

Annotatie

Executieveilingenzaak geëxecuteerd door het CBb

CBb 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204

Ekram Belhadj*

160

Inleiding

De zaak *Executieveilingen* is op het bouwfraudeonderzoek na het grootste kartelonderzoek dat de ACM¹ heeft uitgevoerd in termen van aantal betrokken ondernemingen.² Aan circa 80 ondernemingen³ zijn boetes opgelegd voor overtreding van artikel 6 Mededingingswet (Mw). In haar onderzoek heeft de ACM naast informatie die zij verkreeg uit onaangekondigde onderzoeken in woningen en op bedrijfslocaties, mondelinge verklaringen van de ondernemingen en een clementieverzoek,⁴ ook mondelinge verklaringen afgenomen van onder meer notarissen, veilingmeesters, makelaars, taxateurs, banken en

Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen.⁵ Tevens ontving de ACM van ruim 400 rechtspersonen en natuurlijke personen die actief zijn op executieveilingen schriftelijke informatie naar aanleiding van verzoeken van de ACM.⁶ Ook het Kadaster heeft informatie verstrekt aan de ACM.⁷ In tegenstelling tot het bouwfraudeonderzoek heeft de ACM de zaak *Executieveilingen*, ondanks de omvang van haar onderzoek, niet tot een voor haar goed einde weten te brengen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft in zijn uitspraak in deze zaak de boetebesluiten van de ACM waartegen beroep was ingesteld vernietigd, omdat de ACM onvoldoende bewijs had geleverd om de door haar vastgestelde gedragingen als een enkele voortdurende inbreuk aan te merken.⁸ Het pijnpunt voor de ACM in deze zaak is dat als zij verschillende gedragingen die zij als een enkele voortdurende inbreuk had aangemerkt, had losgekoppeld van elkaar, voor een aantal gedragingen de vaststelling van een overtreding van artikel 6 lid 1 Mw mogelijk wel overeind was gebleven. Het CBb stelt namelijk in zijn uitspraak vast dat een onderdeel van de gedragingen een mededingingsbeperkende strekking heeft.⁹ De ACM heeft in deze zaak haar hand over-

* Mr. E. Belhadj is werkzaam als advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen N.V. te Zwolle.

1. De zaak is gestart onder de NMa. Hierna wordt voor de overzichtelijkheid gesproken over 'ACM' ook daar waar de NMa bedoeld wordt.
2. Ook in termen van opslagcapaciteit bij de ACM was dit een zeer omvangrijke zaak blijkbaar. In de speech van H. Don van 24 mei 2012 tijdens het congres Markt & Mededinging merkte hij namelijk op: 'De grootste schok zit wellicht in de stap naar digitale dossiers. Van de drie toezichhouders is de best practice op ICT-terrein te vinden bij de OPTA, zodat die praktijk gekozen is voor de ACM. Dat leidt tot veel minder papier; een stap die binnen de NMa al nodig bleek voor het dossier executieveilingen, dat anders een hele verdieping aan archiefkasten zou vergen. Nu staat dat dossier op dvd. (...)'. De tekst van deze speech is beschikbaar op de website van de ACM.
3. Aan zowel natuurlijke als rechtspersonen. Hierna worden deze als 'handelaren' aangeduid.
4. Zie o.a. Besluit 13 december 2011, zaak 6538_1/1308, *Executieveilingen*, randnr. 6.

5. Zie o.a. *Executieveilingen*, randnr. 4. De ACM noemt in randnr. 52 van dat besluit dat de makelaars, taxateurs, van een notaris en van een tweetal controlerend ambtenaren van de Belastingdienst als 'getuige' bij de gedragingen gelden, voor zover zij niet zelf bij de gedragingen betrokken waren. Diezelfde passage is ook terug te vinden in verschillende andere besluiten in deze zaak.

6. *Executieveilingen*, randnr. 5.

7. *Executieveilingen*, randnr. 7.

8. CBb 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204, *Executieveilingen*.

9. Zie over deze uitspraak ook AB 2017/296, m.nt. A. Outhuijse en J.J.A. Waverijn.

speeld door de vanuit haar oogpunt minder bewerkelijke route van de één enkele inbreuk¹⁰ te kiezen. Deze uitspraak is de eerste waarin het CBb een enkele voortdurende overtreding van artikel 6 Mw niet bewezen acht. Dit zal hierna verder worden belicht. In deze annotatie wordt eerst ingegaan op de achtergrond van de zaak. Daarna komen de belangrijkste overwegingen van de uitspraak van het CBb aan bod. Vervolgens wordt de uitspraak geanalyseerd en daarna volgen enkele slotopmerkingen.

Achtergrond

Verloop executieveilingen

In deze zaak draait het om gedragingen van handelaren van woningen¹¹ bij executieveilingen. Op deze executieveilingen worden woningen verkocht door banken wanneer een particulier zijn hypothecaire verplichtingen niet nakomt. Een executieveiling kent twee fasen: (1) een veiling bij opbod, die ook wel de inzetfase wordt genoemd, en (2) een veiling bij afslag, die ook als afmijnfase wordt aangeduid. In de inzetfase wordt met een vast bedrag per bieding opgeboden, waarbij het hoogste bod, dat de inzetprijs genoemd wordt, als minimumprijs geldt in de afmijnfase. Daarna begint de afmijnfase waarin de veilingmeester met een bedrag dat hoger ligt dan de inzetprijs begint en daarna een reeks steeds lager wordende bedragen afroept. Degene die ‘mijn’ roept bij een bedrag tijdens de afmijnfase, is degene die de woning koopt tegen dat bedrag. Als in de afmijnfase niet wordt afgemijnd wordt de hoogste bieder tijdens de inzetfase koper van de woning. Door dit systeem, waarbij in de afmijnfase de prijs wordt bepaald, zal een bieder niet genegen zijn om te bieden in de inzetfase. Om bidders te motiveren om toch te bieden in de inzetfase, krijgt de hoogste bieder in de inzetfase een premie van 1 procent van de inzetprijs (inzetpremie). Die inzetpremie wordt alleen uitgekeerd als de woning wordt afgemijnd. Indien niet wordt afgemijnd, wordt de premie verrekend met de koopsom die de inzetter, dan dus koper, als koper moet betalen. In zowel de inzet- als de afmijnfase heeft de bank nog steeds een rol: zij kan zelf meebieden in de inzetfase, waardoor de prijs kan worden opgedreven, en ook kan de bank besluiten de woning niet te verkopen aan de persoon met het hoogste bod.

Onderzoek ACM naar gezamenlijk optreden handelaren

Op 13 oktober 2009 startte de ACM een onderzoek naar een mogelijke overtreding van artikel 6 Mw door handelaren bij deze executieveilingen.¹² Aanleiding voor dit

onderzoek vormde een fiscaal onderzoek van de Belastingdienst. Dat fiscale onderzoek leidde bij de Belastingdienst tot het vermoeden dat door handelaren op executieveilingen de Mw werd overtreden. De Belastingdienst droeg vervolgens informatie over aan de ACM op basis van hun samenwerkingsconvenant.¹³ Volgens de ACM bestond tussen 2000 en 2009 bij executieveilingen een praktijk waarbij betrokken handelaren na afloop van de inzetfase konden aangeven dat zij meedoen met de inzetende handelaar. De namen van handelaren die meededen, werden op een lijst geplaatst (inzetlijst). Handelaren die op de inzetlijst stonden, kregen dan een gedeelte van de inzetpremie als de woning werd afgemijnd. Als het pand niet werd afgemijnd, zaten handelaren van deze ad-hocgroep samen vast aan het pand. In dat geval werd het pand in de regel verkocht aan de handelaar (of handelaren) binnen de groep die het meeste geld voor het pand over had (of hadden). Ook benaderen de handelaren die regelmatig bij de gedragingen betrokken waren en daardoor een verband zijn gaan vormen derden (outsiders) teneinde hen te betrekken bij de gedragingen. Dit gebeurde zowel vóór, tijdens als na de inzetfase. Een outsider die mee had gedaan met de inzetter, werd door het verband van handelaren geacht bij volgende veilingen, in het geval hij dan inzetter was, andere handelaren ook mee te laten doen. Op deze manier – het zelf mee mogen doen en het anderen mee laten doen – konden outsiders deel gaan uitmaken van het verband; zij waren dan geen outsiders meer.

Verband van handelaren en voortdurend karakter

Volgens de ACM had deze samenwerking plaatsgevonden op meer dan 2.000 executieveilingen. Door de doorlopende samenwerking was een verband ontstaan van handelaren die elkaar kenden en van elkaar wisten dat zij bij het verband betrokken waren. Uit dat verband vormde zich tijdens een executieveiling van een woning steeds een ad-hocgroep die onderling de inzetpremie verdeelde. Als werd afgemijnd door een handelaar die behoorde tot de ad-hocgroep, werd deze handelaar volgens de ACM geacht gelegenheid te geven aan andere betrokken handelaren om met hem mee te kopen. Als andere handelaren aangaven mee te willen kopen, en de afmijner stemde daarmee in, werd het pand na afloop van de officiële veiling nogmaals verhandeld binnen die groep handelaren, de zogenoemde ‘naveiling.’ De handelaren op de naveiling deelden het verschil tussen de op die naveiling tot stand gekomen prijs en de officiële veilingprijs. Uit het bewijsmateriaal bleek volgens ACM dat een groot aantal panden na de officiële veiling werd nageveild. De ACM stelde dat de handelaren uit de ad hoc groep hun biedgedrag in de afmijnfase bepaalden door het aantal actieve outsiders. Waren er geen outsiders, dan expliciteerde de groep handelaren vóór de

10. Hierna wordt de term ‘enkele voortdurende overtreding’ aangehouden, aangezien het CBb die term gebruikt.

11. Het ging ook om anderen panden, maar omdat in de besluiten en uitspraken gemakshalve over woningen wordt gesproken, wordt in deze annotatie ook alleen ‘woningen’ gebruikt.

12. Aanleiding voor het onderzoek vormde een fiscaal onderzoek van de Belastingdienst. Al in 2005 deed de ACM onderzoek naar mogelijke

kartelvorming door handelaren bij executieveilingen van woningen, maar dat onderzoek leverde geen concreet bewijsmateriaal op voor overtreding van het kartelverbod, zie het persbericht van de ACM van 18 januari 2006. In dat persbericht maakte de ACM kenbaar dat zij desalniettemin de ontwikkelingen van executieveilingen actief zou volgen.

13. Zie Besluit 13 december 2011, zaak 6538_1/1308, randnr. 1.

afmijnfase dat het pand zou worden nageveild. Ook werd hierbij een prijs afgesproken waarvoor één van hen zou mijnen. Als er weinig outsiders waren werd het risico genomen om het afmijnen zo lang mogelijk uit te stellen, zodat de woning voor een lager bedrag door een handelaar uit de ad-hocgroep kon worden afgemijnd om daarna winst te maken tijdens de naveiling. De ACM stelde verder dat het benaderen van outsiders, het verdelen van inzetpremies, het laten meedoen aan de naveiling en de sanctionering van prijsopdrijvers in de inzetfase elkaar aanvulden. Het voortdurende karakter van de gedragingen bleek naar het oordeel van de ACM ook uit de wijze waarop handelaren de verschillende veilingen gezamenlijk afhandelden, onder meer: openstaande tegoeden en verplichtingen van verschillende executieveilingen werden onderling gesaldeerd, en het gebruik van voorgedrukte (inzet)lijsten waarop bijvoorbeeld namen, adressen en bankgegevens van honderden handelaren stonden vermeld en waarop werd aangekruist welke handelaren voor een bepaalde woning op een executieveiling aan de afspraak en gedragingen hadden deelgenomen.

Volgens de ACM was dan ook sprake van een verband van handelaren dat in de periode van 13 juni 2000 tot en met 15 december 2009 een complex van gedragingen vertoonde voor, tijdens en na afloop van meer dan 2.000 executieveilingen. Deze gedragingen werden gekenmerkt door een identiek en gemeenschappelijk doel, namelijk om op de executieveilingen een zo laag mogelijke prijs van een woning tot stand te laten komen. Er zou dus sprake zijn geweest van één enkele voortdurende overtreding. Deze zaak werd door de ACM in drie tranches opgesplitst, waarbij de mate van betrokkenheid bij de vermeende overtreding bepalend was.¹⁴ De gedragingen van de handelaren waren volgens de ACM in alle tranches gelijk.¹⁵ Gelet op de opdeling in tranches heeft elke tranche een afzonderlijk zaaknummer.¹⁶ Voor overtreding van artikel 6 lid 1 Mw legde de ACM op 13 december 2011 boetes op aan handelaren in tranche 1 en op 7 januari 2013 werden de boetes aan handelaren in tranche twee en tranche drie opgelegd.

In de bezwaarprocedures zijn de hoogtes van verschillende boetes door de ACM aangepast, maar is de vaststelling van de overtreding in stand gebleven. Vervolgens heeft de Rechtbank Rotterdam in beroep zich wat betreft de gedragingen en de kwalificatie daarvan als een enkele voortdurende overtreding achter de ACM

geschaard.¹⁷ De boetes zijn in beroep echter wel verlaagd.¹⁸

Uitspraak CBb

Geen geheime gedragingen

Het CBb stelt in zijn uitspraak voorop dat sprake is van een kartelzaak met bijzondere kenmerken: de besluiten van de ACM hebben betrekking op een grote groep handelaren, waaronder veel natuurlijke personen, die met uiteenlopende motieven en verschillende intensiteit en frequentie aan executieveilingen hebben deelgenomen. De door de ACM gestelde overtreding wordt gevormd door gedragingen die (ten dele) reeds vele jaren als gebruik werden beschouwd op executieveilingen, zoals het (al dan niet in gezamenlijkheid) meebieden in de inzetfase met het enkele doel om de inzetpremie te verkrijgen. Een belangrijk deel van de gedragingen vond niet heimelijk plaats en werd doorgaans goed geadmistreerd.¹⁹ Daarna stelt het CBb in lijn met de vaste rechtspraak het beoordelingskader vast voor de omvang van de rechterlijke toetsing, de bewijsvoering door de ACM en de beoordeling van de bewijsmiddelen.²⁰ Ten aanzien van de beoordeling van de bewijsmiddelen wordt specifiek overwogen dat aangezien een belangrijk deel van de gedragingen in deze zaak niet heimelijk plaatsvond en doorgaans goed geadmistreerd werd, de situatie dat het bestaan van een mededingingsversturende gedraging in de meeste gevallen moet worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd bij gebreke van een andere coherente verklaring het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden, een mindere rol speelt.²¹

Mededingingsbeperkende strekking indien naveiling plaatsvond

Vervolgens wordt vastgesteld dat niet in geschil is dat op executieveilingen de praktijk bestond dat handelaren na afloop van de inzetfase konden aangeven dat zij mee wensten te doen met de inzettende handelaar. Door mee te doen met de inzet konden de betrokken handelaren aanspraak maken op een deel van de inzetpremie. Volgens de ACM had het meedoen met de inzet daarnaast echter nog meer consequenties. Handelaren zouden zich ertoe committeren de inzetprijs niet verder op te drijven dan noodzakelijk, zodat het meedoen met de inzet fungeerde als aanloop naar collusie in de afmijnfase en als 'toegangskartje' voor deelname aan een naveiling.²² Na

14. Tranche één betrof 14 handelaren die betrokken waren bij 1.118-351 woningen, tranche twee betrof 42 handelaren die betrokken waren bij 350-87 woningen en tranche drie betrof 27 handelaren die betrokken waren bij 86-40 woningen.
15. Zie bijvoorbeeld Besluit op bezwaar van 9 juli 2014, zaak 6538_1-1828, *Executieveilingen*, randnr. 4.
16. Met zaaknummers 6538, 7237 en 7268.
17. Zie de uitspraken van 18 december 2014 en 7 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2014:10129, ECLI:NL:RBROT:2014:10173, ECLI:NL:RBROT:2014:10174, ECLI:NL:RBROT:2016:2165, ECLI:NL:RBROT:2016:2171, ECLI:NL:RBROT:2016:2172, ECLI:NL:RBROT:2016:2173, ECLI:NL:RBROT:2016:2179, ECLI:NL:RBROT:2016:2181, ECLI:NL:RBROT:2016:2185, ECLI:NL:RBROT:2016:2186, ECLI:NL:RBROT:

2016:2189, ECLI:NL:RBROT:2016:2190, ECLI:NL:RBROT:2016:2192, ECLI:NL:RBROT:2016:2196, ECLI:NL:RBROT:2016:2201, ECLI:NL:RBROT:2016:2211.

18. Zie over de uitspraken van 18 december 2014 onder meer de annotatie van M. Slotboom en C. Schell, 'Executieveilingen', *M&M* 2015/5, p. 195.

19. CBb 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204, *Executieveilingen*, r.o. 5.1.

20. *Executieveilingen*, r.o. 5.2-5.6.

21. *Executieveilingen*, r.o. 5.4.

22. *Executieveilingen*, r.o. 6.8.

het citeren uit verschillende verklaringen van zowel de clementieverzoeker als van andere handelaren overweegt het CBb dat uit de bewijsmiddelen naar voren komt dat de praktijk van het gezamenlijk inzetten ter verkrijging van de inzetpremie kon worden gebruikt om een beneden competitieve inzetprijs te realiseren. Op die manier kon het gezamenlijk inzetten een opstap vormen naar collusie in de afmijnfase, die erop was gericht om de (afmijn)prijs van het betreffende pand zo laag mogelijk te houden. Dit gebeurde door middel van het groeps-mijnen.²³ Aan de hand van (onder meer) genoemde verklaringen overweegt het CBb dat kan worden vastgesteld dat handelaren bij een aantal executieveilingen hebben samengewerkt om de prijsvorming op de officiële veiling te frustreren. In de gevallen waarin de ACM een naveiling na afmijnen heeft geconstateerd, staat naar het oordeel van het CBb vast dat handelaren afspraken hebben gemaakt, of ten minste hun gedrag onderling hebben afgestemd, om de afmijnprijs zo laag mogelijk te houden.²⁴ Dit gedrag had naar het oordeel van het CBb de strekking om de mededinging te beperken. De alternatieve verklaringen die handelaren naar voren hebben gebracht voor de naveilingen wijst het CBb van de hand.²⁵

Te weinig naveilingen om als bewijs te dienen

Het CBb stelt vervolgens vast dat de ACM aan de boetesluitens 215 naveilingen ten grondslag heeft gelegd en dat de ACM heeft opgemerkt dat uit een nadere beoordeling van de bewijsmiddelen is gebleken dat het dossier bewijs bevat voor in totaal 572 naveilingen. Hoe dan ook dient naar het oordeel van het CBb te worden vastgesteld dat de ACM voor het overgrote deel van de 2.328 veilingen die door haar tot de overtreding worden gerekend (de besmette veilingen), geen bewijs heeft geleverd voor het plaatsvinden van een naveiling. Van de besmette veilingen zonder bewijs van naveiling heeft de ACM bewijzen aangeleverd waaruit volgens haar blijkt dat gezamenlijk is ingezet, bijvoorbeeld in de vorm van een inzetlijst van het betreffende pand. Ook deze veilingen maken volgens de ACM deel uit van de overtreding, omdat het gezamenlijk inzetten de aanzet vormde tot collusie in de afmijnfase en bedoeld was om een lagere inzetprijs te realiseren.²⁶ Dat baat de de ACM niet. Het CBb is namelijk van oordeel dat de ACM niet heeft aangetoond dat het gezamenlijk inzetten steeds een aanzet vormde voor collusie in de afmijnfase. Uit verschillende verklaringen, waar het CBb naar verwijst, blijkt dat vermelding op de inzetlijst niet per se met zich bracht dat handelaren gezamenlijk optraden in de afmijnfase.²⁷

Voortbouwend op verklaringen uit het dossier overweegt het CBb dat daaruit niet blijkt dat er sprake was van een vaste, stilzwijgende verstandhouding tussen de betrokken handelaren om mede-inzetters, ook wanneer

geen sprake was van groeps-mijnen, telkens na het afmijnen mee te laten kopen. Hoewel het CBb onderkent dat er verklaringen zijn waaruit naarvoren komt dat er ook zonder expliciete afspraak een naveiling na het afmijnen kon plaatsvinden, kan daaruit niet worden geconcludeerd dat als een handelaar die op de inzetlijst vermeld stond een pand mijnde, hij geacht werd de andere handelaren van de groep de gelegenheid te geven mee te kopen in de naveiling. De verschillende verklaringen lopen daarvoor op dit punt te veel uiteen en zijn zelfs tegenstrijdig. Dat handelaren door het systeem van inzetpremieverdeling er steeds op konden anticiperen dat zij niet zelf af hoefden te mijnen, blijkt daaruit niet.²⁸

Gezamenlijk inzetten niet voldoende voor collusie

Ook is naar het oordeel van het CBb uit het door de ACM geleverde bewijs niet gebleken dat het gezamenlijk inzetten steeds tot een lagere prijs leidde en daarmee het normale proces van mededinging bij het opbieden in de inzetfase verstoorde. Uit vele verklaringen blijkt dat handelaren die een specifiek pand willen aanschaffen niet meebieden in de inzetfase om niet aan de andere aanwezigen kenbaar te maken dat zij interesse hebben in het pand. Niet meebieden in de inzetfase kon dus ook het resultaat zijn van zelfstandig biedgedrag. Verder bleek ook niet uit het dossier dat het gezamenlijk inzetten per definitie tot een meer terughoudend biedgedrag leidde onder bieders die niet in het pand waren geïnteresseerd, maar slechts in de inzetpremie.²⁹

De verhouding tussen het aantal door de ACM als besmet aangeduide veilingen en het aantal door haar vastgestelde naveilingen – genoemde 215 of 515 – duidt er volgens het CBb ook niet op dat samenwerking in de inzetfase steeds gericht was op collusie in de afmijnfase. Het CBb voegt daar nog aan toe dat het zich wrekt dat de ACM in de gevallen waarin geen bewijs voor een naveiling is aangetroffen, geen nader onderzoek heeft verricht naar het verloop van de betreffende veilingen.³⁰ Nu de ACM dit heeft nagelaten, kan aan de hand van de over deze veilingen beschikbare informatie niet worden nagegaan of, en zo ja in hoeverre, handelaren zich gebonden voelden door een onderlinge verstandhouding om niet individueel maar voor de groep af te mijnen.

Geen voortdurende overtreding aangetoond

Het voorgaande brengt met zich dat aangezien de door de ACM gestelde enkele voortdurende overtreding zou bestaan uit een complex van gedragingen met als gemeenschappelijk doel de prijs op de executieveiling zo laag mogelijk te houden, een veiling waarvoor alleen bewijs is geleverd van het gezamenlijk inzetten (en niet van een daarop volgende naveiling) niet kan worden beschouwd als een gedraging die onderdeel uitmaakt

23. *Executieveilingen*, r.o. 6.14.

24. *Executieveilingen*, r.o. 6.17.

25. *Executieveilingen*, r.o. 6.18.

26. *Executieveilingen*, r.o. 6.19.

27. *Executieveilingen*, r.o. 6.20.

28. *Executieveilingen*, r.o. 6.25.

29. *Executieveilingen*, r.o. 6.26-6.27.

30. *Executieveilingen*, r.o. 6.29. In deze r.o. geeft het CBb ook aan waar de ACM onderzoek naar had kunnen doen, bijvoorbeeld of bij deze veilingen was afgemijnd door een lid van het door haar gestelde verband van handelaren of door een outsider.

van die voortdurende overtreding.³¹ Ten aanzien van de veilingen waarbij de ACM heeft vastgesteld dat na het afmijnen een naveiling heeft plaatsgevonden, heeft zij naar het oordeel van het CBb wel terecht vastgesteld dat het gedrag van de handelaren erop gericht was de prijs op de executieveiling zo laag mogelijk te houden. Desalniettemin leiden die naveilingen niet tot het oordeel dat sprake is van een enkele voortdurende overtreding. De ACM heeft 215 naveilingen na afmijnen aan de boetes ten grondslag gelegd. Afgezet tegen het totaal aantal van 2.328 besmette veilingen moet worden vastgesteld dat van het overgrote deel van de gedragingen waarop de boetes zijn gebaseerd niet bewezen kan worden geacht dat zij onderdeel vormen van de gestelde enkele voortdurende overtreding. De stelling van de ACM dat zij bij nadere beoordeling kan aantonen dat er 572 naveilingen waren, kan daarbij geen rol spelen, omdat deze naderhand gestelde naveilingen niet in de besluiten aan de overtreding ten grondslag zijn gelegd.³² Van de overige gedragingen die ten grondslag zijn gelegd aan de overtreding en waarvoor bewijs is geleverd, is niet zonder meer duidelijk dat deze kunnen worden aangemerkt als één enkele voortdurende overtreding. De kwalificatie van één voortdurende enkele inbreuk hangt namelijk samen met de ten onrechte al bestemde aangeduide veilingen.³³

Om van de gedragingen die door het CBb als mededingingsbeperkend zijn aangemerkt te kunnen beoordelen of daaruit één enkele voortdurende overtreding kan worden afgeleid, is een nadere analyse, en vervolgens een nadere beoordeling nodig ten aanzien van de continuïteit van die gedragingen, de geografische reikwijdte en spreiding daarvan en de mate van deelname van de betrokken handelaren.³⁴ Het CBb ziet echter geen aanleiding voor een bestuurlijke lus in de zin van artikel 8:81a Algemene wet bestuursrecht (Awb) om de ACM de mogelijkheid daartoe te bieden. De reden daarvoor is de fundamentele aard van de in het bewijs geconstateerde gebreken. Daarbij weegt onder meer mee dat de ACM in de procedure voldoende herstelkansen heeft gehad die zij onbenut heeft gelaten.

Analyse

Deze uitspraak is opvallend om twee redenen. De eerste is dat het CBb vaststelt dat in de gevallen waarin de ACM had geconstateerd dat na het afmijnen een naveiling had plaatsgevonden, de handelaren afspraken hadden gemaakt, of ten minste gedrag hebben afgestemd, om de afmijnprijs zo laag mogelijk te houden, en dat deze gedragingen een mededingingsbeperkende strekking hadden.³⁵ Toch wordt geoordeeld dat de ACM de

door haar gestelde enkele voortdurende overtreding niet heeft bewezen, omdat niet is aangetoond dat sprake is van een totaalplan. Het is, zoals hiervoor vermeld, de eerste keer dat het CBb een enkele voortdurende overtreding van de Mededingingswet niet bewezen acht. De tweede reden is dat de bestuurlijke lus zoals bedoeld in artikel 8:51a Awb niet toepast wordt vanwege met name de fundamentele aard van de gebreken in het bewijs van de ACM. Langs deze twee lijnen wordt hieronder verder ingegaan op de uitspraak.

(1) Totaalplan als onderdeel van een enkele voortdurende overtreding

- *Koppeling inzetten, afmijnen en naveilingen door de ACM*

Om te begrijpen waarom het CBb wel mededingingsbeperkend gedrag vaststelde, maar tegelijkertijd oordeelde dat de ACM de door haar gestelde overtreding niet had bewezen is het belangrijk om voor ogen te houden waar de vermeende schending van artikel 6 lid 1 Mw precies uit bestond in deze zaak.

De ACM meende dat die schending bestond uit één enkele voortdurende overtreding bij 2.328 executieveilingen die gekenmerkt werd door het gezamenlijke doel van de groep handelaren om de prijs op de executieveilingen zo laag mogelijk te houden. Daarbij had de ACM een verband gesteld tussen de inzetfase, afmijnfase en de naveiling: handelaren zouden zich ertoe committeren de inzetprijs niet verder op te drijven dan noodzakelijk, zodat het meedoen met de inzet fungeerde als aanloop naar collusie in de afmijnfase en als toegang voor deelname aan een naveiling. Het probleem lag dus niet zozeer bij samenwerken in de inzetfase. Uit de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam blijkt dat de ACM de inzetfase op zichzelf bezien ook niet als problematisch beschouwde: 'ACM heeft verklaard dat het vermeld staan op de inzetlijst op zichzelf niet wordt beschouwd als een inbreuk op het kartelverbod en dat alleen die handelaren die op de inzetlijst staan vermeld en tenminste aan één naveiling hebben meegedaan zijn beboet wegens overtreding van het kartelverbod.'³⁶ De koppeling met de opvolgende fasen van afmijnen en naveilen in combinatie met het weinige aantal naveilingen dat de ACM had vastgesteld vormde de *bottle neck*. Daar waar sprake was van een naveiling had dit gedrag van handelaren zoals toegelicht een mededingingsbeperkende strekking, omdat er dan in de afmijnfase afstemming over de prijs plaatsvond.

- *Invulling enkele voortdurende overtreding*

Het aanmerken van gedragingen van ondernemingen als een enkele voortdurende overtreding speelt een rol in tal van kartelzaken. In de vaste rechtspraak is reeds geoordeeld hoe dat leerstuk moet worden ingevuld. Omdat het voor het begrip van het oordeel van het CBb belang-

31. *Executieveilingen*, r.o. 7.2.

32. Het CBb merkt in r.o. 7.3 dat zijn beoordeling overigens ook niet anders zou luiden als wordt uitgegaan van 572 naveilingen.

33. *Executieveilingen*, r.o. 7.3.

34. *Executieveilingen*, r.o. 7.4.

35. *Executieveilingen*, r.o. 6.16-6.17.

36. Zie o.m. Rb. Rotterdam 14 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10129, r.o. 9.25, Rb. Rotterdam 7 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2211, r.o. 8.20 en Rb. Rotterdam 7 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2185, r.o. 8.1.

rijk is om voor ogen te houden dat de vermeende schending bestond uit een dergelijke inbreuk, is het ook van belang om kort stil te staan bij die invulling van de ‘enkele voortgezette overtreding’.

Uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat een schending van artikel 101 lid 1 VWEU – en daarmee ook van artikel 6 lid 1 Mw – niet alleen kan voortvloeien uit een op zichzelf staande handeling, maar ook uit een reeks handelingen of een voortdurende gedraging, ook al zouden één of meer onderdelen van deze reeks handelingen of van deze voortdurende gedraging ook op zich, afzonderlijk, schending van deze bepaling kunnen opleveren. Wanneer de verschillende handelingen vanwege hun identieke doel deel uitmaken van een ‘totaalplan’, mag de aansprakelijkheid voor deze handelingen worden bepaald aan de hand van de deelname aan de betrokken inbreuk in haar geheel.³⁷ Deze leer van de enkele voortgezette inbreuk brengt met zich dat een onderneming aansprakelijk kan worden gehouden voor gedragingen waaraan die onderneming zelf niet heeft deelgenomen, indien (1) komt vast te staan dat die onderneming met haar eigen gedragingen, die een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel in de zin van het kartelverbod vormen, heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers, en (2) die onderneming kennis had van de overige inbreukmakende gedragingen van de andere deelnemers die plaatsvonden met het oog op de gezamenlijke doelstelling, of deze gedragingen redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden.³⁸ Deze lijn wordt gevolgd door het CBb ten aanzien van artikel 6 lid 1 Mw.³⁹

• *Merkwaardige aanvulling door de ACM*

Hiervoor is toegelicht dat het CBb van oordeel is dat bij executieveilingen waar ook een naveiling plaatsvond na het afmijnen, vaststaat dat sprake is van afspraken die de strekking hebben de mededinging te beperken. De ACM had slechts 215 naveilingen vastgesteld in haar onderzoek. Dat is circa 9 procent van het totaal aantal veilingen waarop volgens de ACM de overtreding betrekking had. Blijkbaar had de ACM in hoger beroep nog aangevoerd dat uit een nadere beoordeling van de bewijsmiddelen is gebleken dat er bewijs was voor 572 naveilingen. Dan nog komt de ACM uit op bewijs van maar 25 procent naveilingen. Los daarvan is het merkwaardig dat de ACM deze ‘extra’ naveilingen niet eerder in het onderzoek heeft kunnen vaststellen. In zekere zin zal de ACM zich met dit argument van extra naveilingen in de voet hebben geschoten, omdat het laat zien dat de ACM haar bewijs niet op orde had, waar het CBb mogelijk (enige) waarde aan heeft gehecht bij zijn oor-

deel over de bestuurlijke lus (daarover later meer), ook al blijkt dit niet direct uit de uitspraak. Afgaand op deze cijfers heeft het CBb vastgesteld dat de ACM voor het overgrote deel van de 2.328 veilingen die door haar tot de overtreding werden meegerekend, geen bewijs heeft geleverd van een naveiling.

• *Aanzienlijk belang van verklaringen*

De ACM bracht vervolgens naar voren dat bij de veilingen waarvoor geen bewijs was van naveilingen, wel sprake was van het gezamenlijk inzetten en dat dat de aanzet vormde voor collusie in de afmijnfase. In zijn oordeel over dit punt hecht het CBb grote waarde aan verklaringen in het dossier, waaronder verklaringen van de clementieverzoeker. Het CBb wijst op verschillende verklaringen uit het dossier ter motivering van het oordeel dat dat verband er niet per se is. Die verklaringen zijn ook van doorslaggevend belang bij de constatering door het CBb dat er geen sprake was van een vaste, stilzwijgende verstandhouding tussen de betrokken handelaren om handelaren die samenwerkten bij de inzet, ook wanneer geen sprake was van groepsmijnen, steeds na het afmijnen mee te laten kopen. Hoewel er verklaringen zijn waaruit blijkt dat ook zonder expliciete afspraak na het afmijnen een naveiling kon plaatsvinden, kan daaruit niet geconcludeerd worden dat als een handelaar die op de inzetlijst stond een woning mijnde, hij geacht werd de andere handelaren van de groep de gelegenheid te geven mee te kopen in de naveiling. Die verklaringen lopen daarvoor te veel uiteen en zijn zelf tegenstrijdig.⁴⁰ Ook had de ACM niet zomaar voorbij mogen gaan aan de alternatieve verklaringen in het dossier voor het gezamenlijk inzetten.

Opvallend is dat ook de rechtbank waarde hechtte aan verklaringen, en vooral die van de clementieverzoeker. Alleen speelden die een tegenovergestelde rol dan bij het CBb: de rechtbank stelde haar oordeel dat de ACM wel voldoende bewijs had aangedragen voor de vaststelling dat de verschillende gedragingen in onderlinge samenhang bezien waren te kwalificeren als een enkele voortdurende overtreding, namelijk mede op verklaringen uit het dossier. Dat betekende dat een handelaar die vermeld stond op een inzetlijst en mee had gedaan aan ten minste één naveiling, had deelgenomen aan één voortdurende overtreding, zo is te lezen in de uitspraken van de rechtbank. De rechtbank zag deze vaststelling door de ACM ook ondersteund door schriftelijk bewijs zoals handgeschreven aantekeningen van handelaren waarop het veilingverloop was weergegeven en overzichtslijsten opgesteld door handelaren met gegevens van handelaren die regelmatig aan de (na)veiling meededen.⁴¹ Dat schriftelijke bewijs speelt geen rol in de uitspraak van het CBb. Bij het CBb staan bij de beoordeling of sprake is van een systeem van inzetten, afmijnen en naveilen enkel de verklaringen in het dossier centraal, waar veelvuldig uit geciteerd wordt. De waarde van verklaringen moet dan ook niet onderschat worden als onderdeel van

37. Zie o.m. HvJ EU 6 december 2012, zaak C-441/11 P, *Commissie/Verhuizingen Coppens*, ECLI:EU:C:2012:778, r.o. 41 en HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, *Fresh Del Monte Produce Inc*, ECLI:EU:C:2015:416, r.o. 156.

38. Zie o.m. *Commissie/Verhuizingen Coppens* en *Fresh Del Monte Produce Inc*.

39. Zie o.m. CBb 24 maart 2016, *Zilveruien*, ECLI:NL:CBB:2016:56, r.o. 4.8.3 en CBb 14 juli 2016, *Meel*, ECLI:NL:CBB:2016:188, r.o. 5.3.24.

40. *Executieveilingen*, r.o. 6.25.

41. Zie onder meer Rb. Rotterdam 14 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10129, r.o. 8.5.

de bewijsvoering. Zonder inzicht in het dossier in deze zaak is enkel vast te stellen dat er blijkbaar een zodanig aantal verklaringen, althans passages daarin, aanwezig was dat de ACM daar rekening mee had moeten houden. De ACM heeft te veel geleund op verklaringen die haar standpunt ondersteunden en onvoldoende rekening gehouden met verklaringen die tegen dat standpunt pleitten. Bij de rechtbank is dit overigens ook naar voren gebracht door de handelaren, maar de rechtbank volgde de handelaren daarin niet.

Bovendien komt de verhouding tussen het aantal naveilingen en het totaal aantal executieveilingen dat onderdeel is van de gestelde overtreding, de ACM duur te staan: dat duidt er volgens het CBb niet op dat samenwerking in de inzetfase steeds gericht was op collusie in de afmijnfase. Het CBb laat niet na om daaraan toe te voegen dat de ACM dit verder had kunnen onderzoeken.

- *De ACM te kort door de bocht*

Waar dit alles op neerkomt, is dat de ACM ten aanzien van de 2.328 veilingen niet heeft aangetoond dat de handelaren een systeem hadden met als doel om de prijs zo laag mogelijk te houden. Anders gezegd: er was geen 'totaalplan'. Alleen bij executieveilingen waar na het afmijnen ook sprake was van een naveiling, is terecht vastgesteld dat het gedrag van de handelaren erop gericht was de prijs zo laag mogelijk te houden. Dat betrof maximaal 215 veilingen. Het mag daarom geen verbazing wekken dat de conclusie van het CBb is dat voor het overgrote deel van de gedragingen niet kan worden bewezen dat zij onderdeel vormen van de gestelde enkele voortdurende overtreding. De bij nader inzien opgevoerde 572 naveilingen door de ACM waren – nog los van het feit dat deze te laat zijn ingebracht – hoe dan ook niet voldoende om dat aan te tonen. De vraag die hierbij rijst, is hoeveel naveilingen de ACM had moeten aantonen om een enkele voortdurende inbreuk bij 2.328 veilingen te kunnen vaststellen. In r.o. 7.2 overweegt het CBb dat de ACM niet aangetoond heeft dat het gezamenlijk inzetten 'steeds' bedoeld was om een lagere inzetprijs te realiseren of om tot collusie in de afmijnfase te komen en dat

'een veiling waarvoor alleen bewijs is geleverd van dat gezamenlijk inzetten (en niet van een daarop volgende naveiling) daardoor niet kan worden beschouwd als een gedraging die onderdeel uitmaakt van de door de ACM gestelde enkele voortdurende overtreding, aangezien niet is aangetoond dat het gedrag van de handelaren bij die veilingen erop gericht was de prijs op de executieveiling zo laag mogelijk te houden.'

Deze bewoordingen duiden erop dat de ACM bij alle veilingen die zij onderdeel had gemaakt van de enkele voortdurende overtreding had moeten bewijzen dat de handelaren de prijzen op die veilingen zo laag mogelijk wilden houden.

(2) Geen nieuwe kans voor ACM

Het CBb spreekt zich op twee punten uit over de mogelijkheid voor de ACM om nog aan te tonen dat sprake is van een enkele voortdurende overtreding. Het eerste punt is dat het CBb overweegt dat de 572 naveilingen die de ACM in hoger beroep bij nader inzien ook zou kunnen aantonen, geen rol kunnen spelen bij zijn beoordeling van de enkele voortdurende overtreding, omdat die naveilingen niet in de besluiten van de ACM aan de overtreding ten grondslag zijn gelegd. Het tweede punt is dat het CBb de ACM geen gelegenheid biedt om de gedragingen die de ACM wel heeft bewezen – de 215 naveilingen – nader te beoordelen om te bepalen of die een enkele voortdurende overtreding kunnen opleveren. De bestuurlijke lus wordt dus niet toegepast en dat is terecht in deze zaak.

- *Toepassing bestuurlijke lus*

De mogelijkheid van een bestuurlijke lus is vervat in artikel 8:51a Awb. Op basis van dat artikel kan de bestuursrechter het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen om een gebrek in het bestreden besluit te herstellen tijdens de (hoger)beroepsprocedure. Het CBb is, net zoals overige bestuursrechters, niet verplicht om de bestuurlijke lus toe te passen.⁴² De tekst van deze bepaling sluit naar het oordeel van het CBb de bestuurlijke lus niet uit in punitieve zaken, al zal de rechter bij toepassing daarvan terughoudendheid betrachten.⁴³ In de literatuur is over de toepassing van de bestuurlijke lus bij bestuurlijke boetes overigens opgemerkt dat uit de wetsgeschiedenis van de bestuurlijke lus blijkt dat deze niet toepasbaar wordt geacht bij de bestuurlijke boete,⁴⁴ al wordt ook geopperd dat het CBb terecht voorbijgegaan is aan die geschiedenis.⁴⁵ Het CBb heeft inmiddels de bestuurlijke lus vaker toegepast bij boetesbepalingen op grond van de Mw, waarbij de ACM in de gelegenheid werd gesteld om de motivering van de hoogte van de boetegrondslag te herstellen of om de boetes opnieuw te bepalen.⁴⁶ Aanvulling van het bewijs in verband met de bewijslast die op de ACM rust om de door haar gestelde overtreding aan te tonen of het opnieuw beoordelen van het bewijsmateriaal om te bepalen of een overtreding vastgesteld kan worden, is niet eerder voorwerp geweest van een bestuurlijke lus bij een Mw-boete.

- *Bestuurlijke lus voor bewijs mogelijk bij CBb*

Over de bewijslast in relatie tot de bestuurlijke lus heeft het CBb zich eerder in een uitspraak van december 2014

42. Dit blijkt uit de tekst van art. 8:51a Awb zelf, omdat wordt gesproken over 'kan'. Zie ook de gewijzigde MvT bij de Wet bestuurlijke lus Awb, *Kamerstukken II* 2007/08, 31352, 6, p. 14-15 en Cbb 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438, r.o. 4.2.8.

43. Cbb 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438, r.o. 4.2.8. Zie daarover de annotatie van V.H. Affourtit, *JOR* 2015/39.

44. T.N. Sanders, 'Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete', *MM* 2012/3, p. 133 e.v. Zie ook Affourtit 2015.

45. Annotatie van R. Stijnen bij ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, *AB* 2017/386.

46. Zie onder meer Cbb 20 maart 2012, *Openbaar Groen Maastricht*, ECLI:NL:CBB:2012:BW3671; Cbb 14 maart 2012, *Noord-Holland Acht*, ECLI:NL:CBB:2012:BV9426; Cbb 6 oktober 2016, *Plantuinen*, ECLI:NL:CBB:2016:272.

uitgesproken, waarin het ging om twee boetebesluiten van de ACM voor overtreding van het spamverbod.⁴⁷ Volgens de Rechtbank Rotterdam had de ACM niet bewezen dat e-mails waren verstuurd naar personen die als ‘abonnees’ konden worden aangemerkt zoals bedoeld in de Telecommunicatiewet, omdat ten tijde van de gestelde overtreding het spamverbod alleen ten aanzien van ‘abonnees’ gold. Kort gezegd ging de ACM in haar besluiten uit van verzending van e-mails aan gebruikers die niet per se als abonnees kwalificeerden. Dit vergde nader onderzoek door de ACM, omdat uit het onderzoeksdossier en het procesdossier niet was gebleken dat de ACM enig onderzoek had verricht naar de vraag of e-mails waren verzonden aan abonnees. Omdat nader onderzoek door de ACM een nader onderzoek naar de feiten zou omvatten, gaat dat verder dan het herstellen van een procedureel gebrek, en dat was volgens de rechtbank niet meer mogelijk.⁴⁸ In hoger beroep voerde de ACM aan dat de rechtbank haar ten onrechte de gelegenheid had onthouden om het gebrek in het bestreden besluit te herstellen door het ontbrekende bewijs bij te brengen. Volgens de ACM was de rechtbank gehouden tot het toepassen van de bestuurlijke lus.⁴⁹ Het CBB wees erop dat het in beginsel niet de taak van de bestuursrechter, maar van het bestuursorgaan is om het bewijs rond te maken. Het antwoord op de vraag of het ontbrekende bewijs nog valt te verkrijgen, berust op een inschatting; absolute zekerheid daarover valt vaak niet te verkrijgen. De rechter is niet gehouden iedere theoretische kans te bieden en mag mede in aanmerking nemen of het nadere onderzoek binnen een redelijke tijd zal zijn afgerond en hoe groot de kans van slagen is. Als er een reëel uitzicht is dat het ontbrekende bewijs alsnog wordt geleverd, dan beslist de rechter naar het oordeel van het CBB of hij het bestuursorgaan de kans daartoe wil bieden. De rechter kan dat weigeren, bijvoorbeeld als die gelegenheid zich niet verdraagt met de door artikel 6 EVRM verlangde voortvarende behandeling en gewaarborgde rechten van de verdediging of als het bestuursorgaan, mede gelet op het gewicht van de zaak, voldoende herstelkansen heeft gehad en deze onbenut heeft gelaten.⁵⁰ Vervolgens wees het CBB erop dat de bestuurlijke lus in punitieve zaken niet uitgesloten is, al zal de rechter bij de toepassing terughoudendheid betrachten. De rechtbank was ook niet gehouden tot het toepassen van een bestuurlijke lus. De rechtbank heeft voor een in de rangorde van artikel 8:72 Awb hogere wijze van geschilafdoening gekozen door de boetebesluiten te herroepen. Die herroeping was naar de stand van zaken in de eerste aanleg juist, omdat het bewijs voor de overtreding ontoereikend was; dat de taxatie door de rechtbank dat het ontbrekende bewijs niet meer viel te verzamelen achteraf wellicht onjuist blijkt, deed aan de juistheid van die keuze op zichzelf niet af, aldus het CBB.⁵¹ Het CBB

zag overigens geen reden om het in hoger beroep overgelegde aanvullende bewijs van de ACM niet toe te laten, maar dat bewijs was nog steeds niet toereikend om een overtreding aan te tonen. De ACM kreeg niet opnieuw de kans om aanvullend bewijs aan te brengen. De ACM werd er namelijk op gewezen dat zij al voor het opleggen van de boetes ruime gelegenheid had gehad om aanvullend bewijs te verzamelen, gelet op de argumenten die toen al door de beboete ondernemingen naar voren waren gebracht, maar gewacht had tot na de uitspraak van de rechtbank om dat bewijs in kaart te brengen. Bovendien was de kans dat de ACM alsnog bruikbaar aanvullend bewijs zou weten te verzamelen verder afgenomen.⁵² De reden om de ACM geen mogelijkheid te bieden om het bewijs aan te vullen was dus met name gelegen in het feit dat zij eerder voldoende tijd had gehad om het bewijs te verzamelen maar dat simpelweg heeft nagelaten. In een latere uitspraak van het CBB, waarin het ging om een boetebesluit van de staatssecretaris van Economische zaken voor overtreding van de Meststoffenwet,⁵³ heeft het CBB het bieden van die mogelijkheid daar waar het bewijs al eerder verzameld had kunnen worden gehangen aan strijd met de goede procesorde.⁵⁴ In de annotatie bij die zaak is vermeld dat het CBB de kans heeft laten liggen om in lijn van de Afdeling⁵⁵ ook voor boete-procedures in het economisch bestuursrecht piketpalen uit te zetten ten aanzien van het bewijsrecht en gebruik van de bestuurlijke lus om het bestuursorgaan in staat te stellen dragend bewijs voor de gestelde overtreding te leveren.

- *Afdeling begrenst bestuurlijke lus voor nader bewijs door goede procesorde*

Die lijn van de Afdeling is dat bij een bestuursrechtelijk boetebesluit als uitgangspunt geldt dat het bestuursorgaan het ‘dragend bewijs’ van een overtreding bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming dient te leveren.⁵⁶ In twee uitspraken – met dezelfde strekking – van de Afdeling van 5 juli 2017 over het leveren van bewijs door een bestuursorgaan na de fase van besluitvorming en de bestuurlijke lus, is die lijn verder uitgewerkt.⁵⁷ De Afdeling overweegt daarin dat het inbrengen van nader

47. CBB 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438.

48. Rb. Rotterdam 21 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5151, r.o. 4.4-5.

49. CBB 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438, r.o. 4.2.2.

50. CBB 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438, r.o. 4.2.7.

51. CBB 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438, r.o. 4.2.8.

52. CBB 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438, r.o. 4.3.1 en 4.3.7.

53. CBB 9 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:107. Zie daarover de annotatie van C.L.G.F.H Albers, *JB* 2016/128.

54. CBB 9 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:107, r.o. 4.5. Daarover overwoog het CBB specifiek: ‘Gedurende de gehele procedure heeft appellante in steeds nauwkeuriger geformuleerde bewoordingen te kennen gegeven dat de transportbewegingen voor haar niet controleerbaar waren, omdat niet aangetoond was dat de transportmiddelen waren uitgerust met de vereiste apparatuur. Met name in het hogerberoepschrift heeft de appellante dit bezwaar op dusdanig heldere wijze verwoord, dat het de staatssecretaris duidelijk had behoren te zijn welke gegevens van hem verlangd werden. Dat de staatssecretaris vervolgens in zijn reactie op het hogerberoepschrift geen gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid de benodigde gegevens alsnog te leveren, kan niet voor rekening van appellante komen.’

55. Waarmee wordt bedoeld op ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4034. Zie de annotatie van C.L.G.F.H Albers, *JB* 2016/30 over die uitspraak van de Afdeling.

56. ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4034.

57. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en ECLI:NL:RVS:2017:1819.

bewijs door een bestuursorgaan na de besluitvorming toelaatbaar is, maar dat die mogelijkheid wel wordt begrensd door de goede procesorde. Of het inbrengen van bewijs geoorloofd is, hangt volgens de Afdeling af van wat in redelijkheid van het bestuursorgaan gevergd mocht worden. Als het bewijs voor besluitvorming geleverd kon worden en er geen goede redenen zijn waarom dat niet is gedaan, is het alsnog inbrengen van dat bewijs in strijd met de goede procesorde. Verder licht de Afdeling toe dat met ‘dragend bewijs’ wordt bedoeld op bewijs dat het bestuursorgaan in redelijkheid reeds in het stadium van de bestuurlijke besluitvorming van de boeteoplegging aan de overtreding ten grondslag had kunnen leggen. Specifiek met betrekking tot de bestuurlijke lus spreekt de Afdeling uit dat toepassing daarvan in boetezaken niet uitgesloten is, waarbij een redelijke termijn en de goede procesorde geëerbiedigd moeten worden. De bestuurlijke lus kan naar het oordeel van de Afdeling ook toegepast worden op zowel bewijstekorten als andere tekorten, al bestaat voor de bestuurlijke lus bij bewijstekorten wel ‘weinig ruimte.’ Dat betekent dat de bestuursrechter terughoudend zal moeten zijn met het toepassen daarvan, waarbij de Afdeling opmerkt dat in boetezaken ter begrenzing van de toepassing van de bestuurlijke lus ook de goede procesorde leidend is. Ook weegt mee wat in redelijkheid van het bestuursorgaan gevergd mocht worden. Dat betekent volgens de Afdeling dat als zich in (hoger) beroep een bewijsgebrek openbaart en het bestuursorgaan ten tijde van de voltooiing van de besluitvorming over het ontbrekende bewijs had kunnen en moeten beschikken, de bestuurlijke lus niet mogelijk is.⁵⁸

- *Bewijs dat al aanwezig is, moet tijdig gebruikt worden*

Het CbB maakt duidelijk dat het aanvullen van het bewijs na besluitvorming niet meer mogelijk is in deze zaak van de Executieveilingen. Immers, dat sprake is van naderhand vastgestelde 572 naveilingen in plaats van 215 kan geen rol meer spelen in de beoordeling van de gestelde enkele voortdurende overtreding nu die door de ACM niet bij de besluiten aan de overtreding ten grondslag zijn gelegd.⁵⁹ Specifiek overweegt het CbB:

‘Dat ACM op grond van een nadere beoordeling van het bewijs stelt te kunnen aantonen dat het totaal aantal naveilingen 572 bedraagt kan bij deze beoordeling geen rol spelen, omdat deze naderhand gestelde naveilingen niet door ACM in de besluiten eerste, tweede en derde tranche en de wijzigingsbesluiten aan de overtreding ten grondslag zijn gelegd.’⁶⁰

Dat werpt de vraag op of het CbB dit zó bedoeld heeft dat de ACM nooit nader bewijs na de besluitvormings-

58. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 r.o. 6.1.

59. Zoals hiervoor is aangegeven merkt het CbB in r.o. 7.3 op dat als zou worden uitgegaan van 572 naveilingen het oordeel dat een enkele voortdurende overtreding niet is bewezen, niet anders zou uitvallen.

60. *Executieveilingen*, r.o. 7.3.

procedure kan inbrengen. Het CbB laat genoemde overweging niet voorafgaan door een meer algemene overweging over bewijsvoering, maar lijkt toch resoluut in zijn oordeel dat nader bewijs na besluitvorming niet meer mogelijk is. Afgezet tegen de hiervoor genoemde uitspraak van het CbB van 3 december 2014 waarin in hoger beroep aanvullend bewijs door de ACM werd toegelaten in eveneens een boetezaak, is die benadering opvallend en wijkt daar ook vanaf. Bij een vergelijking met de uitspraken van de Afdeling van 5 juli 2017 lijkt die benadering wel te passen in de benadering van de Afdeling. De Afdeling meent dat nader bewijs na besluitvorming niet toelaatbaar is als het bestuursorgaan al over dat bewijs beschikte of kon beschikken. In de zaak *Executieveilingen* bracht de ACM in hoger beroep naar voren dat zij uit een nadere beoordeling bewijs kon aandragen voor de 572 naveilingen. Daaruit blijkt dat dat gestelde bewijs zich al in het dossier bevond zodat de ACM daarover kon beschikken als zij degelijk onderzoek had verricht. Genoemde overweging van het CbB zou dan ook zo moeten worden gelezen dat als de ACM ten tijde van de besluitvorming kon beschikken over bewijs en zij dat in die fase niet heeft gebruikt, zij dat in (hoger) beroep ook niet meer kan aandragen om een overtreding van artikel 6 lid 1 Mw aan te tonen. Dit vindt steun in de uitspraak van het CbB van 27 juli 2017 (boete op grond van de Telecommunicatiewet),⁶¹ waarin de omstandigheid dat de ACM al beschikte over materiaal waaruit na onderzoek het nodige bewijs geleverd zou kunnen worden voor de beboete overtreding, meebracht dat het CbB geen aanleiding zag om de ACM toe te staan dat bewijs alsnog te leveren.⁶²

Het vanwege fundamentele gebreken in het bewijs niet toepassen van de bestuurlijke lus in deze zaak is begrijpelijk.⁶³ Het bewijs van mededingingsbeperkende gedragingen in deze zaak strekt zich naar het oordeel van het CbB uit over hoogstens 215 naveilingen.⁶⁴ De enkele voortdurende overtreding is opgehangen aan 2.328 veilingen. Om te bepalen of ten aanzien van de bewezen gedragingen sprake is van een enkele voortdurende overtreding zal dus een geheel nieuwe analyse en beoordeling moeten volgen. Dat zou eigenlijk een heel nieuw onderzoek vergen. Dat onderkent het CbB ook, aangezien in r.o. 7.5 wordt overwogen dat als na een nadere analyse en beoordeling een enkele en voortdurende overtreding zou kunnen worden afgeleid, het in

61. ECLI:NL:CBB:2017:224.

62. ECLI:NL:CBB:2017:224, r.o. 4.7.2.

63. Deze overweging vindt navolging. Inmiddels heeft de Rechtbank Rotterdam in zijn uitspraken van 12 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2787 en ECLI:NL:RBROT:2018:2818, *Koel-/vriesshuizen*, in dezelfde lijn geoordeeld: ‘Gelet op de fundamentele aard van de in het onderzoek en het bewijs geconstateerde gebreken, het tijdsverloop en de te beoordelen periode, en het punitieve karakter van het besluit, ziet de rechtbank geen mogelijkheid om ACM met toepassing van de bestuurlijke lus in de gelegenheid te stellen de geconstateerde gebreken te herstellen. De rechtbank herroept dan ook het primaire besluit tot boeteoplegging.’, zie r.o. 8 en r.o. 12.

64. Het CbB oordeelt zoals hiervoor meermaals aangegeven dat daar waar sprake is van naveilingen mededingingsbeperkende gedragingen aan de orde zijn, maar laat zich niet uit over de vraag of de 215 naveilingen die de ACM heeft opgevoerd ook daadwerkelijk zijn bewezen.

de rede ligt dat die overtreding van een beduidend andere aard en omvang zou zijn dan de overtreding die nu aan de orde is. Daar is de bestuurlijke lus niet voor bedoeld. Die is bedoeld om 'een gebrek in het bestreden besluit'⁶⁵ te herstellen en niet om de ACM de optie te geven om een nieuw onderzoek te doen en daarmee een andere overtreding vast te stellen. Dit staat nog los van de terughoudendheid die de rechter naar het oordeel van het CBB in zijn uitspraak van 3 december 2014, in de hiervoor aangehaalde zaak over spam, moet betrachten bij de toepassing van de bestuurlijke lus in punitieve zaken.

De terechtwijzing van het CBB dat de ACM voldoende herstelkansen had gehad was in dat opzicht niet eens nodig. Daarmee wordt wel benadrukt dat naar het oordeel van het CBB de ACM te veel haar eigen koers is blijven varen zonder oog te hebben voor de leemtes in de zaak. Het CBB wijst er immers op dat de BAC in haar adviezen al had overwogen dat de vaststelling van de ACM dat de inzetfase de opmaat vormde voor de gedragingen in de afmijnsfase, onvoldoende was onderbouwd.⁶⁶ Dat het hebben gehad van voldoende herstelkansen relevant is, is ook terug te vinden in de eerder aangehaalde uitspraak van het CBB van 3 december 2014, waarin de beboete ondernemingen vanaf het eerste moment dat duidelijk werd dat ACM aan hen een boete wilde opleggen, gemotiveerd hadden aangevoerd dat het bewijs van ACM niet toereikend was. Dat betekent voor toekomstige zaken ook dat als vermeende overtreders van artikel 6 Mw vroeg genoeg in de procedure gemotiveerd stellen dat bepaalde gedragingen niet zijn aangehouden, de ACM daar toch 'iets' mee moet doen en een nadere onderbouwing en bewijsvoering moet leveren wil zij voorkomen dat bij de rechter de zaak onderuit gaat.

Slotopmerkingen

Het 'voordeel' voor de ACM om gedragingen als een enkele voortdurende overtreding aan te merken is gelegen in de verjaringstermijn voor de bevoegdheid om boetes op te leggen en het te leveren bewijs. Het aangrijpingspunt voor de verjaringstermijn is het einde van de overtreding.⁶⁷ Als de overtreding van het kartelverbod dus beëindigd wordt door de betrokken ondernemingen begint de termijn van vijf jaar te lopen na het einde van de overtreding. Bij een enkele voortdurende overtreding vangt die verjaringstermijn aan op het moment dat vastgesteld wordt dat die enkele voortdurende overtreding is beëindigd. Aangezien meerdere gedragingen onderdeel

zijn van die voortdurende overtreding, begint voor al die individuele gedragingen de verjaringstermijn ook dan pas te lopen, en niet al op het moment van het einde van de individuele gedragingen. Het andere punt waar de ACM voordeel bij heeft bij het kwalificeren van gedragingen als een enkele voortdurende overtreding, is dat zij geen bewijs hoeft te leveren dat elke onderneming aan alle gedragingen die deel uitmaken van de overtreding, heeft deelgenomen. De ACM moet uiteraard nog wel meer aantonen, zoals het totaalplan. Deze aanvliegroute zal voor de ACM in zaken waarin veel verschillende gedragingen aan de orde zijn, te prefereren zijn. Alleen heeft elk voordeel ook zijn nadeel zoals we weten en dat breekt de ACM behoorlijk op in deze zaak. De consequentie van het toepassen van de 'enkele voortdurende overtreding' is dat als het onderzoek niet voldoende is en het totaalplan niet bewezen kan worden, geen van de gedragingen die aan de voortdurende overtreding ten grondslag liggen te beboeten is, *zelfs als wordt vastgesteld dat een aantal van die gedragingen de strekking hebben de mededinging te beperken*. Hoewel het bewerkelijk is voor de ACM om bij velerlei gedragingen die jaren hebben geduurd en ook nog eens tussen veel ondernemingen, een bepaald systeem met een gemeenschappelijk doel aan te tonen, kan en mag die bewerkelijkheid in het licht van artikel 6 EVRM geen reden zijn om te volstaan met een gedeeltelijke bewijsvoering. De ACM draagt de last van het bewijs van de overtreding die zij tot uitgangspunt neemt, en draagt daarvoor ook het risico, ook als het onderzoek en procedures complex zijn, zoals door de ACM na de uitspraak van het CBB naar voren is gebracht.⁶⁸

65. Art. 8:51a Awb.

66. De passage over de bestuurlijke lus wordt door R. Wesseling en T. Palumbo de 'pijnlijkste passage' genoemd, zie R. Wesseling en T. Palumbo, 'Kroniek van het mededingingsrecht', *NJB* 2018/744, p. 1051.

67. Op grond van art. 5:45 Awb vervalt de bevoegdheid voor de ACM tot het opleggen van een bestuurlijke boete, namelijk vijf jaar nadat de overtreding heeft plaatsgevonden. Op grond van art. 64 Mw wordt die termijn telkens gestuit door een handeling van de ACM ter verrichting van een onderzoek of procedure met betrekking tot de overtreding.

68. Zie de speech van de voormalig ACM-voorzitter C. Fonteijn d.d. 5 oktober 2017 tijdens het congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2017 die op de website van de ACM is gepubliceerd: 'Het onderzoek en de procedures die vooraf zijn gegaan aan de uitspraak van het CBB zijn complex; in termen van onder meer tijd, capaciteit, bewijswaardering en kwalificatie. We hebben in deze zaak veel keuzes gemaakt. Bijvoorbeeld over de scope van de zaak (hoeveel handelaren gaan we adresseren?) en de kwalificatie tot "een enkele voortdurende overtreding". Als we andere keuzes hadden gemaakt, dan had dat waarschijnlijk weer andere vragen opgeleverd (bijvoorbeeld vragen over rechtsgelijkheid als we slechts enkele handelaren hadden beboet). Hoe het ook zij; ergens op de route in dit dossier hadden we een andere afslag moeten nemen.'