hoogte werd gesteld, vond plaats op 13 oktober 2009, de datum van de bedrijfsbezoeken. ACM was daarom bevoegd om ondernemingen te beboeten voor hun betrokkenheid bij inbreuken die *eindigden* na 13 oktober 2004.

¹³⁰ Rechtbank Rotterdam, 20 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX7991. "4.4. Met de invoering per 1 oktober 2007 van de leden 2 tot en met 5 van artikel 64 van de Mw, is per die datum de mogelijkheid geïntroduceerd om de vervaltermijn te stuiten. Er is sprake van onmiddellijke werking, maar er is aan deze bepalingen geen terugwerkende kracht verleend. Anders dan verweerder meent, betekent dit naar het oordeel van de rechtbank dat tot 1 oktober 2007 geen handelingen konden worden verricht die de verjaring konden stuiten. Een andersluidend oordeel zou in strijd komen met het beginsel van rechtszekerheid en het legaliteitsbeginsel."

¹³¹ Beroepschrift [vertrouwelijk] punt 33.

¹³² *Kamerstukken II*, 30071, nr. 3, p. 26.

¹³³ In aansluiting op art. 25, derde lid, Verordening 1/2003..



Besluit Openbaar

195. De Adviescommissie heeft in haar Advies 2 opgemerkt dat zij het onaannemelijk acht dat de handelaren uit de tweede en derde tranche deel hebben genomen bij de hiervoor omschreven één enkele inbreuk.¹³⁴
196. Zoals reeds in hoofdstuk 3.4 is overwogen, blijkt uit de bewijzen dat ook alle handelaren uit de tweede en derde tranche op de hoogte waren van de één enkele inbreuk en dat derhalve geen afzonderlijke verjaringstermijnen van de handelaren uit de tweede en derde tranche zijn gaan lopen.
197. Voor zover handelaren de gedeeltelijke verjaring van de betrokken omzet met een beroep de uitspraak van de rechtbank Rotterdam inzake *Darthuizer Boomkwekerijen*¹³⁵ aan de orde willen stellen merkt ACM het volgende op.
198. ACM verwerpt betogen met deze strekking onder verwijzing naar de uitspraak van het CBb in dezelfde zaak, waaruit blijkt dat het CBb de uitspraak van de rechtbank op dat punt heeft vernietigd.¹³⁶ Het CBb bepaalde in deze zaak dat bij één voortdurende inbreuk de verjaringstermijn als bedoeld in artikel 64 Mw een aanvang neemt “*op het moment dat de overtreding is beëindigd (zie TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, blz. 93). Deze specifieke regeling brengt mee dat hetgeen is geoordeeld in het arrest van de Hoge Raad van 7 november 2006 en in de uitspraak van het College van 12 juni 2007 hieraan niet afdoet. Het College overweegt voorts dat artikel 64 Mw, blijkens de tekst, uitsluitend ziet op de bevoegdheid van ACM om een boete op te leggen. Als die bevoegdheid niet is komen te vervallen wegens het verstrijken van de termijn van vijf jaar, dan valt niet in te zien dat dit artikel een rol behoort te spelen bij het bepalen van de boetegrondslag.*”
199. Van gedeeltelijke verjaring van (een deel van) de betrokken omzet is dus geen sprake.
200. ACM is van oordeel dat de betrokkenheid van de betrokken handelaren bij de één enkele overtreding niet is verjaard, tenzij handelaren vóór 2004 hun betrokkenheid bij het verband van handelaren hebben gestaakt.

54/94

¹³⁴ Zie Advies 2 (dossierstuk 7237-837), punt 69-74

¹³⁵ Rechtbank Rotterdam, 1 juli 2010, ECLI:NL:RBROT: 2010:BM9911.

¹³⁶ Zie uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 10 april 2014, punt 4.8.3., ECLI:NL:CBB:2014:118



**Besluit
Openbaar**

4.2 Verdeling in tranches

201. Diverse handelaren hebben bedenkingen geuit¹³⁷ tegen de keuze van ACM om de individuele rapporten en besluiten in drie zogenoemde tranches te doen uitgaan. Iedere tranche bestaat daarbij uit een afzonderlijke groep personen die als handelaren actief is op executieveilingen. Door aldus de overtredingen in deze sector niet in één keer, maar gefaseerd te beoordelen en de bezwaarfase niet op een moment voor alle betrokkenen te doen ingaan, zouden de handelaren die niet in de eerste tranche betrokken zijn, worden benadeeld. Zij kunnen immers niet meer reageren op de verweren die door handelaren in de latere tranche alsdan naar voren worden gebracht, terwijl die verweren wellicht evenzeer door de bezwaarmakers kunnen worden gevoerd.
202. Dit betoog treft geen doel. In navolging van de Adviescommissie¹³⁸ stelt (ook) ACM voorop dat hem als toezichthouder bij de handhaving en het toezicht op de naleving van de Mededingingswet op grond van het opportuniteitsbeginsel een aanzienlijke vrijheid toekomt. Het staat ACM vrij om, uit een oogpunt van opportuniteit en procesorde, niet in een ronde tegen alle personen die als handelaren zijn betrokken bij executieveilingen besluiten te nemen, maar deze in drie tranches in te delen. Het moment waarop vergelijkbare overtredingen worden beboet doet op geen enkele wijze af aan de geconstateerde overtreding in het onderhavige geval en bovendien heeft elke beboete handelaar de beschikking over het dossier dat aan de in dat specifieke geval aan de boete ten grondslag ligt. De handelaren hebben onvoldoende onderbouwd dat zij door deze werkwijze in hun verdedigingsbelangen zijn geschaad. ACM acht een dergelijke schending overigens ook niet aannemelijk.¹³⁹

4.3 Vooringenomenheid van ACM

203. Handelaar verwijst voor zijn eerste bezwaargrond naar zijn beroepschrift (eerste tranche) dat als bijlage 1 is gevoegd bij zijn bezwaarschrift, en met name naar zijn 'generieke verweren' zoals die in zijn beroepschrift zijn beschreven in de beroepsgronden één tot en met zes.

¹³⁷ Zie onder meer het bezwaarschrift van de heer [vertrouwelijk] (dossierstuk 6538_1/1368) en de opmerkingen van de heer [vertrouwelijk] ter hoorzitting (dossierstuk 6538_1/1259-1263).

¹³⁸ Zie Advies 2, dossierstuk 7237/837, punt 18.

¹³⁹ Zie ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 12-14.



Besluit Openbaar

204. Het eerste onderdeel van deze bezwaargrond betoogt dat formele gebreken in de weg staan aan de vervolging of beboeting door ACM. Allereerst zou volgens Handelaar sprake zijn van een vooringenomen houding van ACM, waarbij het met name gaat om bepaalde uitlatingen van de heer Don.¹⁴⁰ Voorts zou blijken van vooringenomenheid bij het aanhalen van verklaringen als bewijs,¹⁴¹ en bij de wijze waarop onderzoek is verricht.¹⁴²
205. Dit betoog treft geen doel.
206. Om te beginnen merkt ACM op dat het betoog van Handelaar tot staving van deze bezwaargrond, inhoudende dat ACM vooringenomen zou zijn geweest en geen rekening zou hebben gehouden met ontlastende verklaringen, in feite neerkomt op de vraag of de in het Besluit in primo vastgestelde feiten afdoende worden gestaafd door het door ACM aangevoerde bewijsmateriaal.¹⁴³ Zoals ACM heeft aangegeven in paragraaf 3.7, zijn de feitelijke elementen waar ACM in het Besluit in primo van is uitgegaan, rehtens genoegzaam bewezen. Ook heeft ACM acht geslagen op het vermeend ontlastende bewijsmateriaal. Handelaar kan derhalve niet met succes aanvoeren dat ACM bij de beoordeling van de diverse documenten partijdig is geweest of op basis van vermoedens zonder enige grondslag tot haar conclusies is gekomen.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 18-35.

¹⁴¹ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 37-64.

¹⁴² Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 65-83.

¹⁴³ Vgl. arrest Gerecht van 24 oktober 1991, T-3/89, (*Atochem/Commissie*), pt. 39 (“[...] de vraag of de Commissie zich op een algemeen vermoeden van schuld heeft gebaseerd, [kan] niet worden onderscheiden van de vraag of de door de Commissie in de beschikking vastgestelde feiten worden gestaafd door het door haar ingebrachte bewijsmateriaal. Deze vraag, die de grond van de zaak betreft en verband houdt met de vaststelling van de inbreuk, moet tezamen met de overige vragen in verband met de vaststelling van de inbreuk worden behandeld.”).

¹⁴⁴ Vgl. arrest Gerecht van 6 juli 2000, zaak T-62/98 (*Volkswagen*), pt. 270-271 (“270. Er zij op gewezen, dat verzoeksters betoog tot staving van dit onderdeel van het derde middel, inhoudende dat de Commissie partijdig zou zijn geweest en geen rekening zou hebben gehouden met sommige elementen à décharge, in feite neerkomt op de vraag of de in de beschikking vastgestelde feiten afdoende worden gestaafd door het door de instelling aangevoerde bewijsmateriaal (zie arrest Gerecht van 24 oktober 1991, *Atochem/Commissie*, T-3/89, punt 39). Wanneer aan het einde van de administratieve procedure wordt vastgesteld dat de feiten die een inbreuk vormen, zijn bewezen, kan hieraan niet worden afgedaan door de eventuele vaststelling dat de Commissie in de loop van deze procedure te vroeg heeft laten blijken dat zij van het bestaan van die inbreuk overtuigd was. 271. Welnu [...] de feitelijke elementen waar de Commissie in de bestreden beschikking van is uitgegaan, [zijn] voor het merendeel rehtens genoegzaam bewezen. Bijgevolg kan verzoekster niet met succes aanvoeren, dat de Commissie bij de beoordeling van de in beslag genomen documenten partijdig is geweest of tot haar conclusies is gekomen op basis van vermoedens zonder enige grondslag”); Arrest Gerecht van 13 januari 2004, *JCB Service*, zaak T-67/01, Jurispr. II-49, pt. 53 (“Bovendien zou de Commissie slechts kunnen worden verweten dat zij van een algemeen vermoeden van schuld van de betrokken onderneming is uitgegaan, indien haar feitelijke vaststellingen in de beschikking niet werden geschraagd door de bewijselementen die zij heeft aangevoerd”).



Besluit Openbaar

207. Ook afgezien hiervan faalt deze bezwaargrond.
208. Allereerst is er geen sprake van vooringenomenheid in strijd met artikel 2:4 Awb, waar het gaat om de uitlatingen van de heer Don.

Uitlatingen van de heer Don

209. Handelaar keert zich tegen bepaalde uitlatingen van de heer Don, die zouden getuigen van vooringenomenheid.¹⁴⁵
210. Los van de vraag of de uitlatingen van de heer Don blijken te geven van vooringenomenheid (quod non¹⁴⁶), voorop staat dat de heer Don niet heeft deelgenomen aan de besluitvorming met betrekking tot de oplegging van een boete aan Handelaar.
211. Volgens Handelaar vormt deze niet-deelname van de heer Don aan de besluitvorming in ACM slechts “*een louter cosmetische ingreep*” die niet betekent dat het boetebesluit zonder vooringenomenheid is genomen.¹⁴⁷
212. Dit standpunt is rechtens onjuist.
213. Niet-deelname van een bestuurder aan de besluitvorming betekent meer dan “*een louter cosmetische ingreep*”, zoals volgt uit de uitspraak van het CBb in de zaak-*Fortis/AFM*.¹⁴⁸
214. In die zaak was een bestuurder van AFM nauw betrokken geweest bij het onderzoek naar een overtreding van MeesPierson voorafgaand aan het primaire besluit, waarbij die onderneming een boete werd opgelegd.¹⁴⁹ Het CBb oordeelde in punt 4.6 van zijn uitspraak dat:

¹⁴⁵ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 19.

¹⁴⁶ Zie randnummer 276 van het Besluit in primo.

¹⁴⁷ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt 31.

¹⁴⁸ ECLI:NL:CBB:2006:AV2682.

¹⁴⁹ Zo had deze bestuurder in de onderzoeksfase deelgenomen aan een bespreking tussen AFM (preciezer: Stichting Toezicht Effectenverkeer ('STE'), de rechtsvoorganger van AFM) en MeesPierson waarbij hij veelvuldig vragen had gesteld met betrekking tot de feitelijke gang van zaken en bij herhaling een oordeel heeft kenbaar gemaakt omtrent de handelswijze van MeesPierson. Zie pt. 4.6 van de uitspraak. Blijkens een verslag van de bespreking merkte de betrokken bestuurder ('A') over gedragingen van MeesPierson ('MP') op: “*Hierdoor heeft MP zichzelf bevoordeeld boven haar cliënten*”, “*A zegt dat MP door deze handelswijze niet heeft gehandeld in het belang van haar cliënten*”, “*De intentie om toe te wijzen ontbrak bij MP*” en “*A verwoordt nogmaals het standpunt van de STE namelijk dat de STE van*



Besluit Openbaar

58/94

“(...) [de betrokken bestuurder] hierdoor in een situatie [is] geraakt waardoor tenminste de schijn is ontstaan dat hij in een later stadium niet met de vereiste objectiviteit en onbevooroordeeldheid over de vermeende overtreding kon besluiten. Door desalniettemin deel te nemen aan de besluitvorming in de raad van bestuur met betrekking tot het primaire besluit, is het besluit tot stand gekomen in strijd met de verplichting van artikel 48I Wte 1995.¹⁵⁰ 4.7 (...) Aangezien het primaire besluit tot stand is gekomen in een collegiaal bestuur moet er van worden uitgegaan dat de betrokkenheid van [de betrokken bestuurder] bij de besluitvorming van betekenis kan zijn geweest voor de overige bestuursleden zodat het niet naleven van de verplichting van artikel 48I Wte 1995 de besluitvorming als zodanig betreft en niet kan worden hersteld. (...)” [onderstreping ACM].

215. Kortom, de “desalniettemin” deelname van de betrokken bestuurder aan de besluitvorming was voor het CBb van wezenlijk belang om te komen tot zijn oordeel dat de besluitvorming gebrekkig was,¹⁵¹ of, anders gezegd, niet langer voldeed aan de vereiste objectiviteit en onbevooroordeeldheid. Anders dan Handelaar meent, vormt het niet-deelnemen aan de besluitvorming met betrekking tot het opleggen van een boete dus geen “*louter cosmetische ingreep*”. Zoals in paragraaf 4.3 van het Besluit in primo is aangegeven, wordt hierdoor elke schijn van vooringenomenheid vermeden.
216. In verband met de uitlatingen van de heer Don wijst Handelaar ook naar een uitspraak van het CBb van 30 augustus 2011.¹⁵² Volgens Handelaar volgt uit deze uitspraak dat indien de besluitvorming niet de schijn van vooringenomenheid vermijdt, dat ook gevolgen heeft voor de waardering van al het bewijsmateriaal, dat daardoor besmet is geraakt.¹⁵³

mening is dat MP stukken beschikbaar had voor toewijzing en derhalve dat MP stukken aan cliënten dient toe te wijzen” (zie pt. 2, zevende liggende streepje, van de uitspraak).

¹⁵⁰ Art 48I Wte 1995 bevat een zgn. functiescheidingseis die beoogt te waarborgen dat de beslissing met betrekking tot het – al dan niet – opleggen van een boete objectief en onbevooroordeeld dient plaats te vinden (zie pt. 4.2 en 4.3 van de uitspraak).

¹⁵¹ Zie ook pt. 4.5, waarin het CBb benadrukt dat de betrokken bestuurder (‘A’) aan de besluitvorming tot oplegging van een boete heeft deelgenomen: “*Het College staat derhalve voor de vraag of de betrokkenheid van A bij het onderzoek naar de vermeende overtredingen door appellante zodanig intensief is geweest dat STE – aan wier besluitvorming A als lid van de raad van bestuur in het onderhavige geval heeft geparticipeerd – niet objectief en onbevooroordeeld heeft besloten. Niet is bestreden, en derhalve moet als vaststaand worden aangenomen dat A als bestuurslid heeft deelgenomen aan de bestuursvergadering van 21 augustus 2001, waarin is besloten tot de boeteoplegging aan appellante.*”

¹⁵² CBb, 30 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6737.

¹⁵³ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 27 jo. 35.



Besluit Openbaar

59/94

217. ACM ziet geen grond voor het op de voet van genoemde CBb-zaak buiten beschouwing laten van bewijsmateriaal. Zoals hiervoor al uiteengezet, kleeft aan de besluitvorming in onderhavige zaak niet het gebrek van schijn van vooringenomenheid. Ook is in onderhavige zaak, anders dan in genoemde CBb-zaak, geen sprake van procedureel incorrect vergaard bewijsmateriaal. In de CBb-zaak draaide het om onderzoek dat NMa had verricht in de fase van de vaststelling van een overtreding en het – al dan niet – opleggen van een sanctie, in weerwil van artikel 54a Mw. In onderhavige zaak is, zoals gezegd, geen bewijsmateriaal, in strijd met artikel 54a Mw vergaard. ; Door Handelaar niet gesteld noch gebleken welk bewijsmateriaal aldus incorrect vergaard zou zijn.
218. De eerste bezwaargrond treft in zoverre dan ook geen doel.

Aanhalen van verklaringen als bewijs

219. Volgens Handelaar zou uit de wijze waarop ACM verklaringen van met name handelaren aanhaalt, blijken van vooringenomenheid bij ACM.¹⁵⁴ ACM citeert namelijk, aldus Handelaar, selectief uit verklaringen, bedient zich van kennelijk leugenachtige verklaringen, en negeert de vele ontlastende en alternatieve verklaringen die zich in het procesdossier bevinden.¹⁵⁵
220. Handelaar keert zich als volgt tegen met name randnummer 277 van het Besluit in primo (randnummer 269 van de besluiten op bezwaar in de eerste tranche):

“43. In [randnummer 277] overweegt ACM (onder verwijzing naar de BAC) ‘*dat de omstandigheid dat de Raad met een zekere mate van selectiviteit gebruik heeft gemaakt van bewijsstukken, betekent niet dat er sprake is van vooringenomenheid. De Raad verwijst hierbij naar het gelijklopende standpunt van de BAC, die een zekere mate van selectiviteit niet als vooringenomen beschouwd, zolang de Raad de overtuiging heeft dat sprake is van mededingingsbeperkende afspraken. Andersluidende conclusies hoeft de Raad slechts te bespreken voor zover deze tot een andersluidende conclusie nopen. Bezwaarmakers hebben niet voldoende aangeduid welke verklaringen dan precies zijn weggelaten, en vooral hoe die, indien ze wel waren betrokken, tot een andere conclusie hadden moeten leiden.*’

44. Deze redenering houdt geen stand om de volgende redenen. Handelaar stelt zich op het standpunt in voldoende mate aangeduid te hebben welke verklaringen weggelaten zijn. Ter toelichting het volgende.”¹⁵⁶ (onderstreping door Handelaar)

¹⁵⁴ Beroepschrift [vertrouwelijk], tweede onderdeel van de eerste beroepsgrond, pt. 37-64 .

¹⁵⁵ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 64.

¹⁵⁶ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 43-44.



Besluit Openbaar

60/94

221. Om te beginnen hecht ACM eraan op te merken, dat de door Handelaar aangehaalde passage een onjuist citaat is van randnummer 277 van het Besluit in primo (c.q. randnummer 269 van de besluiten op bezwaar in de eerste tranche).
222. Anders dan Handelaar immers doet voorkomen, bevat noch het genoemde randnummer 269, noch het daarmee overeenkomende randnummer 277 van het Besluit in primo, de passage waartegen Handelaar zich met name keert: *“Bezwaarmakers hebben niet voldoende aangeduid welke verklaringen dan precies zijn weggelaten, en vooral hoe die, indien ze wel waren betrokken, tot een andere conclusie hadden moeten leiden”*. Randnummer 269 (resp. 277) luidt namelijk als volgt:
- “Ook de gestelde omstandigheid dat de Raad met een zekere mate van selectiviteit gebruik heeft gemaakt van bewijsstukken, betekent niet dat er sprake is van vooringenomenheid.¹⁵⁷ Zoals de Adviescommissie overweegt staat dat de Raad vrij zolang hij – in het licht van alle bewijsstukken – de overtuiging heeft dat sprake is van een mededingingsbeperkende afspraak. Andersluidende standpunten hoeft de Raad slechts te bespreken voor zover die tot een andersluidende conclusie nopen. Die andersluidende standpunten, waar de betrokken handelaren op wijzen, leiden niet tot een andere conclusie. Daardoor heeft de Raad ze ook niet allemaal besproken.”*
223. Anders gezegd, het Besluit in primo verwijt Handelaar **niet** dat hij niet voldoende heeft aangeduid welke verklaringen dan precies zijn weggelaten, en vooral hoe die, indien ze wel waren betrokken, tot een andere conclusie hadden moeten leiden.
224. Het gehele betoog van Handelaar dat het tegendeel tracht aan te tonen, namelijk dat hij wel voldoende heeft aangeduid welke verklaringen dan precies zijn weggelaten, en vooral hoe die, indien ze wel waren betrokken, tot een andere conclusie hadden moeten leiden,¹⁵⁸ treft derhalve geen doel omdat het berust op een onjuiste premisse.¹⁵⁹
225. In de tweede plaats merkt ACM op dat het verbod van vooringenomenheid naar haar oordeel niet meebrengt dat ACM gehouden is op alle punten die een handelaar aanvoert tegen beschuldigingen in een rapport (of besluit in primo) in haar besluit te reageren. De omstandigheid dat ACM niet zou reageren op alle aangevoerde punten vormt nog geen

¹⁵⁷ Zie ook de Adviescommissie: dossierstuk 6538_1/1447, pt. 22.

¹⁵⁸ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 44-64.

¹⁵⁹ ACM wijst daarnaast erop, dat zij in randnummer 269 van de besluiten op bezwaar resp. randnummer 277 van het besluit in primo – anders dan Handelaar met zijn (in de hoofdtekst aangehaalde) citaat doet voorkomen – niet overweegt *“dat de omstandigheid dat de Raad met een zekere mate van selectiviteit gebruik heeft gemaakt van bewijsstukken [...].”*, maar, zoals in de hoofdtekst is weergegeven, spreekt van *“de gestelde omstandigheid [...].”*



Besluit Openbaar

61/94

schending van het verbod van vooringenomenheid. Vanzelfsprekend laat dit onverlet dat ACM het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel in acht dient te nemen, maar het niet bespreken van alle door Handelaar aangevoerde punten getuigt nog niet van vooringenomenheid.

226. Handelaar wijst ter onderbouwing van zijn stelling dat ACM bij de bewijsvoering vooringenomen is geweest op diverse illustratieve voorbeelden.¹⁶⁰ Het gaat met name om:
- a) het gebruik van de verklaring van de heer [vertrouwelijk];
 - b) het gebruik van leugenachtige verklaringen;
 - c) e-mail correspondentie tussen de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk]; en
 - d) ontlastende, alternatieve verklaringen.
227. ACM zal hieronder uiteenzetten dat geen van deze voorbeelden een illustratie vormt van vooringenomenheid aan de kant van ACM.
- a) gebruik van verklaring van de heer [vertrouwelijk]*
228. Allereerst wijst Handelaar op het gebruik door ACM in randnummer 65 van het Besluit in primo (randnummer 57 van de besluiten op bezwaar eerste tranche) van een citaat uit een verklaring van de heer [vertrouwelijk].¹⁶¹ Handelaar stelt dat in de bezwaarschriften in de eerste tranche uitvoerig is betoogd waarom aan de verklaring van de heer [vertrouwelijk] slechts beperkte bewijskracht toekomt,¹⁶² maar, aldus Handelaar, “ACM reageert in het geheel niet op dit verweer, maar herhaalt simpelweg nogmaals hetzelfde citaat”.¹⁶³
229. ACM stelt vast dat Handelaar niet heeft gesteld dat aan de verklaring van de heer [vertrouwelijk] in het geheel geen bewijskracht mag worden toegekend: Handelaar stelt slechts dat aan de verklaring “weinig”¹⁶⁴ of “beperkte”¹⁶⁵ bewijskracht toekomt. Voorts wordt in paragraaf 2.2.3 van het Besluit in primo (c.q. de besluiten op bezwaar eerste tranche) niet enkel verwezen naar de verklaring van de heer [vertrouwelijk], maar ook naar andere verklaringen, die in samenhang worden gezien. ACM ziet niet in dat de heer

¹⁶⁰ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 55 e.v.

¹⁶¹ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 51-55.

¹⁶² Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 51.

¹⁶³ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 52.

¹⁶⁴ Aanvullend bezwaarschrift [vertrouwelijk], pt. 104.

¹⁶⁵ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 51.



Besluit Openbaar

[vertrouwelijk], zoals Handelaar stelt,¹⁶⁶ geen goed beeld zou hebben van de gang van zaken (voorafgaand aan een veiling): hij bezocht geruime tijd veilingen, beschreef dat personen die hij tegenkwam dezelfde personen waren die hij regelmatig tegenkwam ook op regionale veilingen, en verklaarde uitgebreid over het veilingproces en een (kennelijke) naveiling. Dat overigens sprake zou zijn van een “incident”¹⁶⁷ vindt geen grond in de verklaring van de heer [vertrouwelijk].¹⁶⁸

b) gebruik van leugenachtige verklaringen

230. Handelaar voert “[o]verigens” aan dat de verklaring van de heer [vertrouwelijk] op andere punten kennelijk leugenachtig is, en reeds om die reden geen bewijskracht toekomt.¹⁶⁹
231. ACM merkt dienaangaande op, dat zij het gestelde leugenachtige deel van de verklaring van de heer [vertrouwelijk] in het besluit in primo (c.q. in de besluiten op bezwaar eerste tranche) niet heeft gebruikt. Zelfs gesteld dat de heer [vertrouwelijk] op het door Handelaar genoemde punt van, kort gezegd, de executoriale veilingprijs een feitelijk onjuiste verklaring zou hebben afgelegd, dan volgt daaruit niet zonder meer dat, zoals Handelaar betoogt, dan “aannemelijk is dat hij dat op andere punten in zijn verklaring ook heeft gedaan”.
232. Handelaar wijst voorts op twee verklaringen waarvan in de bezwaarschriften in de eerste tranche is gesteld dat ze leugenachtig zijn:¹⁷⁰ een verklaring van de heer [vertrouwelijk]¹⁷¹ en een verklaring van de heer [vertrouwelijk].¹⁷²
233. ACM wijst er in dit verband op dat zij in het besluit in primo (c.q. in de besluiten op bezwaar eerste tranche) in het geheel noch de verklaring van de heer [vertrouwelijk], noch de verklaring van de heer [vertrouwelijk] heeft gebruikt. ACM vermag niet in te zien, dat het niet gebruiken van een gestelde leugenachtige verklaring vooringenomenheid oplevert. Integendeel, ACM is van oordeel dat het, na bedenkingen van handelaren, niet langer gebruiken van bepaalde verklaringen juist aantoonde dat van vooringenomenheid

¹⁶⁶ Aanvullend bezwaarschrift [vertrouwelijk], pt. 104.

¹⁶⁷ Aanvullend bezwaarschrift [vertrouwelijk], pt. 104.

¹⁶⁸ De heer [vertrouwelijk] verklaart, zoals aangehaald in randnummer 65 van het besluit in primo (c.q. randnummer 57 van de besluiten op bezwaar eerste tranche), “[...] Aan mij werd gevraagd wat mijn bedoeling was op deze veiling. Daar ik al wist dat dit regelmatig plaatsvindt, er wordt altijd gevraagd wat je komt doen, kon ik op die vraag gemakkelijk antwoorden. Ik zei dat ik slechts kwam als bezoeker en niet als koper [...]”.

¹⁶⁹ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 53 e.v.

¹⁷⁰ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 55.

¹⁷¹ Aanvullend bezwaarschrift [vertrouwelijk], pt. 115.

¹⁷² Aanvullend bezwaarschrift [vertrouwelijk], pt. 227.



Besluit Openbaar

geen sprake is en dat ACM juist zorgvuldig is geweest bij het beoordelen van de verklaringen en het bewijsmateriaal..

c) e-mail correspondentie tussen de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk]

234. Handelaar geeft een volgend voorbeeld ter illustratie van de vooringenomenheid van ACM.¹⁷³

235. Handelaar wijst erop¹⁷⁴ dat de bezwaarschriften in de eerste tranche ACM hebben gewezen op een foutieve lezing van randnummer 153 van het sanctiebesluit in de eerste tranche waarin e-mail-correspondentie is weergegeven tussen de heer [vertrouwelijk]. Volgens randnummer 153 van het sanctiebesluit in de eerste tranche zouden de heren [vertrouwelijk] geweigerd hebben om anderen te laten delen in de inzetpremie.¹⁷⁵ Maar, zo vervolgt Handelaar, *“Het gaat om een geheel andere situatie, zo blijkt uit de e-mail en de verklaring van de heer [vertrouwelijk] daaromtrent. De heer [vertrouwelijk] is namelijk degene geweest die niet heeft uitbetaald”*.

236. Handelaar voegt hieraan toe¹⁷⁶ dat zijn lezing ook het voorwerp is geweest van een vraag van de Adviescommissie in de eerste tranche aan de NMa (*“Is [NMa] ervan overtuigd dat zij ‘aan de verkeerde kant van de worst is gaan knabbelen?’”*), waarbij ACM toezegde het betreffende individuele stuk alsnog te zullen bekijken en dit in het besluit op bezwaar opnieuw te beoordelen. Hieraan voegt Handelaar toe:

“[...] Handelaar stelt vast dat dit (uiteraard) niet is gebeurd. Deze houding van de Raad is kenmerkend voor de wijze waarop er wordt gereageerd op elke inconsistentie of alternatieve verklaring waar Handelaar op wijst.”¹⁷⁷

237. Dat ACM, kort gezegd, niet heeft gereageerd is feitelijk onjuist.

238. Voor de duidelijkheid, het verslag van de hoorzitting in de bezwaarfase in de eerste tranche vermeldt de vraag van de Adviescommissie en de toezegging van ACM als volgt:

“De voorzitter stelt vervolgens randnummer 194 in het bezwaarschrift van de cliënten van mevrouw [vertrouwelijk] aan de orde. Daarin verwijten zij de NMa een verkeerde interpretatie van bepalingen, zoals weergegeven in randnummers van het besluit. Hij verzoekt de NMa te verduidelijken wat zij

¹⁷³ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 56.

¹⁷⁴ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 56.

¹⁷⁵ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 194.

¹⁷⁶ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 57-58.

¹⁷⁷ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 59.



Besluit Openbaar

64/94

daar inmiddels van vindt. Is zij ervan overtuigd dat zij ‘aan de verkeerde kant van de worst is gaan knabbelen?’ Hij verwijst ter verduidelijking naar randnummer 153 in het besluit, waarin een e-mailcorrespondentie tussen de heer [vertrouwelijk] is weergegeven. De NMa spreekt daar van ‘een deuk in de vertrouwensrelatie’. In randnummer 194 van het betreffende bezwaarschrift wordt echter uiteengezet dat de NMa dit verkeerd heeft gelezen en zaken heeft omgedraaid. De NMa meent dat de een iets aan de ander had moeten betalen, terwijl het eigenlijk precies andersom was. Heeft de NMa inmiddels kunnen vaststellen wat haar standpunt over de feitelijke gang van zaken is?

De heer [vertrouwelijk] wijst erop dat ACM het volgende heeft geconstateerd. Voor nagenoeg elke verklaring in het primaire besluit hebben de handelaren een alternatieve verklaring aangedragen, of er wordt op een ruimere context gewezen. Naar aanleiding daarvan heeft de Raad alle verklaringen opnieuw doorgenomen. Hij is nog steeds van mening dat het algemene beeld dat in het besluit wordt geschetst het juiste is. Dat individuele stuk heeft de Raad echter niet bekeken. Dat zal hij alsnog moeten doen. Uiteraard zal dit in het besluit op bezwaar opnieuw worden beoordeeld.” (onderstrepingen ACM)

239. ACM erkent dat in haar *sanctiebesluit* in de eerste tranche inderdaad ten onrechte wordt gesproken over een weigering van de heren [vertrouwelijk] om anderen te laten delen in de inzetpremie: het gaat om een weigering van de heer [vertrouwelijk].
240. ACM heeft, zoals tijdens de hoorzitting in de bezwaarfase in de eerste tranche toegezegd – en anders dan Handelaar doet voorkomen – de e-mail correspondentie tussen de heer [vertrouwelijk] alsnog bekeken en beoordeeld. ACM heeft daarbij niet volhard in haar onjuiste lezing in het *sanctiebesluit* in de eerste tranche, maar deze juist gecorrigeerd. Zo heeft ACM in randnummer 127 van de daarop betrekking hebbende besluiten op bezwaar (c.q. randnummer 135 van het Besluit in primo) vastgesteld dat: “*Aan de orde was [...] de weigering van de heer [vertrouwelijk] om anderen te laten delen in de inzetpremie*”. Met andere woorden – en conform de visie van handelaren –, wordt gesproken over een weigering van de heer [vertrouwelijk] in plaats van de heren [vertrouwelijk]. Ook hier is ACM van oordeel dat het, conform de visie van handelaren, corrigeren van haar eerdere onjuiste lezing juist aantoont dat van vooringenomenheid geen sprake is.
241. Handelaar stelt voorts¹⁷⁸ dat, los van het voorgaande, aan genoemde e-mail tussen de heer [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] geen bewijswaarde moet worden toegekend, omdat de heer [vertrouwelijk] in de periode 2002-2010 slechts vier panden heeft gekocht, en het bovendien een incident betreft uit 2006.

¹⁷⁸ Beroepschrift [vertrouwelijk], voetnoot 4.



Besluit Openbaar

65/94

242. Ook hierin kan ACM Handelaar niet volgen.
243. Allereerst gold de betrokkenheid van de heer [vertrouwelijk] niet slechts ten aanzien van de aankoop van vier panden. Blijkens zijn verklaring bezocht de heer [vertrouwelijk]¹⁷⁹ in de periode van 2002 tot en met 2010 ongeveer 3 keer per jaar een veiling, waarbij hij belangstelling had voor panden tot EUR. 200.000,-. Met andere woorden, een kleine 30 veilingbezoeken.¹⁸⁰
244. Ten tweede volgt ACM niet de stelling van Handelaar dat sprake was van een incident. Zoals in randnummer 136 van het Besluit in primo (c.q. randnummer 127 van de besluiten op bezwaar) is weergegeven, hadden de litigieuze gedragingen niet een incidenteel, maar een doorlopend karakter:

“Als straf mocht ik niet mee doen. Ik zou nooit meer een cent ontvangen van hen. Ik werd buitengesloten en financieel geboycot. Ik heb toen een poos niet meegegaan. Ze vroegen mij niet meer.”

245. Er was sprake was van “*ernstige discussies*” (randnummer 136 van het Besluit in primo c.q. randnummer 127 van de besluiten op bezwaar), waarover de heer [vertrouwelijk] verklaarde:

“De handelaren hielden maar vol dat ze een afspraak hadden gemaakt. Ze bleven dit bij herhaling zeggen. Dit gebeurde op de veilingen. Ik heb het bijgelegd omdat ik vond dat de ruzie niet mocht blijven duren. Als ik dat niet had gedaan, hadden we op de veiling tegen elkaar opgeboden voor de inzetpremie. Dit zou de prijs veel te hoog maken door tegen elkaar op te bieden. Dit zou slecht zijn voor zowel de handelaren als mijzelf. We zouden daar allebei niets aan verdienen. Daar had niemand wat aan.”

246. Bovendien, zelfs indien de betrokkenheid van de heer [vertrouwelijk] beperkt zou zijn tot de aankoop van vier panden en er sprake zou zijn van een incident, dan nog ziet ACM niet in waarom aan de e-mail van de heer [vertrouwelijk] geen bewijswaarde kan worden toegekend, temeer niet nu het betoog van ACM omtrent sanctiemechanismen in paragraaf 2.2.7 van het Besluit in primo niet enkel rust op de verklaring van de heer [vertrouwelijk], maar in samenhang wordt gelezen met de verklaring van de heer

¹⁷⁹ Document 6538_1/699, p.1.

¹⁸⁰ Zie de verklaring van de heer [vertrouwelijk].



Besluit Openbaar

[vertrouwelijk].¹⁸¹ Overigens kan de stelling dat er onvoldoende bewijs zou zijn dat het kartel een sanctiemechanisme kende en outsiders ging benaderen, evenmin slagen. Naast de twee aangehaalde voorbeelden in randnummer 136-137 van het Besluit in primo, zijn er nog andere verklaringen die dit bevestigen.¹⁸²

247. Naar het oordeel van ACM tonen de stellingen van Handelaar die betrekking hebben op de e-mail van de heer [vertrouwelijk] aan de heer [vertrouwelijk] dan ook niet aan dat sprake is van vooringenomenheid aan de kant van ACM.

d) ontlastende, alternatieve verklaringen

248. Handelaar keert zich ook tegen randnummer 230 van het Besluit in primo (c.q. randnummer 221-222 van de besluiten op bezwaar).¹⁸³

“60. [Randnummer 230 van het Besluit in primo is] in dit kader illustratief:

‘[Wat het genoemde beroep van betrokken handelaren op diverse verklaringen betreft, is de Raad] van oordeel dat passages uit vijftien van die 31 verklaringen – gelezen in onderlinge samenhang – ook in dit geval een bevestiging vormen voor de door de Raad geconstateerde gedragingen van die betrokken handelaren’. [...] [onderstreping Handelaar]

61. Wat hiervan ook zij, zestien verklaringen kunnen derhalve ook anders uitgelegd worden en bevestigen de stellingen van Handelaar. Uit artikel 6 EVRM vloeit eveneens voort dat bewijs dat niet eenduidig is en zo tegenstrijdig is, om die reden in het voordeel van de verdachte moet worden uitgelegd.”

249. Volgens Handelaar is dit randnummer illustratief voor de vooringenomen houding van ACM: ACM zou niet reageren op de vele ontlastende en alternatieve verklaringen die door Handelaren naar voren zijn gebracht.¹⁸⁴

250. Zoals ACM hieronder uiteenzet, treft deze grief geen doel. ACM heeft wel degelijk rekening gehouden met de aangehaalde citaten. Dat zulks niet tot het door Handelaren gewenste resultaat heeft geleid, kwalificeert nog niet als vooringenomenheid.

¹⁸¹ Punt 137 van het Besluit in primo.

¹⁸² Verklaring van de clementieverzoeker (6538_1/398 p. 3-4), [vertrouwelijk] (6538_1/63 p. 3), [vertrouwelijk] (6538_1/69 p. 20, [vertrouwelijk] (6538_13/30 p. 3-4), [vertrouwelijk] (6538_13/4 p. 5).

¹⁸³ Beroepschrift [vertrouwelijk], punten 60-61.

¹⁸⁴ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 59 jo. pt. 60.



Besluit Openbaar

251. ACM verwijst naar vijftien van de 31 citaten waar het om gaat, in voetnoot 179 van het Besluit in primo (c.q. in voetnoot 187 van de besluiten op bezwaar eerste tranche). Zoals in de genoemde besluiten is aangegeven, wordt in deze stukken door de betrokken handelaren verklaard over: de relatie tussen de afmijn- en uitzetfase;¹⁸⁵ de mogelijkheid om mee te mogen doen met de uitzet;¹⁸⁶ over het kunnen “instappen”;¹⁸⁷ het “over en weer”-karakter van het achteraf kunnen meedoen.¹⁸⁸ Ook wordt gesproken over het samen “mijnen” en het samen in eigendom verkrijgen van een pand.¹⁸⁹
252. Handelaar keert zich evenwel met name tegen het door ACM niet-reageren op de overige zestien verklaringen.¹⁹⁰ Dit duidt volgens Handelaar, zo begrijpt ACM, op vooringenomenheid aan de kant van ACM.
253. In dit verband merkt ACM allereerst op, dat in deze zestien verklaringen in wezen wordt betoogd dat:
- voorafgaand aan de afmijnfase niet wordt (af)gesproken wie gaat mijnen, anders gezegd, ieder mijnt voor zichzelf;¹⁹¹ pas nadat is afgemijnd, kun je aangeven dat je meedoet;¹⁹²
 - voorafgaand aan de afmijnfase niet wordt afgesproken tegen welke prijs wordt gemijnd;¹⁹³ deze prijs bepaalt ieder zelf¹⁹⁴;
 - voorafgaand aan de afmijnfase niet wordt (af)gesproken of er wel of niet wordt gemijnd;¹⁹⁵
 - voorafgaand aan de afmijnfase niets wordt (af)gesproken over het mijnen, anders gezegd, ieder mijnt voor zichzelf.¹⁹⁶

¹⁸⁵ [vertrouwelijk], 6538_1/702 p. 2 van 6; [vertrouwelijk], 6538_13133 p. 3 van 6.

¹⁸⁶ [vertrouwelijk], 6538_1314 p. 5 van 6; [vertrouwelijk], 6538_1/707 p. 5 van 7.

¹⁸⁷ [vertrouwelijk], 6538_1/702 p. 2 van 6; [vertrouwelijk], 6538_11702 p. 4 van 6; [vertrouwelijk], 6538_13/36 p. 2 van 4; [vertrouwelijk], 6538_1/708 p. 6 van 9; [vertrouwelijk], 6538_13/20 p. 2 van 4; [vertrouwelijk], 6538_13/42 p. 2 van 3; [vertrouwelijk], 6538_13/3 p. 2 van 4; [vertrouwelijk], 6538_11713 p. 3 van 6.

¹⁸⁸ [vertrouwelijk], 6538_13/20 p. 2 van 4.

¹⁸⁹ [vertrouwelijk], 6538_1/710 p. 3 van 6; [vertrouwelijk], 6538_1314 p. 4 van 6.

¹⁹⁰ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 61.

¹⁹¹ [vertrouwelijk], 6538_11702 p. 4 van 6; [vertrouwelijk], 6538_13135 p. 2 van 4; [vertrouwelijk], 6538_1/707 p. 4 van 7; [vertrouwelijk], 6538_1/709 p. 6 van 12; [vertrouwelijk], 6538_1/711 p. 3 van 7.

¹⁹² [vertrouwelijk], 6538_13135 p. 2 van 4; [vertrouwelijk], 6538_1/709 p. 6 van 12; [vertrouwelijk], 6538_13143 p. 4 van 7; [vertrouwelijk], 6538_13124 p. 2 van 4.

¹⁹³ [vertrouwelijk], 6538_13135 p. 2 van 4; [vertrouwelijk], 6538_1/707 p. 4 van 7.

¹⁹⁴ [vertrouwelijk], 6538_13134 p. 2 van 5.

¹⁹⁵ [vertrouwelijk], 6538_13130 p. 3 van 4.

¹⁹⁶ [vertrouwelijk], 6538_1/699 p. 3 van 7; [vertrouwelijk], 6538_1/700 p. 2 van 3; [vertrouwelijk], 6538_1/701 p. 3 van 6; [vertrouwelijk], 6538_11705 p. 3 van 5; [vertrouwelijk], 6538_1/706 p. 4 van 8; [vertrouwelijk], 6538_1/711 p. 3 van 7; [vertrouwelijk], 6538_1/716 p. 3 van 6; [vertrouwelijk], 6538_1/718 p. 10 van 11.



Besluit Openbaar

68/94

254. Deze verklaringen staan niet haaks op wat ACM heeft vastgesteld. Integendeel, zij vormen daarvoor juist een bevestiging. Immers, ACM heeft vastgesteld in randnummer 91 van het Besluit in primo (c.q. in randnummer 83 van de besluiten op bezwaar eerste tranche):

“De Raad stelt vast dat in veel gevallen handelaren geen expliciete afspraken maakten voorafgaand aan de afmijnfase.”

255. Deze vaststelling van ACM strookt met de 16 hiervóór aangehaalde verklaringen dat voorafgaand aan de afmijnfase niets werd afgesproken over wie ging mijnen, tegen welke prijs, of er wel of niet werd gemijnd, of over mijnen (in het algemeen). Deze vaststelling van ACM getuigt dan ook niet van vooringenomenheid. Ook het feit dat ACM niet verwijst naar de 16 verklaringen getuigt dan niet van vooringenomenheid.

256. De vaststelling van ACM dat handelaren in veel gevallen geen expliciete afspraken maakten voorafgaand aan de afmijnfase, laat onverlet dat handelaren door een band van onderlinge loyaliteit binnen de groep gebonden bleven, zoals ACM heeft vastgesteld in randnummer 91 het Besluit in primo (c.q. in randnummer 83 van de besluiten op bezwaar eerste tranche). Dit hield in dat zij zich, ofschoon zij geen expliciete afspraken maakten voorafgaand aan een veiling, niettemin gebonden achten andere handelaren van de groep de gelegenheid te bieden om “mee te kopen” indien zij zelf een pand hadden gemijnd. In die zin mijnden handelaren niet uitsluitend voor zichzelf. Feitelijk bestond een praktijk waarbij een handelaar die een pand zelf had gemijnd, geacht werd anderen daaraan te laten deelhebben.

257. Het merendeel van de 16 verklaringen waarop Handelaar zich beroept, zegt niets over de door ACM vastgestelde feitelijke mogelijkheid van “het kunnen meedoen”. Met andere woorden, zij doen geen afbreuk aan de vaststelling van ACM van het bestaan van een praktijk waarbij een handelaar die een pand zelf had afgemijnd, werd geacht anderen de gelegenheid te bieden om ‘mee te kopen’. Het resterende deel van deze verklaringen dat wél iets over zegt over dit ‘meedoen’, *ontkent* zulks niet, maar *bevestigt* juist de vaststelling van ACM van het feitelijk mee kunnen doen.¹⁹⁷

¹⁹⁷ [vertrouwelijk], 6538_13/35 p. 2 van 4 (“[...] *Je mijnt altijd voor jezelf. Pas na de afmijning wordt overeengekomen of anderen meedoen of niet.*”); [vertrouwelijk], 6538_1/709 p. 6 van 12 (“[...] *Als er afgemijnd is, kun je later aangeven dat je mee wil doen met het pand.*”); [vertrouwelijk], 6538_13/43 p. 4 van 7 (“*Vraag: er zijn dus twee momenten waarop je kan besluiten met iemand anders mee te doen? Antwoord: Ja, na het inzetten kan worden gevraagd of je mee wilt doen of kan je dit zelf aangeven. Ook na het afmijnen kan je vragen of je mee kan doen.*” (onderstreping ACM)); [vertrouwelijk], 6538_13/24 p. 2 van 4 (“*Vraag: Wanneer vindt deze deelname plaats? Antwoord [vertrouwelijk]: Na de afslag. Als een pand bijvoorbeeld 100.000 kost en er zijn 4 personen die mee willen doen dan betaalt iedereen die*



Besluit Openbaar

69/94

258. Tevens laten de 16 verklaringen de vaststelling van ACM onverlet dat “handelaren in voorkomende gevallen voorafgaande aan de afmijnfase een afspraak maakten over hun biedgedrag” (randnummer 82 van het besluit in primo c.q. randnummer 74 van de besluiten op bezwaar eerste tranche). Zij bevestigen, zoals gezegd, dat “in veel gevallen handelaren geen expliciete afspraken maakten voorafgaand aan de afmijnfase”, maar sluiten niet uit dat onder bepaalde voorwaarden in een beperkt aantal gevallen, waarover deze verklaringen zich niet uitlaten, sprake kan zijn van afspraken voorafgaand aan de afmijnfase.
259. Op die gevallen zien de randnummers 82 e.v. van het Besluit in primo, waarin ACM opmerkt dat een afspraak over biedgedrag voorafgaande aan de afmijnfase geschiedt in “*voorkomende gevallen*” en “*soms*”, en ACM een verklaring aanhaalt waarin wordt gezegd dat het “*in een enkel geval* [...] wel is voorgekomen dat er gezamenlijk werd gemijnd”. Het gaat dan om gevallen waarin sprake was van: een “inzetbedrag dat zo laag was vastgesteld, dat op het object een meer dan redelijke winst gemaakt zou worden”, of van “plonzen” waarbij de bank zich op een veiling niet laat vertegenwoordigen en de zaak ‘dicht zit’ (er geen outsiders aanwezig zijn).
260. Dat ACM de 16 verklaringen waarop Handelaar zich beroept niet expliciet aan de orde stelt in randnummers 82-90 van het Besluit in primo, duidt gelet op het voorgaande niet op vooringenomenheid. Dat in veel gevallen geen expliciete afspraken werden gemaakt voorafgaande aan de afmijnfase, sluit niet uit dat in bepaalde gevallen zulks wel gebeurde.

Wijze waarop onderzoek is verricht

261. Handelaar keert zich voorts tegen de wijze waarop de diverse verklaringen “tot stand zijn gekomen en zijn opgetekend door de Raad”. Dit zou niet alleen onzorgvuldig en vooringenomen in de zin van artikel 2:4 Awb zijn geschied, maar bovendien in strijd met de onschuldpresumptie en het recht op een eerlijk proces neergelegd in artikel 6 EVRM.¹⁹⁸

deelneemt 25.000” (onderstreping ACM). ACM zelf heeft in randnummers 91-99 van het Besluit in primo (c.q. randnummers 83-91 van de besluiten op bezwaar eerste tranche) gewezen op een groot aantal verklaringen die de mogelijkheid om ‘mee te kopen’ bevestigen.

¹⁹⁸ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 85.



Besluit Openbaar

70/94

262. Voor zover deze grief klaagt over onzorgvuldigheid, verwijst ACM naar haar bespreking van beroepsgrond 6, aangezien het feitelijk gaat om een beweerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.
263. Voor zover deze grief klaagt over vooringenomenheid bij de wijze van onderzoek, merkt ACM het volgende op.
264. Naar ACM begrijpt, is volgens Handelaar sprake van vooringenomenheid doordat ACM bij het afnemen “van de interviews (en het nadien optekenen van de verklaringen) veelal oppervlakkige vragen stelt (juist de nuances zijn relevant maar daar wordt niet op doorgevraagd)”,¹⁹⁹ waardoor essentiële punten achterwege blijven.²⁰⁰ Nu worden, zo concludeert Handelaar, “belastende verklaringen die ‘passen in het algemeen beeld van de Raad’ van handelaren die misschien maar een enkele keer een lokale veiling hebben bezocht of slechts gedurende een beperkte periode actief zijn geweest als bewijs gebruikt voor een landelijk, jarenlang opererend kartel van handelaren. Dit kan uiteraard niet.”²⁰¹
265. ACM weerspreekt dit.
266. Zoals ACM ook in punt 86 heeft besproken, zijn in het Besluit in primo 32 verschillende verklaringen van 27 beboete handelaren²⁰² uit de eerste en tweede tranche gebruikt. Slechts drie van deze handelaren hebben in een beperktere periode van de inbreuk (enkele jaren) hieraan deelgenomen,²⁰³ en slechts vier waren actief in minder dan 3 provincies.²⁰⁴ Reeds hierom kan de stelling van Handelaar dat sprake is van vooringenomenheid vanwege de wijze waarop onderzoek is verricht, geen stand houden.
267. ACM ziet evenmin dat – zoals Handelaar stelt²⁰⁵ – “de wijze waarop de verklaringen zijn opgetekend” getuigt van vooringenomenheid.
268. De verklaringen zijn als volgt opgetekend. Naar aanleiding van mondelinge vragen van ambtenaren van de NMa hebben handelaren, mondeling, verklaringen afgelegd. Direct

¹⁹⁹ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 67.

²⁰⁰ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 72.

²⁰¹ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 75. Handelaar voegt hier in een voetnoot toe dat de clementieverzoeker slechts actief was voor een beperkte periode en sommige handelaren stellen hem niet te kennen.

²⁰² [vertrouwelijk].

²⁰³ [vertrouwelijk] (2004-2009), [vertrouwelijk] (2005-2009) en [vertrouwelijk] (2006-2009).

²⁰⁴ [vertrouwelijk].

²⁰⁵ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 85.



Besluit Openbaar

na afloop werd door deze ambtenaren ter plaatse een zakelijke weergave van de mondelinge verklaring schriftelijk vastgelegd. Na lezing ervan hebben handelaren hun schriftelijke verklaring ondertekend. Het is ACM niet duidelijk hoe deze wijze van optekening van verklaringen getuigt van vooringenomenheid.

269. ACM ziet ook niet dat – zoals Handelaar stelt²⁰⁶ – “*de wijze waarop de verklaringen zijn tot stand gekomen*”, duidt op vooringenomenheid. Handelaar doelt hierbij erop dat ACM “*veelal oppervlakkige vragen stelt (juist de nuances zijn relevant, maar daar wordt niet op doorgenvraagd)*”.²⁰⁷
270. ACM wijst er allereerst op, dat de gestelde oppervlakkigheid van vragen nog niet zonder meer betekent dat ACM vooringenomen zou zijn geweest. Oppervlakkigheid kan een gebrek vormen in de voorbereiding van een besluit dat schending van het zorgvuldigheidsbeginsel oplevert, maar ACM ziet niet in dat oppervlakkigheid van vragen op zich reeds een schending oplevert van het verbod van vooringenomenheid van artikel 2:4 Awb.
271. Bovendien geven de vragen die door ambtenaren van de NMa tijdens het onderzoek zijn gesteld geen grond om in redelijkheid te zeggen dat sprake is “*veelal oppervlakkige vragen*” en ACM daarbij vooringenomen, in strijd met artikel 2:4 Awb, te werk is gegaan.
272. In de loop van het onderzoek heeft ACM, zoals het dossier laat zien, een zeer grote hoeveelheid vragen gesteld aan diverse marktpartijen, waaronder handelaren, die soms meerdere keren zijn gehoord. Aan handelaren zijn talloze vragen gesteld, die een uitgebreid scala aan onderwerpen betreffen, variërend van vragen die de handelaar zélf betreffen, vragen die zijn contacten met andere handelaren betreffen, vragen over het veilingproces, tot vragen naar aanleiding van zogenaamd confrontatiemateriaal.
273. In dit licht kan in redelijkheid niet worden geconcludeerd dat ACM – zoals Handelaar stelt²⁰⁸ – “*veelal oppervlakkige vragen stelt*” en daarbij vooringenomen in de zin van artikel 2:4 Awb te werk is gegaan. Daarnaast wijst ACM erop, dat oppervlakkige vragen niet moeten worden verward met open vragen: het getuigt juist niet van vooringenomenheid als open vragen worden gesteld waarbij een handelaar vrij is zijn antwoord vorm te geven zoals dit hem goeddunkt.

²⁰⁶ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 85.

²⁰⁷ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 67.

²⁰⁸ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 67.



Besluit Openbaar

274. Handelaar wijst ter onderbouwing van zijn stelling nog naar de Adviescommissie in de eerste tranche²⁰⁹ en verklaringen van twee notarissen.²¹⁰ Zoals ACM hieronder uiteenzet, treft ook dit geen doel.

a) Adviescommissie

275. Volgens Handelaar legt de Adviescommissie in de eerste tranche de vinger op de zere plek.²¹¹ Hij leest in de overwegingen van de Adviescommissie een bevestiging dat het selectief aanhalen van verklaringen wel degelijk vooringenomen kan zijn.²¹²

276. Dit beroep op het advies van de Adviescommissie gaat niet op.

277. ACM heeft hiervoor al gemotiveerd weerlegd dat sprake is van het selectief aanhalen van verklaringen in strijd met artikel 2:4 Awb.

b) Verklaringen notarissen

278. Handelaar wijst tevens op verklaringen van een tweetal notarissen die onder meer aangeven dat onderzoekers van ACM “*in feite [alleen] vroegen [...] om een bevestiging van wat ze een paar jaar eerder in de Volkskrant hadden gelezen*”²¹³ en dat “*iedereen [...] een mening heeft over [de vermeende wantoestanden op de executieveilingen]. Maar die mening wordt naar ons idee vooral gevormd vanuit een onderbuikgevoel en is zelden op feiten gebaseerd*”.²¹⁴

279. ACM volgt dit betoog niet. ACM heeft hierboven reeds weerlegd dat ACM bij het stellen van vragen vooringenomen te werk is gegaan. Van vooringenomenheid was geen sprake.

Artikel 6 EVRM

280. Handelaar stelt in dit verband tevens dat aan het ‘bewijs’, in onderlinge samenhang bezien, vele inconsistenties en onzorgvuldigheden kleven, waardoor niet aan de strenge bewijsstandaard is voldaan die artikel 6 EVRM voorschrijft.²¹⁵ Handelaar betoogt, verwijzend naar rechtspraak van de Unierechter, dat eventuele twijfel ten voordele van de

²⁰⁹ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 67 e.v.

²¹⁰ Beroepschrift[vertrouwelijk], pt. 73-74.

²¹¹ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 67.

²¹² Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 70.

²¹³ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 73.

²¹⁴ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 74.

²¹⁵ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 76.



Besluit Openbaar

verdachte moet worden geïnterpreteerd. Door “*het selectief citeren uit verklaringen*” en “*de wijze waarop de verklaringen tot stand zijn gekomen en zijn opgetekend*”, heeft ACM, aldus Handelaar, in strijd met de onschuldpresumptie en het recht op een eerlijk proces neergelegd in artikel 6 EVRM gehandeld.²¹⁶

281. Ook in het licht van artikel 6 EVRM slaagt de eerste bezwaargrond niet.
282. ACM heeft hierboven al aangegeven dat geen sprake is van het selectief citeren uit verklaringen, en dat zij niet ziet welk gebrek kleeft aan de wijze waarop zij de verklaringen heeft opgetekend. Ook heeft zij reeds aangegeven, dat de wijze waarop de verklaringen tot stand zijn gekomen niet getuigt van vooringenomenheid.
283. Naast de hiervoor genoemde redenen kan artikel 6 EVRM bovendien niet met succes tegen ACM worden ingeroepen, aangezien ACM niet kan worden aangemerkt als “gerecht” in de zin van deze bepaling. De grief dat ACM het beginsel van het vermoeden van onschuld neergelegd in artikel 6, lid 2, EVRM en het recht op een eerlijk proces neergelegd in artikel 6, lid 1, EVRM heeft geschonden, kan derhalve reeds niet slagen, aangezien ACM niet een “gerecht” is in de zin van genoemde bepaling.²¹⁷
284. De eerste bezwaargrond treft gelet op het voorgaande geen doel in zoverre zij verwijst naar de eerste beroepsgrond.

4.4 Onbetrouwbaarheid clementieverklaring

285. In hun zienswijzen betogen betrokken handelaren²¹⁸ dat de door de clementieverzoeker afgelegde verklaring van 21 december 2009²¹⁹ op onderdelen maar ook als geheel een onjuiste weergave van de feiten betreft, omdat de clementieverzoeker dyslectisch is.

²¹⁶ Beroepschrift [vertrouwelijk], pt. 85.

²¹⁷ In soortgelijke zin de Unierechter ten aanzien van de Commissie (Van Landewijck e.a./Commissie, arrest van 29 oktober 1980, gev. zaken 209/78 e.a., Jurispr. p. 3125, pt. 81 (“*De Commissie [...] kan als zodanig niet als een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens worden aangemerkt*”); Music Diffusion Française e.a./Commissie, arrest van 7 juni 1983, gev. zaken 100/80 e.a., Jurispr. 1983, p. 1825, pt. 7 (“*de Commissie [kan] niet worden aangemerkt als een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*”); Enso Española, GvEA arrest 14 mei 1998, Jurispr. II-1875, pt. 56 (“*Het is eveneens vaste rechtspraak, dat de Commissie niet als een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 6 EVRM kan worden aangemerkt*”). Zie ook de Adviescommissie in haar Advies (6538_1/1447), pt. 20 (“*De Adviescommissie merkt op dat er van schending van artikel 6 EVRM, naast de hiervoor genoemde redenen, geen sprake kan zijn, daar de reikwijdte van die bepaling beperkt is tot de gerechtelijke procedure*”).

²¹⁸ Dossierstuk 6538_1/1370, pt. 77.



Besluit Openbaar

74/94

286. Betrokken handelaren betogen voorts dat de clementieverzoeker slechts actief is geweest op veilingen in de periode 2002 – 2005. Zijn verklaringen kunnen dan ook uitsluitend op die periode zien. Nu 2005 een cruciaal omslagpunt is geweest door de introductie van de centraal georganiseerde (regio)veilingen, kan aan de verklaringen van de clementieverzoeker voor de periode na 2005 geen groot gewicht worden toegekend, zo begrijpt ACM betrokken handelaren.²²⁰
287. ACM stelt vast dat de clementieverzoeker op 20 november 2009 aan clementiefunctionarissen heeft meegedeeld aan dyslexie te lijden. Deze mededeling volgde op het verzoek van een clementiefunctionaris van ACM aan de clementieverzoeker een ondernemersverklaring te overleggen.²²¹
288. ACM heeft geconstateerd dat de drie door de clementieverzoeker afgelegde verklaringen inhoudelijk overeenstemmen. ACM stelt vast dat betrokken handelaren in hun zienswijzen uitsluitend enkele algemene noties over dyslexie noemen en suggereren dat reële risico's bestaan dat de schriftelijke verklaring van 21 december 2009 onjuistheden zou kunnen bevatten. Betrokken handelaren laten echter na hun betoog te onderbouwen met concrete voorbeelden of aantoonbare onjuistheden in bedoelde verklaring. Zoals de Adviescommissie opmerkt,²²² is de blote stelling dat verklaringen van een dyslecticus als onbetrouwbaar dienen te worden aangemerkt, onjuist.
289. Dat de verklaringen van de clementieverzoeker, wat zijn beschrijving van de werking van de gedragingen betreft, slechts betrekking zouden kunnen hebben op de periode tot aan 2005, volgt ACM niet. Uit de dossierstukken en verklaringen van andere handelaren is gebleken dat de gedragingen, zoals onder andere door de clementieverzoeker beschreven, ook plaatsvonden ná 2005. Bovendien stelt ACM vast dat betrokken handelaren in hun zienswijzen noch anderszins hebben onderbouwd dat zij met de invoering van de centraal georganiseerde regioveilingen hun mededingingsbeperkende gedragingen zijn gestaakt.
290. Bij ACM bestaat, gelet op het voorgaande, dan ook geen twijfel over de betrouwbaarheid van de clementieverklaringen, ook niet wat betreft de periode na 2005.²²³

²¹⁹ Dossierstuk 6538_1/409, p. 1-31.

²²⁰ Dossierstuk 6538_1/1377, randnummer 230.

²²¹ Dossierstuk 6538_1/409, p. 162.

²²² Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 27.

²²³ Een en ander mede in het licht van CBb 28 februari 2008, LJN: BC6104.



**Besluit
Openbaar**

4.5 Eerder onderzoek naar executieveilingen

291. Naar aanleiding van eerder onderzoek door ACM in 2005 hebben de betrokken handelaren aangevoerd dat ACM in het kader van de huidige zaak onzorgvuldig heeft gehandeld.²²⁴ ACM heeft in het rapport namelijk i) geen melding gemaakt van het eerdere NMa-onderzoek, ii) de ontlastende verklaringen die daaruit zijn gekomen niet meegenomen en iii) met geen woord gerept over de vraag hoe de eerdere bevindingen zich verhouden tot de huidige bevindingen. Daardoor is sprake van schending van artikel 6 EVRM en van het *fair play* beginsel.
292. Voorts heeft ACM, aldus de betrokken handelaren, gehandeld in strijd met het vertrouwensbeginsel. Daartoe wijzen zij op het onderzoek dat ACM in de jaren 2005-2006 heeft verricht, waarbij onvoldoende bewijs voorhanden was voor overtreding van de Mededingingswet. De gedragingen die ACM thans constateert, zouden niet afwijken van de gedragingen die ACM toentertijd reeds heeft geconstateerd, aldus betrokken handelaren. Nadat ACM haar conclusies (dat er volgens de handelaren geen sprake was van een schending van de mededingingsregels) middels het persbericht van 18 januari 2006 wereldkundig heeft gemaakt, mochten de handelaren, aldus hun betoog, er op vertrouwen dat hun handelswijze conform het mededingingsrecht was. ACM heeft dan ook in strijd met het gewekte vertrouwen gehandeld door, vijf jaar na afsluiting van dat eerdere onderzoek, alsnog besluiten te nemen waarin hij een schending van het mededingingsrecht vaststelt. Door het tijdsverloop en het stilzitten zou ACM zijn recht tot beboeting van de handelaren hebben verwerkt, althans in ieder geval wat betreft de periode tot 2006, aldus (nog steeds) de handelaren.²²⁵
293. ACM deelt allereerst niet het standpunt dat het eerdere NMa-onderzoek “ontlastende bevindingen” zou bevatten. Evenmin kan ACM het betoog volgen dat de omstandigheid dat ACM eerder onderzoek heeft verricht naar de sector kwalificeert als ontlastend bewijs. Het eerdere NMa-onderzoek heeft geen concreet bewijsmateriaal opgeleverd voor een overtreding. Die conclusie is toen neergelegd in het persbericht van 18 januari 2006.²²⁶ Van schending van artikel 6 EVRM of het *fair play* beginsel, is naar het oordeel van ACM geen sprake.

75/94

²²⁴ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 217.

²²⁵ Dossierstuk 6538_1/1377, paragraaf 7. De heer [vertrouwelijk] verwijst (dossierstuk 6538_1/1377, pt. 248 e.v.) ter onderbouwing van die stelling onder meer naar de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 2 februari 2012 in de zaak-*Checkpoint* (LJN BV2572).

²²⁶ www.nma.nl.



Besluit Openbaar

294. ACM is, in navolging van de Adviescommissie, van oordeel dat geen sprake is van schending van het vertrouwensbeginsel.²²⁷ Daartoe overweegt zij als volgt.
295. Het vertrouwensbeginsel houdt in dat een ieder erop moet kunnen vertrouwen dat een bestuursorgaan handelt in overeenstemming met door hem gedane toezeggingen, behoudens daaraan verbonden voorwaarden, voor zover aan die voorwaarden is voldaan, en behoudens gewijzigde feiten en omstandigheden. Voor een succesvol beroep op dit beginsel moet er dus sprake zijn van een door het bestuursorgaan gewekt (gerechtvaardigd) vertrouwen.
296. ACM heeft nimmer aan handelaren medegedeeld dat wat zij deden in overeenstemming was met de Mededingingswet. ACM heeft in het persbericht van januari 2006 slechts naar buiten gebracht geen concreet bewijsmateriaal van een inbreuk van de Mededingingswet te hebben aangetroffen.
297. Evenmin konden handelaren vertrouwen ontleen aan het feit dat ACM geen handhavingsmaatregelen heeft genomen en niet heeft aangegeven op welke wijze handelaren zouden moeten handelen.²²⁸ Daarnaast staat het ACM vrij, op grond van het opportuniteitsbeginsel, om beleidsprioriteiten te stellen. Dat wil zeggen dat ACM kan besluiten om bepaalde vermeende overtredingen niet terstond te onderzoeken.²²⁹
298. Voor zover handelaren een parallel trekken met de zaak *Checkpoint* van het Gerechtshof Den Haag van 2 februari 2012²³⁰ is ACM van oordeel dat die vergelijking faalt. Anders dan in die zaak is in onderhavige zaak geen sprake van een expliciete gedooghandeling van het bestuursorgaan waaraan belanghebbenden het gerechtvaardigde vertrouwen konden ontleenden dat het bestuursorgaan in kwestie niet voornemens was te gaan handhaven. Het feit dat ACM in 2006 niet tot handhaving is overgegaan, betekent niet dat zij daarmee de situatie op de executieveilingen actief heeft gedoogd. Integendeel, ACM heeft expliciet aangegeven dat zij toekomstig onderzoek niet kon uitsluiten, maar op dat moment vanwege onvoldoende bewijs daar niet toe overging.²³¹

76/94

²²⁷ Zie Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 32.

²²⁸ Vgl. HvJ 15 mei 1975, zaak 71/74 (*Frubo*).

²²⁹ Aldus ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 35.

²³⁰ Hof Den Haag 2 februari 2012, LJN: BV2572 (*Checkpoint*).

²³¹ Aldus ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 36.



**Besluit
Openbaar**

**4.6 Cautie bij schriftelijke vragen door ACM; bevragingstechniek;
medewerkingsplicht bij mondelinge vragen**

299. Verschillende betrokken handelaren zijn van mening dat in het informatieverzoek van ACM van 11 november 2009²³² ten onrechte de cautie ontbreekt: betrokken handelaren zijn niet geweest op hun recht geen verklaring af te leggen.²³³ Ook zou ACM, door haar vraagstelling bij het informatieverzoek van 11 november 2009, die gericht was op het ontlocken van een erkenning van de inbreuk, de rechten van verdediging hebben geschonden.²³⁴ Voorts zou ACM, door tijdens mondelinge vragen te wijzen op de medewerkingsplicht ex 5:20 Awb, het *nemo tenetur* beginsel hebben uitgehold.²³⁵

– *Cautie en bevragingstechniek*

300. Het betoog van betrokken handelaren dat ziet op het ontbreken van de cautie en klaagt over de bevragingstechniek van het schriftelijk informatieverzoek van 11 november 2009 treft naar het oordeel van ACM geen doel.

301. ACM stelt vast dat de vraag of de cautie in dit geval van toepassing is, en de kwestie of bepaalde vragen gericht waren op het ontlocken van een erkenning van de inbreuk, niet aan de orde is, nu de door de betreffende handelaren gegeven antwoorden op het informatieverzoek van 11 november 2009 niet zijn gebruikt om de betrokkenheid bij overtreding vast te stellen van de betreffende handelaar. Naar het oordeel van ACM valt derhalve ook niet in te zien dat betreffende handelaren aldus in hun rechten van verdediging zijn geschaad.

– *Medewerkingsplicht*

302. ACM is van oordeel dat het wijzen op een wettelijke verplichting geen oneigenlijke druk kan opleveren. De wetgever heeft de medewerkingsplicht vastgelegd in artikel 5:20 Awb. De medewerkingsplicht brengt met zich dat de betrokkene gehouden is informatie te verstrekken die onafhankelijk van zijn wil bestaat. Deze medewerkingsplicht geldt ook indien aan een verdachte de cautie toekomt. ACM heeft voorafgaand aan haar mondelinge vragen de cautie gegeven én heeft op de wettelijke medewerkingsplicht gewezen. Niet is in te zien hoe de uiteenzetting van dit wettelijk kader oneigenlijke druk oplevert.²³⁶

²³² Dossierstuk 6538_14/2.

²³³ Dossierstuk 6538_1/1370, p. 8 e.v.

²³⁴ Dossierstuk 6538_1/1370, pt. 58 e.v.

²³⁵ Dossierstuk 6538_1/1370, p. 8 e.v.

²³⁶ Zie ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 50.



**Besluit
Openbaar**

5 Toerekening

303. Op grond van artikel 56, eerste lid, Mw kan ACM, ingeval van overtreding van artikel 6 Mw de overtreder beboeten. Onder overtreder wordt onder meer verstaan degene die de overtreding pleegt (artikel 5:1, eerste lid, Awb).
304. Artikel 6 Mw richt zich in navolging van de communautaire mededingingsregels tot “ondernemingen”.²³⁷ Het begrip “onderneming” omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.²³⁸ Het begrip “onderneming” valt niet noodzakelijkerwijze samen met het begrip “(rechts)persoon” zoals dat in het nationale recht wordt gehanteerd; een onderneming kan ook uit een samenstel van verschillende (rechts)personen bestaan. De “onderneming” die de overtreding heeft begaan, kan een organisatie van meerdere (rechts)personen zijn, waarvan de vertegenwoordigers daadwerkelijk aan de kartelgedragingen hebben deelgenomen. In Europese rechtspraak is in dit verband aangegeven dat de mededingingsregels zich richten tot economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan bijdragen tot het begaan van een inbreuk op het kartelverbod.²³⁹
305. Hoewel artikel 6 Mw zich tot “ondernemingen” richt en het begrip “onderneming” een economische werkingssfeer heeft, kunnen slechts rechtssubjecten (juridische entiteiten) aansprakelijk worden gesteld voor een inbreuk op die bepaling. Wanneer het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels is bewezen, moet derhalve worden bepaald welke juridische entiteit(en) de onderneming exploiteerde(n) gedurende de periode waarin de inbreuk is gemaakt, teneinde deze aansprakelijk te stellen.

Conclusie

306. ACM stelt vast dat de onderneming Handelaar de overtreder is in de zin van artikel 5:1, eerste lid, Awb juncto artikel 56, eerste lid, Mw juncto artikel 6 Mw.
307. Voor de overtreding gepleegd door Handelaar houdt ACM Handelaar aansprakelijk voor 276 woningen, zoals volgt uit en gepreciseerd in *Bijlage 1*.

²³⁷ Zie artikel 1, onder f, Mw.

²³⁸ HvJ 23 april 1991, zaak C-41/90 (*Höfner*), punt 21.

²³⁹ HvJ 10 maart 1992, zaak T-11/89 (*Shell*), punt 311 en HvJ 14 mei 1998, zaak T-352/94 (*Mo Och Domsjö*), punt 7 e.v.



Besluit Openbaar

6 Boete

6.1 Beoordelingskader

308. Ingevolge artikel 56, eerste lid, onder a, Mw kan ACM degene die het kartelverbod van artikel 6 Mw overtreedt, een bestuurlijke boete opleggen. De boete bedraagt ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
309. Op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb stemt ACM de boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten.
310. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft ACM op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld. In de periode waarin Handelaar het kartelverbod heeft overtreden, is de ACM Boetecode 2007 ("Boetecode") van toepassing.²⁴⁰
311. Op grond van de Boetecode wordt de boete vastgesteld in verschillende stappen. Allereerst bepaalt ACM de zogeheten "betrokken omzet". Aan de hand van de betrokken omzet wordt de "boetegrondslag" vastgesteld. Deze boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met een "ernstfactor". Bij het bepalen van het uiteindelijke boetebedrag wordt rekening gehouden met eventuele boeteverhogende en -verlagende omstandigheden.
312. De Boetecode bepaalt dat ACM de boete vaststelt met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur. ACM kan van de Boetecode afwijken indien onverkorte toepassing daarvan tot evidente onbillijkheid leidt.
313. In het hierna volgende zal ACM de boete voor Handelaar aan de hand van de Boetecode stapsgewijs bepalen en motiveren.

6.2 Boetegrondslag

314. Het startpunt bij de boetetoemeting is het vaststellen van de boetegrondslag. Zoals blijkt uit randnummers 21 en 22 van de Boetecode baseert ACM de boetegrondslag op de betrokken omzet van de overtreder.

²⁴⁰ NMa Boetecode 2007, *Stcrt.* 29 juni 2007, nr. 123; *Stcrt.* 10 oktober 2007, nr. 196.



**Besluit
Openbaar**

315. De betrokken omzet is in randnummer 1, onder d, van de Boetecode gedefinieerd als de waarde van alle transacties die door de overtreder tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen en diensten waarop de overtreding betrekking heeft.
316. De betrokken omzet kan echter niet altijd op basis van deze definitie worden vastgesteld. Naar het oordeel van ACM doet een dergelijke situatie zich hier voor. In deze zaak is geen sprake van een (klassiek) verkoopkartel, het soort kartelafspraken waar de definitiebepaling op ziet, maar is sprake van een inkoopkartel. Essentie van de kartelafpraak in deze zaak is namelijk dat het verband van handelaren de inkoopprijs van een woning doelbewust laag houdt.
317. In de hiervoor geschetste situatie dat de betrokken omzet niet kan worden bepaald aan de hand van de definitiebepaling, voorziet randnummer 24 van de Boetecode. Op grond van dat randnummer hanteert ACM een specifiek op deze zaak toegesneden systematiek teneinde tot vaststelling van een boetegrondslag te komen, die naar het oordeel van ACM aansluit bij de (kaders en) uitgangspunten van de Boetecode.
318. In de specifiek op deze zaak toegesneden systematiek wil ACM recht doen aan het gegeven dat betrokken handelaren bij een aantal panden slechts ploggeld – gelijk aan 1% van de inzetprijs van de woning – ontvingen. Anderzijds wil ACM recht doen aan het gegeven dat zij heeft vastgesteld dat handelaren omzet hebben behaald bij de naveiling, nadat die panden door een van de betrokken handelaren was afgemijnd. De impact van de verboden gedragingen is in het laatste geval beduidend groter geweest dan in geval uitsluitend sprake was van verdeling van ploggeld.
319. ACM stelt daarom een boetegrondslag vast die is opgebouwd uit twee delen. Het eerste deel van de boetegrondslag wordt vastgesteld op basis van het aantal besmette panden waar de handelaar bij betrokken is geweest. ACM voegt hier in voorkomend geval aan toe een bedrag – het tweede deel van de boetegrondslag – op basis van het aantal panden waar de handelaar betrokken is geweest bij de naveiling, voor zover die panden waren afgemijnd door een handelaar uit de groep. Dit betekent concreet het volgende.

Waarde besmet pand



Besluit Openbaar

320. ACM neemt als startpunt de op de officiële veiling tot stand gekomen inkooprijzen van de woningen waarbij het verband van handelaren betrokken is.²⁴¹ ACM heeft voor het vaststellen van de inkooprijzen gebruik gemaakt van de gegevens van het Kadaster.²⁴² ACM heeft vervolgens de mediaan van de inkooprijzen van deze woningen vastgesteld. De mediaan is EUR 125.000.²⁴³
321. Het uitgangspunt van de Boetecode is dat de betrokken omzet wordt bepaald aan de hand van de prijs waartegen de goederen die zijn “besmet” worden verkocht. ACM ziet in deze omstandigheid aanleiding om de in het Kadaster vermelde inkooprijzen forfaitair te verhogen met 10%. Met deze opslag wordt tot uiting gebracht dat ACM bij beboeting uit wil gaan van verkoopprijzen. Gelet op het voorgaande stelt ACM de verkoopprijs vast op EUR 137.500 per besmet pand.

Eerste deel van boetgrondslag: mate van betrokkenheid bij het complex van gedragingen

322. Om tot een passende boetgrondslag voor een handelaar te komen, stelt ACM in heroverweging het eerste deel van de boetgrondslag vast op 0,4‰ van de verkoopprijs van een besmette woning – en niet langer op 1‰ zoals in het bestreden besluit. Uitgaande van een waarde van EUR 137.500 stelt ACM het eerste deel van de boetgrondslag derhalve vast op EUR 55 per besmette woning.²⁴⁴
323. Hierbij heeft ACM in overweging genomen dat bij de gedragingen met betrekking tot een woning per definitie meerdere handelaren betrokken zijn. Anders dan in primo, is ACM thans van oordeel dat een promillage van 0,4 beter bij de feiten en de omstandigheden van de zaak aansluit dan een promillage van 1, omdat uit nadere analyse van de bewijsmiddelen blijkt dat gemiddeld 25 handelaren aan een besmette veiling deelnamen.

Tweede deel van de boetgrondslag: vastgestelde effecten van de overtreding

324. ACM stelt in heroverweging het tweede deel van de boetgrondslag vast op 0,4% van de verkoopprijs van een besmette woning, per woning die is nageveild na afmijnen – en niet

²⁴¹ Vgl. NMa-besluit 14 januari 2003, zaak 2269 / Garnalen met betrekking tot de groothandelaren. Zie Rechtbank Rotterdam 20 juni 2006 (*Garnalen*), LJN AX9223, ov. 2.4.7, waarin de rechtbank heeft geoordeeld dat ACM evident heeft kunnen uitgaan van de inkooprijzen.

²⁴² ACM acht in dit verband van belang dat het Kadaster een objectieve bron is.

²⁴³ De mediaan is de middelste inkooprijzen van de verzameling inkooprijzen als deze in oplopende grootte worden gesorteerd. ACM heeft – ten voordele van de overtreder – niet de gemiddelde inkooprijzen tot uitgangspunt genomen bij het bepalen van de boetgrondslag. De mediaan acht ACM in het licht van de verdeling van inkooprijzen meer passend dan het (hogere) gemiddelde van de inkooprijzen.

²⁴⁴ 1% van de verkoopprijs gedeeld door 25 handelaren (= EUR 137.500 * 0.01 / 25 → EUR 137.500 * 0,0004 = EUR 55).



Besluit Openbaar

langer op 1% zoals in het bestreden besluit. ACM stelt het tweede deel van de boetegrondslag vast op EUR 550 per woning die is nageveild na afmijnen.²⁴⁵

325. ACM heeft daarbij oog voor de aard van de overtreding, waarbij zij parallellen ziet met de boetesystematiek in aanbestedingszaken. Ook bij de vaststelling van de betrokken omzet en de boetegrondslag ingevolge de Boetecode wordt rekening gehouden met het feit dat een aantal ondernemingen meedingt naar het verkrijgen van één en hetzelfde object. ACM komt in heroverweging tot het oordeel dat een percentage van 0,4 passend is voor de feiten van de zaak. Uitgaand van een gemiddeld aantal deelnemers per naveiling van 25 deelt ACM het gebruikelijke boetepercentage van 10% dus door 25, wat leidt tot een boetepercentage van bij naveilingen van 0,4%.

Totale boetegrondslag

326. Het eerste deel van de boetegrondslag voor een betrokken handelaar wordt bepaald door de boetegrondslag per besmette woning te vermenigvuldigen met het aantal woningen waarbij de betreffende handelaar is betrokken. Het tweede deel van de boetegrondslag wordt bepaald door de boetegrondslag per woning die is nageveild na afmijnen, te vermenigvuldigen met het aantal van dergelijke woningen waarbij de handelaar betrokken is:

Aantal besmette woningen x EUR 55,- =	EUR	XXX
<u>Aantal naveilingen na afmijnen x EUR 550,- =</u>	EUR	XXX +
Totale boetegrondslag betrokken handelaar =	EUR	XXX

327. De boetegrondslag is de som van het eerste en het tweede deel van de boetegrondslag. Aldus wordt de betrokken handelaar beboet voor iedere woning waarbij hij, in welke vorm dan ook, betrokken is geweest en door middel van zijn gedragingen heeft bijgedragen aan de werking van de afspraak, én voor zijn betrokkenheid bij de gevallen waarin ACM betrokkenheid bij een naveiling na afmijnen heeft geconstateerd.
328. Verschillende handelaren hebben aangevoerd dat de besmette woningen slechts tot beperkte inkomsten hebben geleid; bij het opleggen van de boete zou ACM hiermee rekening dienen te houden.²⁴⁶ Gelet op de wijze waarop de boetegrondslag tot stand komt, is ACM van oordeel dat zij met deze omstandigheid rekening heeft gehouden, zowel bij het eerste als het tweede deel van de boetegrondslag.

²⁴⁵ 10% van de verkoopprijs gedeeld door 25 handelaren (= EUR 137.500* 0.1 / 25 → EUR 137.500*0,004 = EUR 550.

²⁴⁶ Zie bijv. bezwaarschrift [vertrouwelijk], punt 311 e.v.



**Besluit
Openbaar**

329. De Adviescommissie overweegt dat ACM de inzetfase niet kan betrekken bij de berekening van de betrokken omzet, omdat ACM onvoldoende gemotiveerd zou hebben dat de inzetfase onderdeel is van de overtreding.²⁴⁷ In de feiten en omstandigheden (paragraaf 2.2.8 besluit in primo) en in paragraaf 3.4 heeft ACM gemotiveerd uiteengezet dat en waarom de inzetfase een onlosmakelijk onderdeel is van de overtreding in deze zaak. Gelet hierop heeft ACM de inzetfase terecht betrokken bij de berekening van de boetegrondslag.
330. De Adviescommissie heeft verder in Advies 2 erop gewezen dat ACM:
- door middel van een meer geïndividualiseerde omzetberekening waarbij voor iedere handelaar de betrokken omzet wordt berekend tot boetebepaling dient over te gaan, in plaats van de huidige berekening op basis van een mediaan vastgestelde gemiddelde omzet (de huidige berekening houdt onvoldoende rekening met de slechts regionale of lokale activiteit van de betrokken handelaren en de niet onaannemelijke regionale 'omzetverschillen');²⁴⁸
 - de mate van betrokkenheid individueel dient te bezien: thans wordt iedere handelaar die op de inzetlijst van een 'zeer besmette' veiling staat, in dezelfde mate bestraft, zonder onderscheid tussen handelaren die louter op de inzetlijst staan, handelaren die hebben deelgenomen aan de naveiling en handelaren die hebben afgemijnd en het pand in de naveiling hebben aangeboden.²⁴⁹ Daarbij dient er ook rekening mee te worden gehouden dat niet alle naveilingen zonder meer als mededingingsbeperkend zijn aan te merken: in geval een pand is slag gelopen, en verschillende handelaren aan het pand 'vastzitten', kan het praktisch zijn, om het pand 'door te verkopen' aan een of meer handelaren;²⁵⁰
 - door middel van een (beduidend) lagere ernstfactor, nu de inbreuk vooral het resultaat van onachtzaamheid is, en toepassing van dezelfde ernstfactor als in de eerste tranche (2,5) tot onvoldoende differentiatie leidt in de opgelegde boetes vergeleken met de eerste tranche;²⁵¹
331. ACM heeft de gemiddelde (afmijn)prijs van besmette naveilingen van meer dan 15 handelaren uit de tweede en derde tranche die slechts in bepaalde regio's actief waren dan wel bij weinig naveilingen betrokken waren onderzocht om te zien of er significante afwijkingen zijn van de landelijke mediaan van € 125.000. Van significante afwijking is niet gebleken.

²⁴⁷ Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, punt 142.

²⁴⁸ Id., punten 86-88.

²⁴⁹ Id., punten 88-90.

²⁵⁰ Id., punt 89.

²⁵¹ Id., punten 92-95.



**Besluit
Openbaar**

84/94

332. ACM is dan ook van oordeel dat de verschillen in boetehoogte tussen de door ACM gehanteerde benadering en die van de Adviescommissie voorgestelde benadering geen aanleiding geeft om een geïndividualiseerde boetegrondslagbepaling te hanteren, nu de boetebeleidsregels ruimte voor ACM bieden om de haar gehanteerde boetebepaling te volgen en bovendien niet uit het dossier is gebleken dat deze boetebepaling evident onjuist of onredelijk is.
333. ACM ziet geen aanleiding om verder onderscheid te maken tussen de verschillende soorten van naveilingen. Ten eerste is er ook bij de naveilingen na slaglopen kartelwinst gemaakt en is de concurrentie tijdens de officiële veiling vervalst. Ten tweede zijn de 215 naveilingen die nu ten grondslag liggen aan de boeteberekening allemaal naveilingen na afmijnen. Deze naveilingen verschillen dus niet van elkaar.
334. Ten slotte wijkt ACM af van het advies van de Adviescommissie om de ernstfactor te verlagen. De ernstfactor ziet op de aard van de overtreding en niet op de individuele verwijtbaarheid van de handelaren. Zoals ACM hiervoor heeft vastgesteld, gaat het om een enkele voortdurende overtreding die ertoe strekt de mededinging te beperken. Handelaren kunnen niet onkundig zijn geweest van het mededingingsversturende karakter van de gedragingen. Zoals in randnummer 133 hierboven is toegelicht waren alle beboete handelaren immers bij ten minste één of meer naveilingen aanwezig en wisten dus welke nadelige gevolgen hun gedrag voor het biedproces en de verkopende partij had. Handelaren wisten dat de tegenprestatie voor de deelname aan een naveiling was dat zij zich gingen inhouden op het officiële gedeelte van de veiling. Het was glashelder dat een aanzienlijk geldbedrag (de kartelwinst) niet ten goede kwam aan de onder dwang verkopende huiseigenaar, maar aan de aan de naveilingen deelnemende handelaren en dat dit het gevolg was van het samenspannen van deze handelaren.

Conclusie

335. ACM stelt, op basis van *Bijlage 1*, vast dat Handelaar betrokken is bij 276 besmette woningen. ACM heeft 78 naveilingen na afmijnen geïdentificeerd waarbij Handelaar was betrokken.
336. Tevens volgt uit deze bijlage dat Handelaar bij de afspraak betrokken is geweest gedurende de periode van 10 april 2002 tot 2009.²⁵²

²⁵² Dit terwijl de afspraak ten minste duurde vanaf 13 juni 2000 tot en met 20 november 2009.



Besluit Openbaar

337. ACM stelt het eerste deel van de boetegrondslag voor Handelaar vast op EUR 55 maal 276 = 15.180 EUR; het tweede deel van de boetegrondslag op EUR 550 maal 78 = 42.900 EUR. De som van de twee delen is de totale boetegrondslag en bedraagt voor Handelaar EUR 58.080.

6.3 Basisboete

338. De basisboete wordt bepaald door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een ernstfactor. De ernstfactor weerspiegelt de ernst van de overtreding.

339. ACM stelt de ernst van de overtreding vast door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder meer betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijke marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. ACM kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten (randnummer 31 van de Boetecode).

340. ACM onderscheidt 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen. Verstreckende horizontale afspraken worden als een zeer zware overtreding aangemerkt (randnummer 28 van de Boetecode).

341. ACM zal in het navolgende uiteenzetten op welke waarde de ernstfactor wordt vastgesteld en welke omstandigheden daarvoor van belang zijn.

342. ACM stelt vast dat sprake is van een verstreckende horizontale afspraak van het verband van handelaren. Zij zijn directe concurrenten van elkaar op executieveilingen. Betrokken handelaren hebben de risico's van concurrentie welbewust vervangen door de zekerheid die samenwerking biedt. De concurrentie op de executieveiling is door het verband van handelaren beperkt, vervalst en gefrustreerd.

343. Op een executieveiling is de prijs de enige relevante concurrentie-parameter. Handelaren konden zich zodoende op die veilingen alleen van elkaar onderscheiden door de hoogte van hun bod. Juist ten aanzien van hun biedgedrag hebben zij een verstreckende afspraak met elkaar gemaakt, waardoor zij in beperkte mate in de inzetfase tegen elkaar opbieden en in de afmijnfase later konden afmijnen. Deze afspraak zorgt ervoor dat op executieveilingen, overeenkomstig de bedoeling van het verband van handelaren, de



Besluit Openbaar

prijs van een woning niet in vrije concurrentie tot stand komt. Een afspraak tussen directe concurrenten die betrekking heeft op de enige concurrentie-parameter, is naar het oordeel van ACM een zeer zware overtreding van het kartelverbod.

344. Naar het oordeel van ACM is het rationeel dat een handelaar winst nastreeft bij de handel in onroerend goed. Dat hij, om winst te maken, een woning op een executieveiling voor een zo laag mogelijke prijs wenst in te kopen, is dan ook begrijpelijk. Ongeoorloofd is het echter dat handelaren gezamenlijk afspraken maken en daar uitvoering aan geven met als doel én als gevolg om de inkoopprijs zo laag mogelijk te houden. Het is deze praktijk waar ACM zeer ernstige bezwaren tegen heeft.
345. ACM constateert dat de uitvoering van de afspraak bij ten minste 2300 woningen is toegepast. Dit betekent dat het kartel er in is geslaagd om ten aanzien van minimaal 2300 woningen de onderlinge concurrentie door samenspanning aanzienlijk te beperken. Die betreffende woningen vertegenwoordigen een gezamenlijke inkoopwaarde, zo volgt uit kadastrale gegevens, van ten minste EUR 300.000.000. Deze gegevens zijn naar het oordeel van ACM een indicator van het grote economisch belang dat met de inbreuk gemoeid is.
346. Voorts wijst ACM erop dat het verband van handelaren, door middel van de kartelafpraak, het veilingproces, en dus de structuur van de markt, ernstig heeft ontwricht.²⁵³
347. ACM stelt ook vast dat het kartel wordt gekenmerkt door een hoge organisatiegraad en door een grote mate van loyaliteit tussen het verband van handelaren. Zo was het geen uitzondering dat bij de veiling van een woning twintig handelaren betrokken waren, terwijl bovendien sommigen van hen ook nog actief waren *outsiders* bij de afspraak te betrekken. De uitvoering van de afspraak werd met grote nauwkeurigheid vormgegeven en uitgewerkt. Zo werden ook relatief kleine bedragen consequent aan de hand van voorgedrukte inzetlijsten geadministreerd en uitgekeerd aan de overige karteldeelnemers. Ook werden in voorkomende gevallen administratiekosten gerekend, hetgeen door de andere karteldeelnemers kennelijk gerechtvaardigd werd bevonden.²⁵⁴
348. Ten slotte wijst ACM op de naveilingen, die in voorkomende gevallen werden georganiseerd om kartelwinst te bepalen en te verdelen. Het betreft, zoals ook is vastgesteld in paragraaf 2.2.6, een heimelijk en door de betrokken handelaren zelf

86/94

²⁵³ Vgl. HvJ 6 oktober 2009, zaak C-501/06 (*GlaxoSmithKline*), punt 62-64.

²⁵⁴ Dossierstuk 6538_13/9, p.9.



Besluit Openbaar

georganiseerde nieuwe veiling, met eigen veilingregels zoals de te hanteren wijze van bieden. In de omstandigheid dat de handelaren op deze naveilingen niet alleen de winsten maar juist ook de (sporadische) verliezen delen, ziet ACM bevestiging van de loyaliteit van het verband van handelaren. Bevestiging van die loyaliteit ziet ACM ook in het door het kartel gehanteerde sanctiemechanisme dat het achter de hand houdt voor het geval een handelaar uit het verband van handelaren zich niet aan de afspraak houdt: bewust slag laten lopen van een woning, zodat de betreffende handelaar die de prijs in de inzetfase te ver heeft opgedreven “vast zit aan het pand.”²⁵⁵

349. De Adviescommissie adviseert om de ernstfactor voor de handelaren uit de tweede en derde tranche naar beneden bij te stellen, omdat de inbreuk vooral het resultaat van onachtzaamheid zou zijn, en toepassing van dezelfde ernstfactor als in de eerste tranche (2,5) tot onvoldoende differentiatie leidt in de opgelegde boetes vergeleken met de eerste tranche.²⁵⁶
350. Zoals hiervoor reeds is vastgesteld namen alle handelaren uit de eerste, tweede en derde tranche deel aan één enkele inbreuk en moeten zij zich bewust zijn geweest van het mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen. Van onachtzaamheid kan daarom evenmin sprake zijn. ACM merkt voorts op dat een gestelde geringere mate van betrokkenheid per handelaar niet afdoet aan het karakter van deze inbreuk. De mate van betrokkenheid van elke handelaar komt bovendien al tot uitdrukking in zijn basisboete, omdat het aantal besmette panden en het aantal naveilingen waarin hij heeft geparticipeerd daarin is verdisconteerd. Om deze reden volgt ACM het advies van de Adviescommissie niet.
351. Gelet op het voorstaande is ACM van oordeel dat sprake is van een zeer zware overtreding waarvoor een ernstfactor van 2,5 passend is. Dit leidt voor Handelaar tot een basisboete van EUR 145.200.

6.4 Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

6.4.1 Beoordeling door ACM

352. Op grond van randnummer 47 van de Boetecode kan ACM boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen.

²⁵⁵ Zie paragraaf 2.2.7.

²⁵⁶ Zie Advies 2, punten 92-95.



**Besluit
Openbaar**

353. Van dergelijke omstandigheden is ACM in deze zaak niet gebleken.

6.4.2 Beoordeling van de standpunten van handelaren

354. De betrokken handelaren hebben betoogd dat sprake is van afwezigheid van alle schuld.²⁵⁷ Hiermee bedoelen zij dat de overtreding hen niet kan worden verweten zodat ingevolge artikel 5:41 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) boeteoplegging achterwege dient te blijven.
355. ACM stelt voorop dat een beroep op afwezigheid van alle schuld slechts in geval van zeer uitzonderlijke omstandigheden kan worden gehonoreerd. Die omstandigheden moeten worden aangevoerd door degene die dit beroep voert. Ter onderbouwing van die bijzondere omstandigheden, voeren betrokken handelaren aan dat sprake is van *gerechtvaardigde dwaling*.
356. Betrokken handelaren zijn van mening dat zij gerechtvaardigd dwaalden over de toepasselijkheid van het kartelverbod op de door hen gemaakte afspraak om de prijs op de executieveiling zo laag mogelijk te houden.²⁵⁸ Zij verwijzen daartoe met name naar uitspraken en gedragingen van derden, te weten 1) ACM in haar persbericht van 18 januari 2006²⁵⁹ en 2) een publicatie in Notariaat Magazine respectievelijk 3) de notarissen ter veiling. In dat betoog ligt de opvatting besloten dat betrokken handelaren kennelijk aan hun eigen verantwoordelijkheden ingevolge de Mededingingswet invulling kunnen geven door te verwijzen naar bepaalde uitspraken en/of bepaalde gedragingen van anderen.
357. ACM kan het betoog en die opvatting van de handelaren niet volgen. ACM wijst erop dat eenieder een eigen verantwoordelijkheid heeft om zich te onthouden van gedragingen die in strijd met de wet zijn. Die verantwoordelijk is er ook indien twijfel bestaat of gedragingen verenigbaar zijn met een wettelijke bepaling. In dat geval ligt het op de weg van betrokkene bij wie die twijfel bestaat, om zich er van te vergewissen of zijn gedragingen in strijd komen met een wettelijke bepaling. Het nalaten daarvan komt voor risico van de betrokkene.
358. Bovendien kan slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden aan die eigen verantwoordelijkheid invulling worden gegeven door te verwijzen naar een mededeling

88/94

²⁵⁷ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 421.

²⁵⁸ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 246 e.v.

²⁵⁹ www.nma.nl.



**Besluit
Openbaar**

en/of gedragingen van anderen. Die omstandigheden worden nog meer uitzonderlijk ingeval van een wettelijke bepaling die gericht is tot één specifieke groep actoren, zoals het geval is bij de tot ondernemingen gerichte Mededingingswet en het daaronder begrepen kartelverbod. Voor ondernemingen, zoals professionele handelaren op executieveilingen, tot wie artikel 6 Mw zich in het bijzonder richt, geldt dan ook een grote verantwoordelijkheid om zich te onthouden van gedragingen die in strijd zijn met de Mededingingswet.²⁶⁰

Persbericht NMa 18 januari 2006

359. In hun beroep op afwezigheid van alle schuld hebben betrokken handelaren gewezen op een persbericht van ACM van 18 januari 2006. In dat persbericht heeft ACM onder andere het volgende verklaard:

“De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft geen concrete overtredingen van het kartelverbod geconstateerd bij executieveilingen van huizen. (...) Hoewel het onderzoek van de NMa geen concreet bewijsmateriaal heeft opgeleverd voor overtredingen van het kartelverbod, blijft de NMa de ontwikkelingen van executieveilingen actief volgen. Zij roept mensen op om zich bij de NMa te melden met een concreet vermoeden of aanwijzing van een overtreding van het kartelverbod bij de executieveilingen van huizen.”²⁶¹ (onderstreping ACM)

360. Anders dan betrokken handelaren is ACM is van oordeel dat aan dit persbericht geen rechtens te honoreren vertrouwen kan worden ontleend voor een succesvol beroep op afwezigheid van alle schuld. Van een stellige en ondubbelzinnige uitspraak van ACM dat het gedrag van betrokken handelaren niet in strijd komt met artikel 6 Mw is in dat persbericht geen sprake.
361. Het persbericht van ACM doet naar het oordeel van ACM dan ook op geen enkele wijze af aan de eigen verantwoordelijkheid van de betrokken handelaren om zich te onthouden van gedragingen die in strijd komen met de Mededingingswet.
362. Dat bij handelaren de perceptie leeft dat in dat persbericht is aangegeven dat hun gedragingen niet in strijd komen met de Mededingingswet, komt voor rekening van betrokken handelaren. ACM kan voor die perceptie niet verantwoordelijk gehouden worden.

Publicatie in Notariaat Magazine

²⁶⁰ Deze bijzondere verantwoordelijkheid wordt ook wel de “Garantenstellung” genoemd.

²⁶¹ www.nma.nl.



Besluit Openbaar

363. Betrokken handelaren hebben ter onderbouwing van hun betoog dat sprake is van afwezigheid van alle schuld, voorts nog gewezen op een artikel in het Notariaat Magazine, waarin staat dat “[d]e NMa het Ministerie van Justitie [heeft] laten weten geen mededingingsproblemen te zien bij de executieveilingen.”²⁶²

364. ACM is van oordeel dat dit artikel geen grond kan opleveren om het betoog van betrokken handelaren te honoreren. Genoemd artikel is gebaseerd op het persbericht van ACM van 18 januari 2006. Nu aan dat persbericht geen gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ontleend, zoals hiervoor reeds is overwogen, deelt het tijdschriftartikel hetzelfde lot, nog daargelaten de omstandigheid dat ACM niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de wijze waarop derden, zoals een redactie van een tijdschrift, persberichten van ACM “vertalen”.

365. ACM kan, gelet op het voorgaande, het beroep van betrokken handelaren op afwezigheid van alle schuld dan ook niet honoreren. Evenmin succesvol is het betoog dat het persbericht of het tijdschriftartikel grond zouden opleveren voor de stelling dat sprake is van verminderde verwijtbaarheid.

Gedragingen door de notarissen

366. Betrokken handelaren voeren voorts aan dat zij uit de wijze waarop notarissen zich tijdens executieveilingen opstelden, hebben mogen afleiden dat hun afspraken en gedragingen goorloofd waren. De notarissen waren namelijk op de hoogte van het verdelen van inzetpremies door handelaren en hebben in voorkomende gevallen de uitbetaling van inzetpremies (in ieder geval tot 2005) gefaciliteerd.²⁶³

367. ACM stelt voorop dat de verantwoordelijkheid van betrokken handelaren om zich te onthouden van gedragingen die in strijd zijn met de Mededingingswet, niet kan worden ontlopen door te verwijzen naar de betrokkenheid van derden bij die gedragingen, te meer als niet uitgesloten kan worden dat deze derden zich niet in overeenstemming met de Mededingingswet hebben gedragen.

368. ACM heeft bovendien vastgesteld, aan de hand van de verklaringen in het dossier, dat handelaren doorgaans buiten het zicht van notarissen uitvoering gaven aan hun afspraken²⁶⁴, of zich “subtieler” moesten gaan gedragen om op de inzetlijst vermeld te

²⁶² Notariaat Magazine, nummer 2, februari 2006.

²⁶³ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 271.

²⁶⁴ Dossierstuk 6538_1/646, p. 1-2.



Besluit Openbaar

worden.²⁶⁵ Uit deze verklaringen kan ACM niet de conclusie trekken dat notarissen nadrukkelijk zouden hebben ingestemd met de afspraken en gedragingen van betrokken handelaren. De gestelde omstandigheid dat sommige notarissen wel eens zorg hebben gedragen voor uitbetaling van de inzetpremie, maakt dat niet anders.

369. ACM merkt nog op dat de vraag of, en zo ja in welke mate, notarissen door mogelijk inzetpremie te hebben uitgekeerd een faciliterende rol hebben gehad in het functioneren van dit kartel, in de huidige procedure tegen betrokken handelaren niet ter discussie staat.
370. Betrokken handelaren voeren tot slot aan dat, mochten hun gedragingen niettemin in strijd zijn met het kartelverbod, er sprake is van verminderde verwijtbaarheid zodat een eventuele boete op die grond dient te worden gematigd. ACM heeft in deze paragraaf overwogen dat van afwezigheid van alle schuld noch van verminderde verwijtbaarheid sprake is. Dat leidt tot de slotsom dat voor matiging van de boete geen grond bestaat.

Leeftijd en verdien capaciteit

371. Een groot aantal handelaren heeft een zogenaamd 'leeftijdsverweer' gevoerd. Zij voeren aan dat zij een dermate hoge leeftijd hebben bereikt, dat hun verdien capaciteit om de boete te kunnen betalen zeer beperkt is. Voor een aantal handelaren geldt dat zij de pensioengerechtigde leeftijd al geruime tijd hebben bereikt en ook met gezondheidsklachten worden geconfronteerd.
372. Met de Adviescommissie is ACM van oordeel dat de leeftijd (en gezondheid) van de handelaren op zichzelf genomen geen reden is om de boete te matigen of van boeteoplegging af te zien. Ten eerste wordt eenieder die aan het economisch verkeer deelneemt geacht de wet te kennen en die te respecteren. ACM ziet derhalve geen aanleiding om geen boete op te leggen uitsluitend vanwege het feit dat sommige handelaren de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt, en daardoor slechts over een beperkte verdien capaciteit zouden beschikken. Ten tweede is de financiële positie van een handelaar op leeftijd niet noodzakelijkerwijze slechter dan de financiële positie van een jongere handelaar. Op een handelaar van bijvoorbeeld 30 jaar oud kunnen financiële verplichtingen rusten die tot gevolg hebben dat een boete op hem een net zo grote dan wel grotere impact heeft dan op een gepensioneerde handelaar.

91/94

²⁶⁵ Dossierstuk 6538_13/1, p.4 waarin de heer [vertrouwelijk] verklaart: "Na krantenberichten in de jaren 2000/2001 over prijsafspraken op veilingen zijn notarissen strenger geworden en moet het vaak subtieler worden doorgegeven als een handelaar op de inzetlijst wil staan."



Besluit Openbaar

92/94

373. Wat betreft het beroep op de zaak Glazenwassers is ACM van oordeel dat het enkele feit dat in een andere zaak vanwege persoonlijke omstandigheden is besloten te volstaan met een symbolische boete, ACM niet verplicht om dat hier ook te doen. De omstandigheden in die zaak waren hoe dan ook anders dan in de onderhavige. Naar het oordeel van ACM kan het leeftijdsverweer, voor zover dat inhoudt dat louter vanwege de hoge leeftijd van een handelaar de boete moet worden gematigd of van boeteoplegging moet worden afgezien, dan ook niet slagen. ACM verwijst hieromtrent ook naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van 12 december 2013, met name de overwegingen in randnummers 13-17.²⁶⁶
374. De handelaren verwijzen naar de financiële strafrechtspraak, waarin leeftijd en een beperkte verdien capaciteit redenen zijn om boetes te matigen of strafzaken te seponeren. De Adviescommissie heeft hiernaast aangegeven dat in sommige gevallen een symbolische boete niet apert onredelijk was geweest. ACM zou per handelaar moeten onderzoeken of de omstandigheden een dergelijke vergaande matiging kunnen rechtvaardigen.
375. In dat kader benadrukt ACM dat boeteoplegging altijd met inachtneming van de financiële positie van de beboete persoon plaatsvindt zodat een mogelijk beperkte verdien capaciteit van een gepensioneerde handelaar al door ACM in de bepaling van de boetehoogte is meegenomen. De verdien capaciteit is echter niet de enige factor bij de bepaling van de draagkracht en de hoogte van de boete. Van belang is dat de boete is afgestemd op het inkomen en het vermogen. Het opgebouwde vermogen speelt dus net zozeer een rol. Dit vermogen is immers ook (al dan niet gedeeltelijk) afkomstig uit eerdere inkomsten.
376. Het voorgaande in aanmerking nemend en gelet op de verstrekte financiële gegevens van Handelaar, is niet gebleken dat de financiële positie van Handelaar van dien aard is dat, ten einde te komen tot een evenredige sanctie, een verdere matiging van het boetebedrag noodzakelijk is.
377. De Adviescommissie draagt ACM nog op om te motiveren, in het licht van de zeer ingrijpende persoonlijke gevolgen voor veel handelaren en hun directe omgeving, waarom het waarborgen van gezonde marktwerking en bescherming van de consument niet met minder vergaande maatregelen had kunnen worden nagestreefd en had kunnen worden volstaan met meer bescheiden boetes en in voorkomende gevallen, boetes van meer 'symbolische' aard.²⁶⁷

²⁶⁶ ECLI:NL:RBROT:2013:9860

²⁶⁷ Zie Advies 2, punt 32.



Besluit Openbaar

378. ACM is van oordeel dat de inbreuk zo ernstig is dat een symbolische boete niet op zijn plaats is. ACM verwijst in eerste instantie naar hetgeen hiervoor over de ernstfactor is overwogen. Bovendien zorgt de thans opgestelde boetesystematiek er al voor dat de boetehoogte beter aansluit bij de feiten en omstandigheden van deze zaak. Het verschil tussen de boetehoogte en de genoten winst per handelaar per besmette veiling is niet zodanig groot dat dit tot verdere verlaging van de boete zou nopen. ACM is van oordeel dat van een symbolische boete onvoldoende preventieve werking uitgaat, mede gezien de hoogte van de met het kartel behaalde winst en de gevoeligheid van het veilingstelsel voor collusie.

6.5 Wettelijk maximum

379. De boete bedraagt ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

380. ACM stelt vast dat het boetemaximum niet wordt overschreden.

6.6 Vaststelling van de hoogte van de boete

381. Gelet op het bepaalde in randnummer 56 van de Boetecode stelt ACM de boete vast op EUR 145.000.

7 BESLUIT

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart de bezwaren van [vertrouwelijk], geboren op [vertrouwelijk], deels gegrond;
- II. legt aan [vertrouwelijk] een boete op van EUR 145.000;
- III. handhaaft voor het overige, onder aanvulling van de motivering, haar besluit van 7 januari 2013.

Datum, 9 juli 2014

93/94



**Besluit
Openbaar**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. C.A. Fonteijn
Bestuursvoorzitter

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Een natuurlijk persoon kan ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht.aspx>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden.

94/94