

BESLUIT

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het bezwaar gericht tegen het besluit van 13 december 2011 met kenmerk 6538_1/1292.

Nummer 6538_1-1828

Betreft zaak: Executieveilingen

1	Inleiding	3
1.1	Verloop van de procedure	3
1.2	De handelaar die centraal staat in dit besluit	5
1.3	Samenhang met andere besluiten en procedures	5
2	Feiten en omstandigheden	7
2.1	De executieveiling.....	7
2.1.1	Aanloop naar de executieveiling.....	7
2.1.2	Het doel van de veiling	8
2.1.3	De wijze waarop de prijs tot stand komt.....	8
2.1.4	Waarom bieden handelaren in de inzetfase?	11
2.1.5	Het belang van de inzetfase voor de afmijnprijs	11
2.1.6	Na afloop van de veiling – akte de command.....	11
2.1.7	Bijzondere belangen van de bank en de particulier bij de veilingopbrengst	12
2.2	De gedragingen	13
2.2.1	Inleiding	13
2.2.2	Samenvatting van de gedragingen	13
2.2.3	Gedragingen voorafgaand aan de inzetfase.....	16
2.2.4	Gedragingen direct na afloop van de inzetfase.....	17
2.2.5	Gedragingen in en na de afmijnfase	21
2.2.6	Gedragingen na de afmijnfase – de naveiling.....	32
2.2.7	Sanctiemechanismen.....	39
2.2.8	Hoe de gedragingen in elkaar grijpen	40
2.2.9	Conclusie.....	48
3	Juridische beoordeling van artikel 6 Mw.....	49
3.1	Inleiding	49
3.2	Onderneming	50
3.3	De afspraak	50

3.3.1	Juridisch kader	50
3.3.2	Toepassing op deze zaak.....	52
3.3.3	Beoordeling van de standpunten van handelaren	57
3.4	Mededingingsbeperking.....	59
3.4.1	Juridisch kader	59
3.4.2	Toepassing op deze zaak.....	60
3.4.3	Beoordeling van de standpunten van handelaren	61
3.5	Merkbaarheid	68
3.5.1	Juridische kader en toepassing op deze zaak.....	68
3.5.2	Beoordeling van de standpunten van handelaren	69
3.6	Artikel 6, derde lid, Mw	70
3.7	Individuele betrokkenheid	71
3.8	Conclusie	73
4	Beoordeling overige standpunten van de betrokken handelaren	73
4.1	Verjaring.....	73
4.2	Verdeling in tranches.....	75
4.3	Vooringenomenheid van de Raad	76
4.4	Onbetrouwbaarheid clementieverklaring.....	77
4.5	Eerder onderzoek naar executieveilingen	79
4.6	Redelijke termijn bij het indienen van zienswijzen.....	80
4.7	Volledigheid van het dossier	81
4.8	Cautie bij schriftelijke vragen door de NMa; bevragingstechniek; medewerkingsplicht bij mondelinge vragen	82
4.9	Zienswijzen met betrekking tot de individuele betrokkenheid	83
5	Toerekening	84
6	Boete	85
6.1	Beoordelingskader	85
6.2	Boetegrondslag	86
6.3	Basisboete.....	91
6.4	Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.....	94
6.4.1	Beoordeling door ACM	94
6.4.2	Beoordeling van de standpunten van handelaren	94
6.5	Wettelijk maximum	99
6.6	[vertrouwelijk].....	99
6.7	Vaststelling van de hoogte van de boete.....	99
	Besluit	101

1 Inleiding

1.1 *Verloop van de procedure*

1. 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.
2. Dit onderzoek heeft geresulteerd in een redelijk vermoeden bij de Directie Mededinging dat diverse handelaren in onroerende zaken in de periode van 13 juni 2000 tot en met 15 december 2009 het kartelverbod hebben overtreden.
3. 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”).
4. De rapporten zijn uitgebracht in drie tranches (zaaknummers 6538, 7237¹ en 7268²) die tezamen betrekking hebben op 83 handelaren. De gedragingen van de handelaren in de drie tranches zijn – in essentie – gelijk.
5. Bij besluiten van 13 december 2011 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) boetes opgelegd aan veertien handelaren in de eerste tranche wegens een overtreding van artikel 6 Mw.³ Deze handelaren hebben tijdig bezwaar gemaakt tegen de aan hen – individueel – gerichte besluiten.
6. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de Raad de bezwaren tegen voornoemd boetebesluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).
7. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) zijn op 19 juni 2012 partijen naar aanleiding van de ingediende bezwaren ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit door de Adviescommissie gehoord. Van het horen is een verslag gemaakt dat op 10 oktober 2012 aan partijen is rondgestuurd. Partijen en de NMa zijn in de gelegenheid gesteld opmerkingen over het verslag te maken.

¹ Op 24 oktober 2011 heeft de Directie Mededinging ten aanzien van 42 handelaren rapporten opgemaakt met het oog op een eventueel door de Raad op te leggen sanctie.

² Op 27 april 2012 heeft de Directie Mededinging ten aanzien van 27 handelaren rapporten opgemaakt met het oog op een eventueel door de Raad op te leggen sanctie.

³ Dossierstukken 6538_1/1295 tot en met /1308.

– *Advies van de Adviescommissie Bezwaarschriften Mededingingswet*

8. De Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet heeft op 8 oktober 2012 advies aan de NMa uitgebracht.⁴
9. De Adviescommissie adviseert de Raad, kort gezegd, zijn conclusie dat sprake is van een inbreuk op artikel 6 Mw nader te motiveren.⁵ De Adviescommissie adviseert met name om:
 - a. nader te onderbouwen dat sprake is van een kartelinbreuk die zich ook uitstrekt tot de inzetfase c.q. dat de gedragingen in de inzetfase de ‘opmaat’ zijn voor de gedragingen in de afmijnfase;⁶
 - b. in voldoende mate onderscheid te maken tussen veilingen waarin handelaren als groep hebben gemijnd (‘groepsmijnen’) en veilingen waarin ieder voor zich mijnt (‘vrij mijnen’);⁷
 - c. de economische effecten van de geconstateerde gedragingen, in het licht van door handelaren aangevoerde alternatieve verklaringen, nader te onderbouwen;⁸
 - d. nader te onderbouwen dat de omvang van de inbreuk 2000 veilingen omvat (in plaats van hooguit 150 tot 200 veilingen);⁹
 - e. beter te motiveren welke handelaren nu precies moeten worden geacht aan de inbreuk te hebben deelgenomen;¹⁰
 - f. nader in te gaan op het argument van de handelaren dat hun gedragingen waren ingegeven om hun risico’s te spreiden;¹¹
 - g. in zijn besluiten te betrekken dat vanaf 2006 er steeds meer regioveilingen werden georganiseerd;¹²
 - h. nader te motiveren waarom en op welke wijze de inzetfase bij de berekening van de boetegrondslag is betrokken;¹³
 - i. nader te motiveren op welke grond de NMa in alle gevallen een ernstfactor van 2,5 passend acht;
 - j. de hoogte van de boete te corrigeren, nu door het opleggen aan alle handelaren van dezelfde (maximum)boete de NMa geen rekening heeft gehouden met de uiteenlopende individuele betrokkenheid van verschillende handelaren; en¹⁴

⁴ Gelet op de samenhang tussen de drie tranches heeft dat advies ook relevantie voor zaak 7237 en 7268 (de 2^e en 3^e tranche). Om redenen van zorgvuldigheid heeft de Raad dat advies dan ook mede in zijn beoordeling betrokken in de primaire besluitvorming in zaak 7237 en 7268.

⁵ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 10 en 102.

⁶ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 78, 83.

⁷ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 85.

⁸ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 90-91.

⁹ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 92-94.

¹⁰ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 96.

¹¹ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 97.

¹² Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 99.

¹³ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 141-142.

- k. de overige bezwaren te verwerpen.
10. De Adviescommissie heeft in dit verband besloten niet een zodanig gedetailleerd advies te geven dat dit als alternatieve motivering zou kunnen gelden.¹⁵ In dit licht verwijst de Raad slechts naar het advies van de Adviescommissie waar dit passend voorkomt. Ter motivering van dit besluit verwijst de Raad naar hoofdstuk 2 e.v., dat voorziet in een nadere motivering van:
- A. de inbreuk op artikel 6 Mw, mede in het licht van de in het voorgaande randnummer genoemde factoren onder a tot met g;
 - B. de boetgrondslag;
 - C. de ernstfactor; en
 - D. het boetemaximum.

1.2 De handelaar die centraal staat in dit besluit

11. [vertrouwelijk] is geboren op [vertrouwelijk] en is woonachtig op [vertrouwelijk]. De Raad stelt vast dat [vertrouwelijk] als handelaar op executieveilingen, en zodoende in het economische verkeer, actief is. In het navolgende zal de Raad [vertrouwelijk] aanduiden als “[vertrouwelijk]”. [vertrouwelijk] heeft tijdig op 20 januari 2012 bezwaar¹⁶ tegen het besluit in primo gemaakt.

1.3 Samenhang met andere besluiten en procedures

12. In het hiernavolgende zal de Raad de betrokkenheid van [vertrouwelijk] bij de gedragingen met betrekking tot executieveilingen vaststellen. Deze gedragingen hebben betrekking op de periode 2000-2009.
13. De betrokkenheid van [vertrouwelijk] 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.

¹⁴ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 160, 163-164. Naast genoemde (materiële) onderdelen, adviseert de Adviescommissie de Raad ook (dossierstuk 6538_1/1447, pt. 59), om nader te motiveren waarom, kort gezegd, bepaalde vragen in een schriftelijk informatieverzoek van 11 november 2009 van de NMa de rechten van verdediging van handelaren niet hebben geschonden (dan wel het bewijs niet is ontleend aan de antwoorden op de desbetreffende vragen).

¹⁵ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 10.

¹⁶ Dossierstuk 6538_1/1344.

14. Zoals uit het voorgaande reeds volgde, heeft de NMa de zaak Executieveilingen opgedeeld in drie tranches. Verdeeld over drie tranches heeft de zaak Executieveilingen (6538, 7237 en 7268 tezamen) betrekking op in totaal 83 handelaren.
15. In alle tranches zijn, zoals gezegd, de gedragingen van de handelaren – in essentie – gelijk. De Raad 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:

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.
16. In dit besluit hanteert de Raad de termen pand en woning door elkaar, al dan niet voorzien van het bijvoeglijk naamwoord “besmet”. Met die term doelt de Raad 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.
17. Ten aanzien van elke handelaar afzonderlijk zal de Raad tot besluitvorming overgaan. Dat betreft thans dus 14 besluiten op bezwaar in de eerste tranche, 42 primaire besluiten in de tweede tranche en 27 primaire besluiten in de derde tranche.
18. Tot slot heeft de Raad, daar waar mogelijk en overeenkomstig zijn benadering ten aanzien van het advies van de Bezwaarschriftencommissie en dus 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 andere handelaren in andere tranches uitgelegd. De onderlinge samenhang van de drie zaken geeft daartoe aanleiding.

2 Feiten en omstandigheden

2.1 *De executieveiling*

2.1.1 Aanloop naar de executieveiling

19. Het recht van hypotheek wordt verleend door de hypotheekgever (de schuldenaar, doorgaans een particulier¹⁷) aan de financier (de hypotheeknemer, doorgaans een bank¹⁸). Het recht van hypotheek is een beperkt recht dat bij notariële akte wordt gevestigd op een registergoed, gevolgd door inschrijving in de openbare registers.¹⁹ Het registergoed waarop de hypotheek rust, strekt tot zekerheid van de vordering die de bank op de particulier heeft.²⁰
20. In het kader van deze zaak is het te veilen registergoed steeds een onroerende zaak. Dit kan bijvoorbeeld een woonhuis zijn, een garagebox maar ook een bedrijfspand of een stuk grond.²¹ De afgelopen jaren werden steeds vaker woningen op executieveilingen verkocht. Dit aantal steeg van ongeveer vierhonderd woningen in 2000 tot meer dan 2800 woningen in 2011.²²
21. Indien de particulier zijn financiële verplichtingen niet nakomt, is de bank bevoegd om over te gaan tot de (executoriale) verkoop van de woning.²³ Een executieveiling wordt dus gehouden op initiatief van de bank, zij is immers de schuldeiser. De opbrengst van de woning dient om de openstaande schuld van de particulier aan de bank te vereffenen.
22. De executoriale verkoop vindt plaats ten overstaan van een bevoegd notaris.²⁴ De notaris is betrokken in de voorbereidende fase en (later ook) tijdens de executieveiling. De notaris heeft als rol, voorafgaande aan en tijdens een executieveiling, er onder andere voor te zorgen dat een woning zo veel mogelijk opbrengt. De notaris geeft onder andere publiciteit aan de executieveiling, achterhaalt informatie over de woning en deelt deze informatie met de aanwezigen. Hij draagt ook zorg voor een ordentelijk verloop van de executieveiling.

¹⁷ Korthedshalve zal de Raad hierna volstaan met “particulier”.

¹⁸ Korthedshalve zal de Raad hierna volstaan met “bank”.

¹⁹ Artikel 3:260 Burgerlijk Wetboek (“BW”).

²⁰ Artikel 3:263 BW.

²¹ Korthedshalve zal de Raad hierna volstaan met “woning”.

²² Zie kadaster.nl en NMa consultatiedocument 2009.

²³ Artikel 3:268, eerste lid, BW. Overeenkomstig artikel 3:268, tweede lid, BW kan de voorzieningenrechter op verzoek van de bank of de particulier ook bepalen dat de verkoop ondershands zal geschieden bij een overeenkomst die hem bij het verzoek ter goedkeuring wordt voorgelegd. Dit kan tot één week voor de voor de verkoop bepaalde dag (artikel 548, eerste lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (“Rv”).

²⁴ Artikel 514, eerste lid, Rv.

23. De notaris stelt in overleg met de bank de veilingvoorwaarden vast. Doorgaans wordt daarbij gebruik van gemaakt van de Algemene Veiling Voorwaarden Executieveilingen.²⁵

2.1.2 Het doel van de veiling

24. Het doel van de executieveiling is om de woning te gelde te maken ter vereffening van de vordering van de bank op de particulier. De bank heeft daarbij geen ander belang dan dat de opbrengst van de te veilen woning minimaal het bedrag van de openstaande schuld bereikt (zie nader paragraaf 2.1.7).

2.1.3 De wijze waarop de prijs tot stand komt

25. Hét kenmerk van (executie)veilingen is dat uitsluitend op prijs wordt geconcurrereerd tussen de aanwezige bidders. De potentiële bidders, vaak (professionele) handelaren maar soms ook personen die de woning willen betrekken, staan op de veiling in onderlinge concurrentie tot elkaar om de woning tegen een zo laag mogelijke prijs te verkrijgen. Een bidder op een veiling zal maximaal het bedrag bieden dat hij voor de woning over heeft. Dat is zijn zogeheten reserveringsprijs. Dit bedrag zal per aanwezige verschillen en is in beginsel niet bekend bij andere aanwezigen.
26. Op de executieveiling bestaat bij alle potentiële bidders een bepaalde mate van onzekerheid over de precieze marktwaarde van de woning. De potentiële bidders beschikken namelijk niet over volledige informatie: het kan onduidelijk zijn wat de precieze staat van de woning is, welke kosten moeten worden gemaakt om de woning (beter) bewoonbaar te maken, wat de kenmerken zijn die samenhangen met de locatie van de woning.²⁶ Iedere bidder moet met deze onzekerheid voor zichzelf, en op grond van de hem wel ter beschikking staande informatie,²⁷ een inschatting maken van de waarde van de woning en zijn bod daarop baseren. Dit vertaalt zich in een individuele reserveringsprijs (het bedrag dat een individuele bidder voor de woning over heeft).
27. De executieveiling is openbaar en er wordt door de notaris/veilingmeester geen lijst bijgehouden van de aanwezigen. Het aantal aanwezigen varieert per veiling. Het aantal aanwezigen wisselt tussen een twintigtal personen en tweehonderd of meer.²⁸

²⁵ Algemene Veiling Voorwaarden voor Executieveilingen ("AVVE"), zie onder meer de versie van 1 januari 2006. Deze veilingvoorwaarden kunnen worden aangevuld met bijzondere voorwaarden.

²⁶ In voorkomende gevallen beschikken bidders uitsluitend over een zogeheten "geveltaxatie".

²⁷ Dat wil zeggen, de door hem gepercipieerde risico's en de kenmerkende eigenschappen van het object. Een voorbeeld van dit laatste is indien de betreffende handelaar zelf een aannemingsbedrijf heeft en via die weg het pand "goedkoper" kan opknappen dan een bidder die een aannemingsbedrijf zal moeten inhuren. Een dergelijke omstandigheid vertaalt zich in het biedgedrag.

²⁸ Zo verklaart de heer [vertrouwelijk], wanneer hem gevraagd wordt of hij van tevoren weet of er veel interesse in een pand is: "Dat is lastig in te schatten. Vanavond in Almere zullen er zo maar 90 mensen kunnen zijn, maar het

28. In het algemeen geldt dat een groter aantal aanwezigen op een veiling leidt tot een hogere verwachte veilingopbrengst, aangezien er in dat geval namelijk een grotere kans is op bidders die een relatief hoog bedrag voor de woning over hebben.²⁹ Daardoor zullen de aanwezige bidders sterkere concurrentie verwachten en derhalve hoger bieden (dichter bij het bedrag dat ieder daadwerkelijk voor de woning over heeft). Om deze reden worden sinds 2006 (steeds) vaker zogenoemde regionale veilingen gehouden. Op regionale veilingen wordt een groter aantal woningen, vaak meer dan tien, geveild. Er komen in de regel meer belangstellenden af op regionale veilingen dan op lokaal georganiseerde veilingen.

De twee fasen van een executieveiling

29. De prijs op een executieveiling komt altijd tot stand in twee fasen.³⁰ De eerste fase bestaat uit een veiling bij opbod ("inzetfase"). In de inzetfase wordt met een vast bedrag per bieding opgeboden.³¹ Het bieden geschiedt openlijk, op duidelijk waarneembare wijze, in de regel door het opsteken van een hand of vinger. De inzetfase is gemodelleerd naar de zogeheten "Engelse veiling". De prijs die op een dergelijke veiling tot stand komt is, in theorie, iets hoger dan de op één na hoogste reserveringsprijs van de aanwezige bidders. Het volgende voorbeeld illustreert de werking van een zuivere Engelse veiling, dat wil zeggen, zonder (nog) rekening te houden met de volgende (afmijn)fase.

Voorbeeld-verloop Engelse veiling

Drie bidders, A, B en C, hebben een bedrag van respectievelijk 40, 60 en 80 voor een woning over. Bij opbod bieden eerst A, B en C tegen elkaar op totdat de prijs van 40 wordt bereikt. Vanaf dat moment bieden alleen B en C nog tegen elkaar. Feitelijk zijn er op dat moment dus nog maar twee bidders. B en C zullen vervolgens tegen elkaar opbieden totdat B 60 biedt – het bedrag dat B voor de woning over heeft. Vervolgens zal C nog eenmaal een hoger bod moeten plaatsen om aldus de woning te verwerven voor (bijvoorbeeld) 61.³²

30. Het hoogste bod dat in de inzetfase wordt gedaan, wordt de inzetsom, inzetprijs of inzet genoemd.
31. De tweede fase van een executieveiling bestaat uit een veiling bij afslag ("afmijnfase"). Doorgaans vindt de afmijnfase vlak na de inzetfase plaats, tijdens dezelfde zitting. Ook

kunnen er ook maar 40 zijn. In Amsterdam is de interesse veel groter en zullen er zo 200 mensen op een veiling afkomen." (dossierstuk 6538_13/1, p. 2, verklaring van 13 oktober 2009). Zie bijvoorbeeld ook de verklaring van de heer [vertrouwelijk]: "Soms zitten er wel 150 man, maar het kan variëren, van 25 tot 150, soms wel 200." (dossierstuk 6538_1/709, p. 3).

²⁹ De kans op bidders met een relatief lage reserveringsprijs neemt uiteraard ook toe, maar dat is niet van belang voor de veilinguitkomst, aangezien de woning (in principe) wordt verworven door een bidder met een hogere reserveringsprijs.

³⁰ Artikel 519 Rv.

³¹ Deze bedragen worden opgenoemd door de veilingmeester/afslager (dit is niet dezelfde persoon als de notaris).

³² Indien volgens de veilingvoorwaarden met ten minste één euro extra moet worden geboden.

kunnen de inzet- en afmijnfase in twee aparte zittingen plaatsvinden met maximaal drie weken tussenruimte.³³

32. 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. Deze fase is gemodelleerd naar de zogeheten “Hollandse veiling”. Een belangrijk verschil met de Engelse veiling is dat het bedrag waartegen wordt afgemijnd bij de Hollandse veiling ook meteen de prijs is die voor de woning betaald wordt. Een gevolg is dat elke bidder rekening moet houden met onzekerheid over wat de biedingen van de andere bidders kunnen zijn.
33. Elke aanwezige in de afmijnfase is een potentiële bidder en daarmee een concurrent in de ogen van de andere aanwezigen. De aanwezigen bij een executieveiling weten namelijk niet op voorhand van elkaar welk bedrag de anderen voor de te veilen woning over hebben: hierover bestaat onzekerheid tussen de (potentiële) bidders. Zij zullen er in hun eigen biedgedrag dan ook rekening mee moeten houden dat ieder van de andere aanwezigen een bod zal kunnen uitbrengen. Dit betekent dat een potentiële bidder niet daadwerkelijk hoeft te bieden in de afmijnfase om toch concurrentiedruk uit te oefenen op de andere aanwezigen.
34. Elke bidder (in het bijzonder de bidder die het meeste geld voor de woning over heeft) moet derhalve een afweging maken tussen twee tegengestelde krachten om tot een bod te komen. De prijs die op een Hollandse veiling tot stand komt is, althans in theorie, de hoogst haalbare prijs omdat de bidder die het meeste geld voor de woning over heeft, als eerste zal bieden (afmijnen). Hieronder volgt een voorbeeld van een Hollandse veiling.

Voorbeeld-verloop Hollandse veiling

Uitgaande van het voorgaande voorbeeld, zal C niet bij 80 ‘mijnen’. Immers als de veilingmeester bij 80 komt en er (op dat moment) nog niet geboden is, weet C dat A en B – afgaande op hun biedgedrag in de inzetfase – op dat moment nog niet zullen bieden. Er is dus een gerede kans dat A en B (veel) minder dan 80 voor het object over hebben. C heeft dan de keuze om te wachten met bieden, waarmee hij de kans verkleint om het object te verwerven, echter zijn kans vergroot op een hogere marge (het verschil tussen zijn reserveringsprijs en zijn bod). Afhankelijk derhalve van de inschatting van C over de biedingen van A en B, zal hij een bedrag onder de 80 bieden.

Uit de voorbeelden volgt dat in het geval van een Hollandse veiling, waarbij C weet wat de reserveringsprijzen zijn van A en B, C pas mijnt bij een prijs van 61. In het algemeen zal C echter niet precies weten wat A en B precies gaan bieden.³⁴

³³ Zie ook de AVVE 2006, artikel 3.

³⁴ Onder bepaalde voorwaarden (waar in de praktijk in het algemeen niet aan zal zijn voldaan), kan worden aangetoond dat beide beschreven typen veilingen tot dezelfde verwachte opbrengst (verwacht te accepteren bod) leiden.

2.1.4 Waarom bieden handelaren in de inzetfase?

35. Omdat de prijs van de woning pas bepaald wordt in de afmijnfase, hebben individuele bidders niet zonder meer een prikkel om te bieden in de inzetfase. Wel zou ieder individu willen weten wat een ander wil bieden, omdat daarmee informatie over de inschatting van de waarde van de woning wordt verkregen.³⁵
36. Om potentiële bidders een prikkel te geven om in de inzetfase toch te bieden, wordt op executieveilingen een premie van 1 % van de inzetprijs uitgelooft aan de hoogste bidder in de inzetfase. Die premie heet ook wel plok, ploggeld, strijkgeld of trekgeld.³⁶ Deze premie wordt alleen dan uitgekeerd indien in de afmijnfase een woning wordt gemijnd – als niet wordt gemijnd, wordt de premie verrekend met de koopsom die de inzetter, dan dus koper, verschuldigd is.³⁷

2.1.5 Het belang van de inzetfase voor de afmijnprijs

37. De prijs die in de inzetfase tot stand komt, kan de prijs beïnvloeden waarvoor de woning op de veiling zal worden aangekocht. Het bod in de afmijnfase kan immers niet lager zijn dan de inzetprijs. Indien in de afmijnfase niet wordt “gemijnd” en dus de inzetprijs wordt bereikt, dan gaat de woning naar de hoogste bidder uit de inzetfase, naar de inzetter dus. De woning loopt dan “slag”. De bodemprijs die in de inzetfase tot stand komt, werkt zodoende door in de prijs die in de afmijnfase minimaal tot stand gaat komen.

2.1.6 Na afloop van de veiling – akte de command

38. Iedere bidder heeft na afloop van de executieveiling het recht om te verklaren dat hij een bod namens één of meer anderen heeft uitgebracht. Een dergelijke verklaring dient vóór het betalen van de koopsom doch uiterlijk zes dagen na gunning door de afmijner aan de notaris te zijn gedaan en tevens door de vertegenwoordigde schriftelijk te zijn bevestigd. Van deze verklaring en bevestiging wordt melding gemaakt in het proces-verbaal van

³⁵ Een woning heeft een “gemeenschappelijke waarde”. Die waarde wordt gevormd door wat er in geval van “normale vrije verkoop” voor wordt betaald. Dat is de ‘marktprijs’. Niemand weet echter (precies) wat die marktprijs is. Een ieder zal dus een inschatting maken van die prijs; degene die de woning koopt op een executieveiling heeft de hoogste inschatting gemaakt van de te verwachten verkoopwaarde. Per definitie is die persoon relatief slecht af: dit is de zogeheten “winner’s curse”. Rationeel handelende individuen zullen voor deze vloek willen corrigeren en dus een lager bod afgeven dan hun inschatting. Ook kan een Engelse veiling helpen om de “winner’s curse” te verminderen, omdat door de biedingen gedurende de inzetfase informatie wordt vrijgegeven over de verwachte waarde.

³⁶ De term “plok” is zeer oud. In 1617 dicht G.A. Brederode al: “Dorst’ghe Dirckje die wil sijn ghelt niet verspeulen / Maar wel verquans’len hier aan een malle meulen. / Dat kleyne Mannetgen dat op d’execusy lóópt, En de plockjes haalt op d’Erfgoet dat men verkóopt, Bleef gister-avont an een gróót huys hanghen.” (uit: *Spaanschen Brabander, derde bedrijf*). Kennelijk werd ook toen een veiling in twee fasen georganiseerd.

³⁷ Zie de AVVE 2006, artikel 7.

inzet/afslag of in een door de notaris opgestelde akte. Deze akte wordt ‘akte de command’ genoemd.³⁸

39. Een handelaar, die een woning op een executieveiling verwerft, heeft in beginsel niet de intentie om de woning zelf in gebruik te nemen. Hij verwerft de woning als handelsobject of belegging. In de regel wordt de woning binnen afzienbare tijd – minder dan zes maanden – weer doorverkocht, zodat voorkomen wordt dat overdrachtsbelasting³⁹ verschuldigd is.⁴⁰

2.1.7 Bijzondere belangen van de bank en de particulier bij de veilingopbrengst

40. De bank heeft tot de waarde van de nog openstaande schuld belang bij de opbrengst van de te veilen woning. De eventuele meerwaarde die op een veiling wordt behaald, komt toe aan de particulier – de persoon op wie tot voor kort dus de hypothecaire verplichting rustte.
41. Aan de bank staan twee middelen ter beschikking om te verzekeren dat de veilingopbrengst voor hem acceptabel is. Het eerste middel is zelf meebieden in de inzetfase. Daardoor wordt de prijs opgedreven. Ook de bank heeft immers een bepaald bedrag voor de woning over. Het tweede middel is de mogelijkheid om als bank, als zij de op de executieveiling geboden prijs te laag vindt, te besluiten de woning niet te gunnen.⁴¹ In het algemeen geldt dat de bank minder voor de woning over zal hebben dan handelaren. Dit is het gevolg van de omstandigheid dat de bank zelf geen belangstelling heeft om de betreffende woning als investering aan te houden; de executieveiling dient nu juist om de woning te gelde te maken met het oog op vereffening van de openstaande schuld. Voorts geldt dat de bank renovatie, beheer en eventuele verhuur van onroerende zaken (veelal woonhuizen) niet tot zijn expertise rekent.
42. 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.

³⁸ De Akte de Command is een door de notaris opgestelde akte met daarin een verklaring van de inzetter/afmijner dat hij een bod namens één of meerdere anderen heeft uitgebracht en een bevestiging daarvan door die andere(n). Zie de AVVE 2006, artikel 5.

³⁹ De overdrachtsbelasting wordt geheven over de op de executieveiling tot stand gekomen prijs van de woning.

⁴⁰ Op grond van artikel 13 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (Wbr) wordt bij overdracht van een woning binnen zes maanden na de verkrijging ervan, de belastbare waarde van een woning verminderd met het bedrag waarover ter zake van de vorige verkrijging overdrachtsbelasting was verschuldigd.

⁴¹ Zie ook de AVVE 2006, artikel 8.

43. De particulier kan geen concrete invloed uitoefenen op het verloop van de executieveiling. Dit betekent dat hij zich zal moeten schikken naar de uiteindelijke prijs. Het kan voorkomen dat de opbrengst te laag is om de schuld geheel te vereffenen. Dan is sprake van een zogeheten restschuld.⁴² Indien de veilingopbrengst hoger is dan de openstaande schuld, komt het overschot ten goede aan de particulier. De particulier heeft derhalve in alle omstandigheden een direct en concreet belang bij een maximale opbrengst van de woning op een executieveiling.

2.2 De gedragingen

2.2.1 Inleiding

44. Op basis van het dossier stelt de Raad 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.
45. De vaststelling van de gedragingen is gebaseerd op tientallen verklaringen van handelaren zelf. Waar nodig en nuttig heeft de Raad passages uit die verklaringen geciteerd. Van elk citaat volgt in een voetnoot de vindplaats in het dossier.
46. Naast verklaringen van handelaren, bevat het dossier verklaringen van makelaars, taxateurs, van een notaris en van een tweetal controlerend ambtenaren van de Belastingdienst. Voorts heeft de Raad de gedragingen van de handelaren vastgesteld aan de hand van verklaringen van werknemers (en een enkele vertegenwoordiger) van ING, ABN AMRO, Rabobank, SNS Bank en het Waarborgfonds Eigen Woningen.⁴³ Deze personen zijn uit hoofde van functie, of in opdracht van een van genoemde banken, actief op executieveilingen en hebben verklaringen afgelegd over hetgeen zij waarnemen en hebben ervaren op die veilingen.

2.2.2 Samenvatting van de gedragingen

47. De Raad stelt in de volgende paragrafen vast dat een verband van handelaren op executieveilingen het risico van onafhankelijk bieden vervangt voor de zekerheid die samenwerking biedt. Hun samenwerking strekt zich uit over elke fase van de veiling. De schadelijke gevolgen van deze samenwerking manifesteren zich vooral in en na de afmijnfase.

⁴² Indien de particulier een Nationale Hypotheek Garantie heeft afgesloten, staat de Stichting Waarborgfonds Eigen Woning borg voor de restschuld.

⁴³ Dit fonds, ook wel afgekort tot WEW, is de organisatie achter de Nationale Hypotheekgarantie, zie hiervoor rnr. 51.

48. Op executieveilingen bestaat een praktijk waarbij betrokken handelaren, na afloop van de inzetfase kunnen aangeven dat zij 'meedoen' met de inzettende handelaar. De namen van handelaren die meedoen worden op een lijst geplaatst. Handelaren die op de lijst staan, krijgen een gedeelte van de plok als het pand wordt afgemijnd. Als het pand niet wordt afgemijnd ("slag loopt"), zitten handelaren van deze *ad hoc* gevormde groep samen 'vast' aan het pand. In dat geval wordt het pand in de regel verkocht aan de handelaar (of handelaren) binnen de groep die het meeste geld voor het pand overheeft (of overhebben).
49. De handelaren die regelmatig bij de gedragingen betrokken zijn en daardoor een verband zijn gaan vormen, benaderen derden ("outsiders") teneinde hen te betrekken bij de gedragingen (paragraaf 2.2.3). Dit gebeurt zowel vóór, tijdens als na de inzetfase. Een outsider die mee heeft gedaan met de inzetter (met het oog op het verdelen van ploggeld), wordt door het verband van handelaren geacht bij volgende veilingen, in het geval hij dan inzetter is, andere handelaren ook mee te laten doen. Op deze manier – het zelf mee mogen doen en het anderen mee laten doen – kunnen outsiders deel gaan uitmaken van het verband; zij zijn dan geen outsiders meer.
50. De hiervoor beschreven samenwerking vinden structureel plaats op executieveilingen in Nederland, zo blijkt uit het bewijsmateriaal dat ziet op meer dan 2000 veilingen in de periode van 13 juni 2000 tot en met 15 december 2009. Door de doorlopende samenwerking is een verband van handelaren ontstaan: het gaat om handelaren die elkaar kennen en van elkaar weten dat zij bij het verband betrokken zijn. Uit dit verband van handelaren vormt zich ten aanzien van de veiling van een afzonderlijk pand een *ad hoc* groep, die onderling ploggeld verdeelt met betrekking tot dat pand (paragraaf 2.2.4).
51. Als wordt afgemijnd door een handelaar die behoort tot die groep, wordt deze handelaar – zo blijkt eveneens uit het bewijsmateriaal – geacht gelegenheid te geven aan andere betrokken handelaren om met hem 'mee te kopen'. Als andere handelaren aangeven mee te willen kopen, en de afmijner stemt daarmee in, wordt het pand na afloop van de officiële veiling, op een zogenoemde 'naveiling', nogmaals verhandeld binnen die *ad hoc* groep handelaren. In tegenstelling tot een normale doorverkoop delen de handelaren op de naveiling het verschil tussen de op die naveiling tot stand gekomen prijs en de officiële veilingprijs. Het bewijsmateriaal bevestigt dat een groot aantal panden na de officiële veiling is nageveild (paragraaf 2.2.6).

52. Wanneer bij de veiling van een pand *ad hoc* een groep handelaren is gevormd door het verdelen van ploggeld, laten handelaren in die groep hun biedgedrag bepalen door – met name – het aantal (actieve) outsiders (paragraaf 2.2.5):
- Als er kennelijk geen outsiders zijn, expliciteert de groep handelaren vóór de afmijnfase dat het pand zal worden nageveild, en spreekt in voorkomende gevallen een prijs af waarvoor één van hen zal mijnen (“groepsminen”).
 - Als het aantal outsiders klein is in verhouding tot het aantal op de inzetlijst vermelde handelaren, kunnen die betrokken handelaren het risico nemen het afmijnen zo lang mogelijk uit te stellen. Als het pand dan later, en dus voor een lager bedrag, wordt gemijnd door iemand uit hun groep, kan binnen die groep winst worden gemaakt op een naveiling. Als het pand onverhoopt wordt gemijnd door een outsider, wordt geen geld verloren (maar dus uitsluitend ploggeld verdeeld) en kan men wachten op een volgende veiling waar de omstandigheden gunstig zijn.
 - Als in de afmijnfase veel outsiders geïnteresseerd zijn in het pand, kan de afmijnprijs op een competitief niveau blijven. Voor een naveiling is geen aanleiding als een handelaar binnen de groep op een competitief prijsniveau heeft afgemijnd. Geen van de handelaren in de groep zal in dat geval aangeven dat hij mee wil doen aan een naveiling. De samenwerking tussen handelaren blijft ook dan beperkt tot het verdelen van ploggeld.
53. De verschillende gedragingen versterken elkaar. Als een handelaar anderen laat meedoen op één veiling, kan hij bij een volgende veiling erop rekenen dat hij mag meedoen met anderen. Omgekeerd, als een handelaar bij één veiling besluit anderen niet mee te laten doen, zal hij bij een volgende veiling buitengesloten worden (paragraaf 2.2.7). Doordat handelaren structureel ploggeld verdelen en regelmatig naveilingen organiseren, ontstaat een verstandhouding en een vertrouwen tussen hen die niet ontstaat bij een op zichzelf staande samenwerking ten aanzien van de veiling van één afzonderlijke woning.
54. Het verdelen van ploggeld werkt het naveilen in de hand, terwijl omgekeerd het naveilen een prikkel is om ploggeld te verdelen. Immers, door het verdelen van ploggeld na de inzetfase kunnen de actieve handelaren van het verband peilen welke handelaren bij de betreffende veiling zich tot de groep rekenen. Zodra dat contact gevestigd is, is het gemakkelijker om in te schatten of de omstandigheden gunstig zijn om naar een naveiling te streven, en dit met de handelaren binnen de *ad hoc* groep te communiceren. Omgekeerd zijn de lucratieve naveilingen aanleiding om outsiders een deel van het ploggeld te bieden en hen zo te betrekken bij het complex van gedragingen en dus ook bij de afspraak om ‘mee te mogen kopen. Ook gebruikt het verband van handelaren het verdelen van ploggeld wel als middel om biedgedrag in de inzetfase te disciplineren en zo de inzetprijs laag te houden (paragraaf 2.2.8).

2.2.3 Gedragingen voorafgaand aan de inzetfase

55. De Raad constateert dat er voorafgaande aan een executieveiling door handelaren wordt geïnventariseerd of er *outsiders* aanwezig zijn.

56. [Vertrouwelijk], handelaar, heeft hier het volgende over verklaard:

“(…) [vertrouwelijk] had min of meer informeel een ‘regelende’ rol in het geheel. Hij was doorgaans degene die vast stelde of er *outsiders* in de zaal aanwezig waren en die ervoor zorgde dat deze door een ‘bekende’ erbij betrokken werd.

Ook andere handelaren hielden dat wel in de gaten, maar waren niet actief doende ‘het dicht te krijgen’ omdat men ervan uitging dat [vertrouwelijk] dat wel regelde.

Ook [vertrouwelijk] was hierin tamelijk actief, omdat er toch wel een zekere hoeveelheid tact vereist was en niet iedereen daarover beschikte.”

(…)

Een groep handelaren is door regelmatig executieveilingen te bezoeken min of meer bekende van elkaar geworden.”⁴⁴

57. De heer [vertrouwelijk], zelfstandig makelaar en taxateur te Zutphen, heeft het volgende verklaard over de gedragingen die hij voorafgaande aan een executieveiling heeft waargenomen en ervaren:

“(…) Bij de toegangsdeur van dit paviljoen werden wij aangesproken door enkele personen die ik eerder op voorgaande veilingen had gezien. Ik werd apart aangesproken en mijn cliënt ook. 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.

Nadat ik vervolgens naar mijn cliënt was gelopen, hoorde ik dat aan hem dezelfde vraag werd gesteld.

De cliënt gaf toen aan serieus geïnteresseerd te zijn naar een pand dat geveild werd. Hierop werd hem door de man te kennen gegeven dat het niet de bedoeling was dat hij zou gaan meebieden op de veiling en dat hij alleen met de groep (groep waar de man deel van uit maakt) kon meedoen.”⁴⁵

58. In de verklaring van twee controlerend ambtenaren van de Belastingdienst ziet de Raad een bevestiging van voorgaande verklaringen. De twee ambtenaren hebben als volgt over hun ervaringen verklaard:

⁴⁴ Dossierstuk 6538_1/409, p. 9 en p. 11, slotalinea's. Dit dossierstuk betreft een *ondernemersverklaring* van [vertrouwelijk]. In deze verklaring wordt in sommige gevallen gesproken over de heer [vertrouwelijk] in de derde persoon enkelvoud.

⁴⁵ Dossierstuk 6538_1/133, p. 2.

“(…) Om een beter beeld te krijgen van de werking van executieveilingen hebben we besloten om de veiling in Alphen aan de Rijn te bezoeken. De veiling vond plaats op [vertrouwelijk] en er werden twee objecten geveild.

(…)

In de kantine werden wij aangesproken door een forse man met een gestreept hemd aan. De man vroeg aan ons of wij interesse hadden in de objecten die geveild zouden worden. Daarna vroeg hij aan ons of wij voor de handel wilden aankopen of dat we er zelf in wilden gaan wonen. Wij antwoorden hier niet op en de man ging direct door met zijn verhaal. Hij vertelde ons dat de aanwezige personen elkaar kenden en dat het doel was om niet de hoogste prijs voor een object te betalen op de executieveilingen. Wij werden verzocht om niet mee te bieden. Hij gaf aan ons aan dat, als we echt interesse hadden, we hem konden aanspreken en dan kwamen we er samen wel uit. Daarnaast vertelde hij dat het verstandig was om dit na de officiële veiling, buiten het zicht van de notaris, af te handelen. Toen hij dit verteld had, liep hij terug naar een groepje. Vlak daarna begon de veiling.”⁴⁶

59. Op grond van voorgaande verklaringen constateert de Raad dat handelaren voorafgaande aan de inzetfase van een executieveiling outsiders proberen te betrekken bij hun gedragingen.

2.2.4 Gedragingen direct na afloop van de inzetfase

60. De Raad stelt aan de hand van onderstaande verklaringen vast dat de gedragingen van de handelaren na afloop van de inzetfase en vóór de afmijnfase – voor zover niet reeds bekend uit lichaamstaal van de handelaren tijdens de inzetfase – eruit bestaan te inventariseren welke personen “op de inzetlijst willen”.
61. De heer [vertrouwelijk], handelaar, heeft verklaard dat elke handelaar mee kan doen met de inzetfase. Handelaren kunnen na de inzetfase aangeven of ze op de inzetlijst willen:

“Elke handelaar op een veiling kan meedoen bij het inzetgedeelte (het opbieden). Na de inzet wordt een inzetlijst gemaakt waarop iedereen aangeeft of hij nog mee wil doen voor deze prijs. Zo ontstaat er bijvoorbeeld een lijst met 20 kruisjes. Deze handelaren verdelen het inzetgeld. Daarna zijn er in de tweede ronde vaak groepen handelaren die samen mijnen. Meestal doen er veel minder partijen mee met het afmijnen dan met het inzetten.

(…)”

⁴⁶ Dossierstuk 6538_1/646, p. 1-2.

62. [Vertrouwelijk] geeft aan dat de inventarisatie wie ‘mee zou doen’ vaak gebeurde door dezelfde personen. De heer [vertrouwelijk] werkte volgens [vertrouwelijk] met een voorgedrukte lijst; bij zijn afwezigheid namen anderen de administratie voor hun rekening.

“(…) U vraagt mij wat er na de inzetfase gebeurt. Na de inzetfase ligt de inzet vast. De inzetter moet dan direct naar de notaris toe om zijn legitimatie en bankgarantie te laten zien. In de tussentijd gaat er iemand in de zaal met een lijst rond. Dit is meestal meneer [vertrouwelijk]. Hij heeft zelf voorgedrukte lijsten gemaakt waar de namen, adressen en bankgegevens van de handelaren opstaan. Hij gaat dan iedere handelaar af en vraagt of deze wel of niet wil mee doen. Hij hoeft dan alleen op de lijst aan te vinken wie er allemaal mee doen. Dit rondlopen gebeurt minder vaak omdat de groep liever heeft dat er zo min mogelijk mensen meedoen. Je moet dus meestal zelf naar [vertrouwelijk] toestappen om aan te geven dat je mee wil doen. Een outsider wordt na de inzet opnieuw benaderd met de vraag of hij voor deze prijs nog mee wil doen of dat hij het te duur vindt. Als hij mee wil doen wordt hij op de lijst geplaatst. Op een voorgedrukte lijst wordt zijn naam er dan met de hand bij geschreven.

(…)

Als [vertrouwelijk] er niet is dan pakt een andere handelaar even een papier en noteert de namen. Dit kan in principe iedereen zijn. (…)⁴⁷

63. De heer [vertrouwelijk], handelaar, bevestigt dat handelaren tussen de inzet- en afmijnfase konden aangegeven wie er met de inzetprijs wil meedoen. Die handelaren worden vervolgens op een lijst genoteerd, aldus de heer [vertrouwelijk] – volgens hem door de inzetter.

“(…) De veiling verloopt in twee fasen. In de eerste fase wordt er ingezet en wordt vervolgens onder degenen die ingezet hebben de inzetsom verdeeld. De inzetsom wordt over de bank betaald. Dit verdelen van de inzetsom gebeurt niet onder toezicht van de notaris. (…)

Na het afsluiten van de inzet, meld je jezelf bij degene die gewonnen heeft dat je mee wilt doen met inzetten. Tijdens de veiling zie je, door het vinger opsteken, welke bidders er willen inzetten. Vervolgens krijg je, als er niet afgemijnd wordt, met alle bidders die willen inzetten gezamenlijk de woning. Deze komt op naam van degene met de hoogste inzet. (…)

Na het inzetten kun je dus met meerderen het pand kopen. Als er in de tweede ronde niet afgemijnd wordt, ben je met zijn allen eigenaar. Voorafgaand aan het afmijnen, wordt op een lijst opgeschreven wie er allemaal willen mee doen. Deze lijst wordt op bijvoorbeeld een kladblok opgesteld door degenen die het hoogst ingezet heeft. (…)⁴⁸

⁴⁷ Dossierstuk 6538_1/398, p. 6.

⁴⁸ Dossierstuk 6538_13/15, p. 2.

64. Notaris [vertrouwelijk] verklaart waargenomen te hebben dat handelaren die tot de groep behoren, naar elkaar seinen. Ook heeft hij waargenomen dat iemand met een lijst rondloopt waarop kan worden vermeld welke handelaren meedoen voor de plok (de verdeling van inzetpremie).

“(…) Handelaren zitten bij elkaar in de zaal. Algemeen bekend is welke combinaties er zijn. Ik weet dit doordat ik zeer veel veilingen heb gedaan. Ik heb bij de KNB [*NMa: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie*] aangegeven dat er geen pauze meer moet zijn tussen opbod en afslag. Na de inzet moet men direct doorgaan met de afslag.

Tijdens de pauze gaan handelaren in de zaal rondlopen, ze seinen naar elkaar door twee vingers op te steken. Het gebeurt ook dat iemand een lijstje bijhoudt met mensen die meedoen met de plok. Voornamelijk de groep [vertrouwelijk] hield zo'n lijstje bij, maar ook wel eens een individu. Dit gebeurt ook bij de afslag. Ik zelf heb zulke lijsten wel eens gezien en ook toegestuurd aan de KNB, omdat ik verzocht werd om de inzetpremie te verdelen. Ik heb dit nooit gedaan en altijd geweigerd. Plokgeld is noodzakelijk om de markt inzichtelijk te maken; zonder plokgeld is er immers geen enkele reden om op te bieden. Het gebeurt dat handelaren (wanneer ze het pand hebben) nog een keer onderling gaan bepalen wie het pand mag hebben. Hoe dit gebeurt weet ik niet precies. De uiteindelijke eigenaar betaalt aan de intekenaars op de eigen lijst die de secretaris van de club bijhoudt. Dit gebeurt in een café aan de overkant of in een apart zaaltje. (...)”⁴⁹

65. De heer [vertrouwelijk], eveneens handelaar, heeft verklaard dat de inzetlijst na de inzetfase meestal door zijn vader (de heer [vertrouwelijk]) wordt opgesteld. Door met je hoofd een knik te geven, zoals ook de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard, kunnen handelaren aangeven op de lijst te willen waardoor zij kunnen delen in de inzetpremie. Het samen inzetten is een gewoonte, zo verklaart de heer [vertrouwelijk]:

“(…) De lijst wordt gemaakt na de inzet. Mijn vader maakt meestal de lijst. Dan loop ik even naar hem toe en zeg dat ik op de lijst wil. Als dat niet kan dan knik ik naar mijn vader en dat weet hij dat ik meedoe en als ik met mijn hoofd schud dan doe ik niet mee.

(…)

U vraagt mij wie bepaalt dat iemand een lijst mag bijhouden of een andere vorm van administratie doet. Dat wordt niet afgesproken. Je ziet iemand die aantekeningen maakt. Je kent elkaar en weet wie meestal de lijst bijhoudt.

(…) *in de inzetfase*: nadat de inzet heeft plaatsgevonden bepaal je of je mee wilt doen. Daarvoor heb je geen contact met andere over de inzet. Het gezamenlijk inzetten is een gewoonte. Het gaat al heel lang zo op de veiling. In Utrecht ben ik de inzetter.

⁴⁹ Dossierstuk 6538_1/77, p. 2

De inzetter verschilt per veiling. Vaak is de inzetter een handelaar die bekend is in de omgeving.”
(...)”⁵⁰

66. Wijlen de heer [vertrouwelijk], handelaar, heeft verklaard dat uitsluitend handelaren onderling weten dat er een mogelijkheid is om mee te doen met de inzet. Particulieren, die de woning willen kopen voor eigen bewoning, weten dit niet:

“Particulieren zijn niet op de hoogte van de mogelijkheid tot mee doen met de inzet, alleen handelaren weten dit onderling.”⁵¹

67. De in voorgaande verklaringen bedoelde inzetlijst, zo volgt uit verklaringen, wordt ook wel een ploklijst of [vertrouwelijk]lijst genoemd (naar de opsteller daarvan: de heer [vertrouwelijk]).⁵² Ten aanzien van die lijsten heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard dat hij ze zelf heeft opgesteld en dat hij de inning en verdeling van de inzetpremie vaak voor zijn rekening neemt, dan wel zijn dochter dat laat uitvoeren.⁵³

“(…) Ja vaak over de plok. Daarover spreken we soms met een grotere groep wel eens af om het risico van het opbod te delen, bijvoorbeeld met 30 man, dan heb je het risico dat je 1/30^e van het pand hebt en je kan 1/30^e van de plok krijgen. Dit bepalen we tijdens de veiling op het moment tussen de inzet en de afslag, je bepaalt zelf of je daaraan meedoet. Iemand schrijft de namen op, de inzetter staat vaak bij de notaris op dat moment. Alleen wie er op de veiling aanwezig is doet mee aan dit systeem.

Ik heb zelf die lijstjes vaak gemaakt, de handelaren wisten dat ze bij mij terecht konden om mee te doen. Ze gaven tijdens de veiling aan dat ze mee wilden doen met een knikje of een simpel gebaar. Ik gaf het lijstje aan de inzetter of ik werkte het ook wel eens thuis uit voor anderen en stuurde het digitaal toe. Ik deed dat eigener beweging en vrijwillig. Ik heb ook vaak de betalingen gedaan waarbij ik het ploggeld inde en weer verdeelde. Mijn dochter, [vertrouwelijk], deed de betaling vaak hiervoor. De ploklijstjes maakte ik zelf. (...)”

68. De Raad stelt aan de hand van voorgaande verklaringen vast dat de gedragingen van betrokken handelaren tussen de inzet- en afmijnfase erop gericht zijn om vast te stellen welke handelaren op de inzetlijst vermeld willen worden.
69. De Raad heeft kunnen vaststellen dat het verdelen van ploggeld structureel voorkwam. In 2005 werden in Nederland 1814 panden executoriaal geveild. De NMa heeft in dat jaar,

⁵⁰ Dossierstuk 6538_1/700, p. 2

⁵¹ Dossierstuk 6538_13/2, p. 3.

⁵² Verklaring van de heer [vertrouwelijk] waarin hij de term “[vertrouwelijk]-lijst” hanteert, dossierstuk 6538_13/43, p. 6.

⁵³ Dossierstuk 6538_13/9, p. 6 en p. 10-11.

waarvoor zij het meeste bewijsmateriaal heeft, bij 535 van deze 1814 panden (29,5%) kunnen vaststellen dat handelaren ploggeld hebben verdeeld.⁵⁴ Het is aannemelijk dat het verdelen van ploggeld vaker is voorgekomen dan de NMa bewijzen kan. Immers, het dossier is samengesteld op basis van bewijs dat bij (slechts) negen handelaren is gevonden, terwijl in Nederland vele tientallen handelaren zich stelselmatig met executieveilingen bezig houden. Bovendien betreft het gedragingen tot negen jaar vóór de bedrijfsbezoeken – een periode waarvoor niet al het bewijs meer beschikbaar is. Het percentage ploggeldverdelingen zal vermoedelijk hoger zijn op de veilingen buiten de grote steden:⁵⁵ de grote meerderheid van voornoemde negen handelaren kwam namelijk niet of minder vaak op de grotere veilingen van bijvoorbeeld Amsterdam en Rotterdam.⁵⁶ Ten slotte wijst de NMa erop dat het bewijsmateriaal slechts ziet op de gevallen waarin iemand binnen het verband van handelaren de hoogste inzetter was. In de gevallen waarin een outsider de hoogste inzetter was, was het verband van handelaren mogelijk wel actief maar heeft de NMa daarvoor onvoldoende bewijs.

2.2.5 Gedragingen in en na de afmijnfase

70. De Raad stelt vast dat de binnen het verband van handelaren *ad hoc* gevormde groep handelaren (die dus tot stand is gekomen door vermelding op de inzetlijst en dus overeenstemming heeft over het verdelen van ploggeld), ook samenwerkt in de afmijnfase.
71. Deze samenwerking is het meest zichtbaar in het geval de groep na de inzetfase inschat en vaststelt dat geen outsiders aanwezig zijn ('het zit dicht'). In dat geval kan voorafgaand aan de afmijnfase de afspraak worden gemaakt dat het pand na de afmijnfase nogmaals zal

⁵⁴ Volledigheidshalve: het aantal besmette woningen in 2002 bedroeg 53 (van 596, 8,9%), in 2003 239 (van 876, 27,3%), in 2004 366 (van 1303, 28,1%), in 2006 391 (van 1900, 20,6%), in 2007 322 (van 1703, 18,9%), in 2008 258 (van 1779, 14,5%) en in 2009 200 (van 2256, 8,9%). De NMa merkt hierbij op dat handelaren een minder volledige administratie zullen hebben van vroegere jaren. De afname in meer recente jaren valt samen met de opkomst van de regioveiling (zie hiervoor, randnummer 36).

⁵⁵ Zie ook de verklaring van de heer [vertrouwelijk]: "De reden dat veel handelaren niet actief zijn in de Randstad, is omdat het een moeilijke markt is. In de Randstad is in principe geen groep actief. Misschien wel in Rotterdam, maar in ieder geval niet in Amsterdam. Den Haag een lokaal clubje. Het is moeilijk daar tussen te komen. Als je een paar keer fanatiek zou tegenbieden, zou je wel worden toegelaten."

⁵⁶ - de heer [vertrouwelijk]: "Er is niet echt een regionaal zwaartepunt, op veel plaatsen heb ik wel eens wat gekocht.", dossierstuk 6538_13/9, p. 2.

- de heer [vertrouwelijk]: "Ik ga niet naar veilingen in Noord-Brabant, Limburg, Zeeland, Rotterdam en Amsterdam", dossierstuk 6538_13/3, p. 2.

- [vertrouwelijk]: "In Amsterdam is de interesse veel groter en zullen er zo 200 mensen op een veiling afkomen. Maar zelf ben ik minder geïnteresseerd in veilingen in Rotterdam en Amsterdam, mede doordat er veel louches figuren op deze veilingen rondlopen en ook omdat er lastige constructies worden gehanteerd, zoals splitsingsakten, aanschrijvingen etc.", dossierstuk 6538_1/13, p. 2.

- [vertrouwelijk]: "Ik ga alleen naar veilingen in Groningen, Friesland en Drenthe.", dossierstuk 6538_13/5, p. 1.

- [vertrouwelijk]: "Vraag: Bent u overal actief op het gebied van de handel in panden? Antwoord: Ja, in geheel Nederland, maar niet op alle plekken. Sommige gebieden kom je niet, bijvoorbeeld vanwege het 'klimaat'.", dossierstuk 6538_13/7, p. 1. Uit het bewijsmateriaal blijkt dat de heer [vertrouwelijk] bij maar twee panden in Amsterdam is betrokken, en geen panden in Rotterdam.

- [vertrouwelijk]: "Ik handel in de regio Noord-Holland en soms daarbuiten." Uit het bewijsmateriaal blijkt dat de heer [vertrouwelijk] bij twee panden in Amsterdam is betrokken.

worden verhandeld tussen de handelaren in de groep. In voorkomende gevallen wordt daarbij afgesproken voor welke prijs namens de groep zal worden gemijnd. Enkele handelaren gebruiken hiervoor de term “groepsminen”. Deze term wordt echter niet consequent gebruikt. Sommige handelaren gebruiken deze term voor de gevallen waarin vóór de afmijnfase een afmijnprijs wordt afgesproken en het pand zal worden nageveild. Andere handelaren verstaan onder “groepsminen” uitsluitend de afspraak dat het pand na de afmijnfase in een naveiling zal worden aangeboden, zonder vooraf afgesproken afmijnprijs. De Raad hanteert de term “groepsminen” voor alle situaties waarin handelaren voorafgaand aan de afmijnfase expliciet tot overeenstemming komen over hun biedgedrag.

72. In de gevallen dat groepsminen niet opportuun is (omdat outsiders aanwezig zijn), of op praktische bezwaren stuit (doordat de notaris geen gelegenheid hiertoe geeft tussen inzetfase en afmijnfase), komt vóór de afmijnfase geen expliciete afspraak tot stand tussen handelaren. De handelaren kunnen echter ook dan samenwerken. Als een handelaar uit de groep het pand heeft gemijnd, wordt deze geacht gelegenheid te geven aan andere handelaren om alsnog mee te doen. Vanwege deze mogelijkheid kan een handelaar uit de ad hoc groep afwachtend zijn in de afmijnfase: als een handelaar uit die groep het pand afmijnt, bestaat immers een mogelijkheid alsnog mee te doen in een naveiling en aldus winst te maken. Als een outsider het pand mijnt, leiden de handelaren in elk geval geen verlies.
73. Naarmate meer outsiders aanwezig zijn, wordt de kans ook groter dat een outsider het pand afmijnt. Bij de veilingen waar veel outsiders aanwezig zijn, kan een handelaar niet erop rekenen dat een handelaar uit de groep het pand zal afmijnen (en hij kan meekopen). In die gevallen zal, ook door leden van de ad hoc groep, marktconform worden afgemijnd, is er geen winst te behalen in een naveiling en zal de samenwerking beperkt blijven tot het verdelen van ploggeld.

Groepsminen

74. De Raad stelt vast dat handelaren in voorkomende gevallen voorafgaand aan de afmijnfase een afspraak maakten over hun biedgedrag.
75. [Vertrouwelijk] heeft verklaard dat het kon voorkomen dat er gezamenlijk werd afgemijnd door de groep. Dit was het geval indien handelaren “winst” roken, doordat het inzetbedrag zo laag was vastgesteld dat op een woning een meer dan redelijke winst gemaakt kon worden. In dergelijke gevallen werd afgesproken dat het niet vrij minen was, aldus de heer [vertrouwelijk].

“(…) In een enkel geval is het wel voorgekomen, bijv. wanneer handelaren winst roken, dat ook bij dit afmijnen gezamenlijk voor de gehele groep werd afgemijnd.

Dit kon het geval zijn wanneer het inzetbedrag zo laag was vastgesteld, dat op het object een meer dan redelijke winst gemaakt zou kunnen worden. Men poogde daarin dan mee te delen door af te spreken dat het niet vrij mijnen zou zijn. Werd dit geaccepteerd dan sprak men af dat er een handelaar voor de groep zou afmijnen tegen een vóóraf afgesproken bedrag en dat de overige handelaren dus niet zélf mochten afmijnen.

Het aldus in eigendom verkregen pand werd dan vervolgens - in een aanpalend zaaltje of etablissement - ‘binnen de groep uitgezet’, waarbij dit aan een handelaar (of subgroepje) werd toegewezen die het hoogste bod binnen deze groep had uitgebracht.”⁵⁷

(…)

‘Plonzen’

Echt interessant wordt het voor de bij de groep betrokken handelaren pas, wanneer de bank zich op de veiling niet laat vertegenwoordigen. Bij het zgn. ‘plonzen’ gaat het er sowieso om dat ‘de zaak dicht moet zitten’ oftewel er mogen geen outsiders aanwezig zijn tenzij deze zijn overgehaald om mee te doen.

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. Immers tijdens het afmijnen kan de prijs van het object niet beneden het inzetbedrag uitkomen. Overigens mag zo'n bedrag ook weer niet al te laag zijn, omdat men er anders zeker van kan zijn dat de bank achteraf niet zal ‘gunnen’ (de koop niet zal fiatteren).

De groep heeft een handelaar aangewezen, die op een bedrag vlak boven het inzetbedrag namens de groep zal ‘mijnen’, alle anderen houden hierbij dus hun kaken op elkaar. De aldus verondersteld te maken winst, moet uiteraard met de groepsleden gedeeld worden. Dit geschiedt doordat het object binnen de groep wordt uitgezet. In feite wordt het dus opnieuw bij opbod te koop aangeboden aan de groepsleden, die evenwel het verschil tussen de op de veiling tot stand gekomen prijs en de prijs die binnen de groep is vastgesteld, onder de groepsleden gelijkelijk dienen te verdelen. (…)”⁵⁸

76. De Raad stelt vast dat het bestaan en de werking van “plonzen” niet alleen bij [vertrouwelijk] bekend is, zo blijkt uit de verklaring van de heer [vertrouwelijk]:

“(…) “U vraagt of ik de term plonzen ken. Ja die ken ik. Dat is hetzelfde als het groepslijnen. Je denkt dan dat je het dicht hebt. Als ik op een veiling ben en ik zie alleen zo handelaren dan zie ik al dat het dicht is. U vraagt of het voorkomt dat bij plonzen bewust wordt slag gelopen. Ja, natuurlijk.

⁵⁷ Dossierstuk 6538_1/409, p. 12.

⁵⁸ Dossierstuk 6538_1/409, p. 13.

Dat komt wel eens voor. Meestal gebeur[t] dit als de inzet te hoog is. We proberen zo laag mogelijk te kopen. Maar als de inzetprijs laag is, dan gebeurt bewust slaglopen niet. Het pand moet immers wel gegund worden.”⁵⁹

77. Ook de heer [vertrouwelijk], handelaar, verklaart dat handelaren die tot de groep soms afspreken dat een woning in de afmijnfase “in de groep moet blijven”:

“(…) De groep wordt bepaal[d] door degenen die mee doen op de inzet.

Als afgesproken wordt dat het pand in de groep gehouden wordt dan betekent dit dat het pand gezamenlijk wordt aangekocht. Of een pand in de groep moet blijven wordt gevraagd door een van de handelaren uit die groep die in de zaal loopt. Er wordt wel een seintje gegeven als een pand vrij is.

Als een pand in de groep gehouden wordt dan wordt er niet gemijnd door de groep. Anderen, particulieren en banken etc. kunnen vrij mijnen, dus we kunnen er als groep ook naast komen te zitten.”⁶⁰

78. De heer [vertrouwelijk] verklaart dat het pand bij het groepsminen sowieso werd uitgezet, en dat dit bij het ‘vrij mijnen’ niet altijd plaatsvond:

“Bij ‘vrij mijnen’ bepaalde de eigenaar of het pand nog werd uitgezet of zelf hield. Bij “groep mijnen” werd het pand sowieso uitgezet.”⁶¹

79. De heer [vertrouwelijk] verklaart dat als handelaren samen mijnen, handelaren hun eigen prijs bepalen, maar in de wetenschap dat zij kunnen meekopen in een naveiling:

“De lijst betreft de uitkoopgroep. Deze groep heeft samen gemijnd. Iedereen bepaalt zelf wat hij mijnt, maar de rest van de groep doet wel mee in de ronde erna.”⁶²

80. De heer [vertrouwelijk], handelaar, verklaart dat handelaren ook wel door elkaar toe te knikken, afspraken dat het pand binnen de groep zou blijven:

“(…) Als er afspraken gemaakt zijn, wordt er uitgezet. Dit wordt tijdens de veiling gedaan. Dit gebeurt met knikken. Dit gebeurt voor het afmijnen. Als een man van de vaste kern begint te knikken en hij maakt dan oogcontact. Ik kan dan knikken en dan weet ik dat ik mee doe met de uitzet. Ik ben tot niets verplicht. Het is dan voor elkaar. Ik weet dan dat ik mee kan doen met de uitzet na het afmijnen. (...)”

⁵⁹ Dossierstuk 6538_1/714, p. 7.

⁶⁰ Dossierstuk 6538_13/30, p. 4.

⁶¹ Dossierstuk 6538_12/17, p. 2.

⁶² Dossierstuk 6538_13/1, p. 4.

Uitzetten gebeurt sporadisch. Als ik heb aangegeven mee te doen doe ik niks. Ik doe dan met hun mee. Op dat moment moet je de ander de gelegenheid geven om mee te doen. Ik ben dan gebonden om de anderen die gelegenheid te bieden. Als ik mee doe met de uitzet wordt me de mogelijkheid geboden om het pand te kopen.

Je kunt alleen uitzetten als het pand goedkoop verworven wordt. Ik mag nog wel zelf bepalen of ik mijn of niet. Je bent dan alleen gebonden om anderen de gelegenheid te geven om het in de uitzet te kopen. (...)⁶³

81. De heer [vertrouwelijk] bevestigt dat het pand bij groepsmijnen sowieso wordt uitgezet, terwijl dit bij 'vrij mijnen' een keuze is van de afmijner.⁶⁴ Ook de heer [vertrouwelijk] verklaart dat bij mijnen 'in de groep', handelaren weten dat je mee mag doen met de groep terwijl dit in andere gevallen niet vooraf wordt afgesproken.⁶⁵
82. Dit 'groepsmijnen' kon uitsluitend als duidelijk was dat geen outsiders aanwezig waren. Deze situatie kwam vaker voor in het verleden, bij lokale veilingen waar weinig bezoekers kwamen.

'Vrij' mijnen

83. De Raad stelt vast dat in veel gevallen handelaren geen expliciete afspraken maakten voorafgaand aan de afmijnfase. Ook als handelaren binnen de groep voorafgaand aan de afmijnfase geen afspraak maakten, bleven zij echter gebonden door de onderlinge loyaliteit. Zij mijnden niet uitsluitend voor zichzelf. Als een handelaar die op de inzetlijst vermeld stond een pand mijnde, werd hij geacht andere handelaren van de groep gelegenheid te geven 'mee te kopen' in de naveiling.
84. De heer [vertrouwelijk] schetst dat het mogen meekopen van een woning alleen mogelijk is indien een handelaar ook anderen mee laat doen aan een woning die hij heeft gemijnd. Het is een wisselwerking, aldus de heer [vertrouwelijk], soms winnen, soms verliezen:

"(...) Er zijn twee momenten waarop je mee kunt doen. Eerst na het eerste deel van de veiling, als er ingezet is, dan kun je vragen of je mee mag inzetten. Dan kun je als er afgemijnd wordt jouw deel van de premie krijgen. Als er niet afgemijnd wordt, ben je mede koper. Het tweede moment waarop je mee kunt kopen is na de afmijning. (...)

Vraag: Waarom neemt u deel aan dit systeem?

⁶³ Dossierstuk 6538_1/699, p. 3.

⁶⁴ Dossierstuk 6538_1/703, p. 3.

⁶⁵ Dossierstuk 6538_1/712, p. 4. Op p. 5 verklaart de heer [vertrouwelijk] dat een handelaar na het afmijnen bij de afmijner kan aangeven of hij wil meedoen met het pand, en het de afmijner is die beslist of dit gebeurt.

Antwoord: Het is een wisselwerking, soms winnen, soms verliezen. Als jij nooit iemand toestaat mede eigenaar te worden van een pand, dan mag jij ook nooit met anderen meedoen.”⁶⁶

85. De heer [vertrouwelijk] verklaart dat ‘meedoen’ aan het systeem verzekert dat een handelaar het pand kan krijgen, ook als hij niet heeft gemijnd:

“We bieden marktconform tegen de markt bij de inzet en afslag. Bij de inschrijving daarna neem je het risico alleen en neem je het tegen de medepartners of -eigenaren op. Zolang er maar iemand de inzet wint waarvan ik weet dat hij meedoet aan dit systeem, dan ben ik in elk geval verzekerd van de mogelijkheid om via inschrijving alsnog het pand alleen voor eigen risico te verkrijgen mocht ik dat willen. Ik kon ook gewoon meebieden.”⁶⁷

86. Ook de heer [vertrouwelijk] verklaart dat hij andere handelaren mee laat doen, maar dat hij dit niet aan iedereen toestaat:

“Soms mijn ik een pand af. Nadat ik een pand heb afgemijnd, dan kunnen mijn collega’s beslissen of ze meedoen of niet. Of ze mee willen doen, is afhankelijk van het feit of de woning duur is of niet. Bovendien is het de vraag of ik ze mee wil hebben.”⁶⁸

87. De heer [vertrouwelijk] verklaart dat het niet vaak voorkwam dat handelaren uit de groep het pand voor zichzelf hielden, en anderen niet mee lieten doen:

”Vraag NMa: Gebeurde het dat een handelaar die een pand had verkregen na de executieveiling direct naar huis ging, zonder na afloop mee te doen met de uitkoop?”
Antwoord: Dat gebeurde wel eens, maar niet vaak.”⁶⁹

88. Uit de verklaring van de heer [vertrouwelijk] blijkt dat handelaren weliswaar ‘gratis’ mee mogen delen in de winsten die worden behaald op de naveiling, maar dat zij op hun beurt ook worden geacht anderen mee te laten doen:

“[naar aanleiding van een [vertrouwelijk]-lijst met uitkoop] Kijk, hier koopt dhr. [vertrouwelijk] het pand. Naderhand geven andere handelaren aan dat zij willen participeren. Dan is het aan dhr. [vertrouwelijk] of hij daar mee instemt. Vervolgens vindt er een “verkoop” plaats waar het aantal kopers wordt verkleind. Die bedragen daar rechts [...] is een stukje verkoopopbrengst voor degenen die uitgekocht zijn. Het kost dan wel niets om te participeren, ik snap dat jullie dat zo raar vinden,

⁶⁶ Dossierstuk 6538_13/8, p. 5-6.

⁶⁷ Dossierstuk 6538_13/9, p. 7, 8.

⁶⁸ Dossierstuk 6538_13/3, p. 2.

⁶⁹ Dossierstuk 6538_13/5, p. 3.

maar dat is een kwestie van wisselwerking. De ene keer zeg ik dat jij mag participeren, de andere keer mag ik participeren.”⁷⁰

89. Ook de heer [vertrouwelijk] verklaart dat handelaren bij de afmijner aangeven dat zij willen meekopen; een enkele keer heeft de heer [vertrouwelijk] meegemaakt dat hij niet kon doen:

“Als er afgemijnd is en ik heb toch interesse, dan loop ik naar de afmijner toe. Anderen die interesse hebben, die melden zich ook. Bij alle veilingen, waar ik kom, maak ik dit zo mee. De afmijner bepaalt wie niet mee mag doen. Dit bepaalt hij willekeurig. Hij gaat op zoek naar mensen die gelijkgezind zijn, d.w.z. ook kunnen betalen. Dit heeft ook te maken met vertrouwen over en weer. Je geeft aan dat je mee wild doen, als de afmijner bij de notaris is geweest. Ik heb een enkele keer meegemaakt dat ik niet kon doen.”⁷¹

90. Dat handelaren andere handelaren mee laten kopen opdat zij een volgende keer met die handelaren mee mogen kopen, wordt bevestigd door de verklaringen van de volgende vijftien handelaren:

- de heer [vertrouwelijk]: “Als een handelaar het pand koopt, bestaat de mogelijkheid om alsnog mee te doen. Dit is vergelijkbaar aan het inzetten. [...] Het systeem bestaat op basis van vertrouwen. Iedereen kan mee doen als ze willen, de enige voorwaarde is dat je jezelf aan de financiële verplichtingen houdt. Iedereen houdt zich hier aan, er zijn regelmatig nieuwe toetreders in de groep handelaren.”⁷²
- de heer [vertrouwelijk]: “*Vraag: Als er voordat u wilt mijnen door iemand anders wordt afgemijnd, kunt u dan ook nog gedeeltelijk eigenaar van een woning worden?* **Antwoord:** Ja, dat is in veel gevallen wel mogelijk, afhankelijk van de bereidheid van de ander. De handelaar die dit toestaat hoopt waarschijnlijk dat hij de volgende keer deel mag nemen aan de aankoop van een ander pand.”⁷³
- de heer [vertrouwelijk]: “*Vraag: wat gebeurt er als het pand door iemand in de groep wordt afgemijnd.* **Antwoord:** Soms wordt er wel afgemijnd. Er kunnen zich dan nog wel geïnteresseerden melden bij de koper. Dan wordt pand meteen doorverkocht. *Vraag: hoe groot is deze groep?* **Antwoord:** Dit kan soms ook een grotere groep zijn, maar ook een paar. Met ongeveer 10 tot 20 personen ben je er wel.”⁷⁴

⁷⁰ Dossierstuk 6538_13/7, p. 3.

⁷¹ Dossierstuk 6538_13/19, p. 3 en 4.

⁷² Dossierstuk 6538_13/2, p. 3.

⁷³ Dossierstuk 6538_13/18, p. 5.

⁷⁴ Dossierstuk 6538_13/20, p. 3.

- de heer [vertrouwelijk]: “Als er is afgemijnd door iemand van de groep kan je aangeven of je meedoet met het pand. Dan heb je het pand met elkaar. Dit aangeven gebeurt na de afmijning. Aan de persoon die de lijst bijhoudt.”⁷⁵
- de heer [vertrouwelijk]: “*Vraag: Wat gebeurt er na een executieveiling?* Antwoord: Nadat iemand heeft afgemijnd, kan je vragen of je met diegene mee mag doen. Diegene die het pand heeft gekocht kan aangeven of hij dit wil of niet.”⁷⁶
- de heer [vertrouwelijk]: “*Vraag NMa: Vindt er ook uitkoop plaats er is afgemijnd?* Antwoord: Ja, dat is ook een mogelijkheid. Na de veiling geven andere handelaren aan bij de eigenaar dat ze ook wel geïnteresseerd zijn in het pand en dan vindt er uitkoop plaats.”⁷⁷
- de heer [vertrouwelijk]: “*Vraag: Vindt er ook uitzetting plaats als er is afgemijnd?* Antwoord: het komt voor dat er wordt afgemijnd door één van de handelaren die ik ken. Diegene die heeft afgemijnd bepaalt of het pand wordt uitgezet. Dit komt wel eens voor. Je bent vrij om te bepalen of je meedoet met het uitzetten.” – en even later in zijn verklaring “Op een gegeven moment weet je dat je met iemand mee kan doen.”⁷⁸
- de heer [vertrouwelijk]: “*Vraag: Waarom zou u dan een grotere groep laten meedoen indien u afgemijnd hebt, als u weet dat het problemen kan opleveren [...]?* Antwoord: De laatste tijd heb ik na 5 á 6 mensen wel stop gezegd, de reden om toch tegen zoveel mensen “ja” te zeggen is dat je dan ook met hen mag meedoen als zij een keer afgemijnd hebben. Als ik “nee” zeg, weet ik zeker dat ik de volgende keer ook “nee” te horen krijg. Als ik “ja” zeg, heb ik de mogelijkheid op een “ja” de volgende keer. Het is geven en nemen in dit geval.”⁷⁹
- de heer [vertrouwelijk]: “Ik mijn regelmatig af. Soms koop ik aan met anderen. Ik laat met regelmaat andere handelaren participeren in de aankoop. Zij melden zich dan na de afslag bij mij. Ik doe dit om goodwill te kweken bij andere handelaren [...]”⁸⁰
- de heer [vertrouwelijk]: “Degene die afmijnt heeft het pand. Het kan zijn dat het pand wordt uitgezet. We zijn collega’s van elkaar, als iemand zegt dat hij interesse heeft dan wordt het uitgezet.”⁸¹
- de heer [vertrouwelijk]: “Het gebeurt dat na het afmijnen handelaren komen die vertellen dat ze graag ook het pand zouden willen hebben en er meer voor over hebben. Tja, waarom dan niet uitzetten. Als ik akkoord ga met het uitzetten van een pand dat ik net via afmijnen heb verkregen dan zal ik, als ik het wil, ook de

⁷⁵ Dossierstuk 6538_13/34, p. 3.

⁷⁶ Dossierstuk 6538_13/43, p. 4.

⁷⁷ Dossierstuk 6538_13/12, p. 2.

⁷⁸ Dossierstuk 6538_13/33, p. 4.

⁷⁹ Dossierstuk 6538_13/35, p. 3.

⁸⁰ Dossierstuk 6538_1/707, p. 3: Zie, in soortgelijke zin, ook p. 5.

⁸¹ Dossierstuk 6538_1/711, p. 3.

gelegenheid krijgen om een ander pand waar ik te laat was met afmijnen toch nog in het bezit te krijgen.”⁸²

- de heer [vertrouwelijk]: “Achteraf zeggen we dan of we met elkaar mee willen doen indien een van ons gemijnd heeft. Wij mogen altijd met elkaar meedoen. Ik koop heel soms met andere handelaren een pand, maar het moeten wel bekenden met mij zijn. Immers, slecht één is officieel de koper, de verdeling van kosten en baten achteraf gebeurt achteraf [...] Indien je na het afmijnen zegt dat je mee wilt doen, kun je er in principe niet op terugkomen, dan ben je “koopman kak.””⁸³
- de heer [vertrouwelijk]: “Niemand weet voor welk bedrag je mijnt maar je weet wel dat je mee mag doen. Na het afmijnen maak je dat kenbaar aan de afmijner.”⁸⁴
- de heer [vertrouwelijk] verklaart dat handelaren elkaar (en hem) mee laten kopen, maar dat hij op zijn beurt het pand voor zichzelf houdt.⁸⁵
- en de heer [vertrouwelijk]: “U vraagt mij of het mij bekend is dat ook na de afslag wordt uitgezet. Ja, dat is gewoon een manier om te verkopen, dat is speculatief. De afmijner wordt gevraagd of hij bereid is om het pand uit te zetten. Als dat wil dan komen de handelaren die ook nog wel interesse hebben om te kopen na de veiling bijeen en wordt er middels briefjes en dergelijke tot overeenstemming gekomen. Degene die niet hebben kunnen afmijnen krijgen dan dus nog een tweede kans om te kopen. [...] Bij vrij mijnen ligt het dus aan de afmijner of je nog een tweede kans krijgt om te kopen.”⁸⁶

91. Enkele handelaren, zoals de heer [vertrouwelijk]⁸⁷ en de heer [vertrouwelijk]⁸⁸, stellen dat bij ‘vrij mijnen’ iedereen vrij is en niets gebeurt. In die gevallen zou later geen uitzetten plaatsvinden. Ook uit een e-mail van de heer [vertrouwelijk] blijkt dat sommige handelaren onder ‘vrij mijnen’ de situatie verstaan dat het pand niet binnen de groep valt.⁸⁹ Deze verklaringen wegen naar het oordeel van de Raad niet op tegen het groot aantal verklaringen (hiervoor geciteerd) dat handelaren kunnen ‘meekopen’ na het afmijnen ook

⁸² Dossierstuk 6538_1/713.

⁸³ Dossierstuk 6538_13/36, p. 2-3 Handelaren voeren aan dat de heer [vertrouwelijk] verklaart over de situatie dat een pand slag loopt. De Raad volgt deze interpretatie niet. De vraagstelling van de NMa ziet immers op de situatie dat er meerdere eigenaren zijn. Dit kan gebeuren als meerdere mensen na de afmijnfase aangeven mee te willen kopen en als het pand slagloopt. Dat de heer [vertrouwelijk] niet slechts verklaart over het slaglopen, blijkt daarnaast uit zijn zinsneden: “De afmijner bepaalt of en zo ja welke methode toegepast zal worden om het pand aan iemand te kunnen toewijzen.” Evident is dat bij een pand dat is slag gelopen er geen afmijner kan zijn.

⁸⁴ Dossierstuk 6538_1/715.

⁸⁵ Dossierstuk 6538_13/37, p. 3.

⁸⁶ Dossierstuk 6538_1/703, p. 3.

⁸⁷ Dossierstuk 6538_1/699, p. 3. De heer [vertrouwelijk] verklaart eerder op dezelfde pagina dat voorafgaand aan het afmijnen wordt bepaald of zal worden uitgezet. Hiermee lijkt de heer [vertrouwelijk] te doelen op ‘groepsnijnen’. Tegelijkertijd verklaart hij echter dat of wordt uitgezet, afhankelijk is “[...] van de prijs van het pand en of degene die afmijnt het pand wel wil doorverkopen.” Dat duidt weer erop dat op de afmijner geen absolute plicht bestaat om het pand door te verkopen – wat wel een onderdeel is van het groepsnijnen dat andere handelaren beschrijven.

⁸⁸ Dossierstuk 6538_1/718, p. 8.

⁸⁹ Dossierstuk 6538_1/714, bijlage 3: “Zoals u weet zou [vertrouwelijk] het pand in de eerste instantie niet in de groep gooien, met andere woorden hij wist niet beter dan: het was vrij mijnen. Op aandringen van [vertrouwelijk] heeft hij het pand wel in de groep gegooid.”

als dat niet van tevoren is geëxpliciteerd. Die verklaringen druisen bovendien in tegen de belangen van de betrokken handelaren, wat de geloofwaardigheid van de verklaringen vergroot.⁹⁰ Daarbij komt dat de heer [vertrouwelijk] tegelijkertijd verklaart dat hij zelf mag bepalen of hij mijnt, maar gebonden is om anderen de gelegenheid te geven het pand in de uitzet te kopen.⁹¹ De heer [vertrouwelijk], op zijn beurt, expliciteert dat hij vrij is om af te mijnen als andere handelaren met hem willen ‘meedoen’; kennelijk wijkt een dergelijke opstelling af van de geldende norm.⁹²

92. Ook volgens [vertrouwelijk], zou na een afspraak tot ‘vrij mijnen’, nimmer het pand gezamenlijk worden verkocht.⁹³ Tegelijkertijd echter geeft hij een voorbeeld waarbij handelaren geen ‘groepsminen’ overeen waren gekomen, maar hij en zijn partner door andere handelaren toch worden aangesproken om het pand uit te zetten.⁹⁴ Ook verklaart hij dat hij verschillende malen het uitzetten heeft meegemaakt en dat dit slechts plaatsvond als het pand niet te duur was;⁹⁵ de prijs van het pand is pas bekend na het afmijnen – ook na het afmijnen kon kennelijk nog worden besloten een pand na te veilen. In het licht van het voorgaande neemt de Raad aan dat de heer [vertrouwelijk] verklaart dat handelaren ook expliciet overeen konden komen dat zij voor zichzelf konden mijnen. Wellicht konden handelaren in dat geval waarlijk zelfstandig hun biedgedrag bepalen.

Vorm van samenwerking afhankelijk van omstandigheden

93. Het aantal outsiders is mede bepalend of de ad hoc groep van handelaren kan ‘groepsminen’. Bij een te groot aantal outsiders zal van groepsminen geen sprake zijn. De Raad ziet hiervoor steun in de volgende verklaringen.
94. De heer [vertrouwelijk] bevestigt dat de aanwezigheid van (goed geïnformeerde) outsiders bepaalt of de groep handelaren laag zal inzetten, en onder de marktwaarde kan afmijnen:

“Als je voor de groep koopt, moet je zo laag mogelijk kopen. Alleen als de hele zaal dicht zou zitten (geen concurrenten) en dit gebeurt zelden, dan zou de NMa een punt kunnen hebben. Dan zetten ze een pand heel laag in. Een particulier begrijpt niet waarom niet wordt geboden en denkt wellicht dat er iets mis is en brengt geen bod uit. Dit kan als de bank niet naar de veiling komt. Dan mijnen ze uit voor een bedrag onder de waarde en verdelen ze het pand na de veiling. Dit is nu echter

⁹⁰ Vergelijk Gerecht 3 maart 2011, zaak T-110/07 (*Siemens*), rnr. 54: “Bovendien moeten verklaringen die ingaan tegen de belangen van degene die ze heeft afgelegd, in beginsel als bijzonder betrouwbare bewijzen worden beschouwd.”

⁹¹ Dossierstuk 6538_1/699, p. 3.

⁹² Dossierstuk 6538_1/718, p. 4. Op p. 11 verklaart dat de heer [vertrouwelijk] dat “[...] dat het kan zijn dat hij in het verleden mensen ook anderen heeft laten meedoen, maar die laat ik door slechte ervaringen niet meer meedoen.”

⁹³ Dossierstuk 6538_1/398, p. 10.

⁹⁴ Dossierstuk 6538_1/409, p. 25.

⁹⁵ Dossierstuk 6538_449/ p. 3. Zie ook p. 4.

moeilijk omdat er veel veilingen door veel mensen worden bezocht en niet iedereen elkaar kent. Bij kleine veilingen kan dit nog wel.”⁹⁶

95. De heer [vertrouwelijk] bevestigt dat de aanwezigheid van outsiders kan verhinderen dat de samenwerkende handelaren het pand goedkoop in handen krijgen:

“Als er alleen handelaren aanwezig zijn bestaat de mogelijkheid om het pand goedkoop in handen te krijgen. Soms zitten er particulieren en weet je niet wat er gebeurt.”⁹⁷

96. De heer [vertrouwelijk] bevestigt dat als de zaak ‘dicht zit’ – doordat alle handelaren meedoen – een gunstiger prijs kan worden bereikt:

“U vraagt wat ‘binnen halen’ betekent. Dit betekent dat mensen op de lijst gaan.

[...]

Met dichthebben bedoel ik dat je het met 25 man eens bent om met de inzet mee te doen. Je hebt voor het dichtkrijgen geen afspraak nodig. Iedereen van de handelaren hebben een gedeeld belang, om het pand goedkoop te kopen. U vraagt of het binnen halen van mensen kan leiden tot een situatie dat het dicht zit. Ja dat kan. Met het binnen halen kun je een gunstiger prijs bereiken.”⁹⁸

97. Ook de heer [vertrouwelijk], handelaar, verklaart dat één van de handelaren uit de groep bepaalt of een pand ‘vrij’ is en dat het pand in de groep moet blijven:

“Als afgesproken wordt dat het pand in de groep gehouden wordt dan betekent dit dat het pand gezamenlijk wordt aangekocht. Of een pand in de groep moet blijven wordt gevraagd door een van de handelaren uit die groep die in de zaal loopt. Er wordt wel een seintje gegeven als een pand vrij is.

Als een pand in de groep gehouden wordt dan wordt er niet gemijnd door de groep. Anderen, particulieren en banken etc kunnen vrij mijnen, dus we kunnen er als groep ook naast komen te zitten.”⁹⁹

98. De heer [vertrouwelijk] verklaart in dat kader dat meer waarschijnlijk is dat een handelaar uit de groep mijnt als er outsiders aanwezig zijn:

⁹⁶ Dossierstuk 6538_13/37, p. 4.

⁹⁷ Dossierstuk 6538_1/699, p. 3.

⁹⁸ Dossierstuk 6538_1/714, p. 5. De heer [vertrouwelijk] heeft als opmerking bij zijn latere verklaring geschreven dat hij met een ‘gunstiger prijs’ doelde op ‘een gunstiger inzetprijs’. Een inzetprijs is op zichzelf echter niet gunstig of ongunstig: een hoge inzetprijs betekent een hoge inzetpremie, maar minder potentieel voor een lage afmijnprijs. Een lage inzetprijs betekent een lage inzetpremie, maar meer potentieel voor een lage afmijnprijs. De Raad neemt daarom aan dat de heer [vertrouwelijk] in eerste instantie met ‘een gunstiger prijs’ doelde op de prijs die voor een handelaar echt interessant is: een lage afmijnprijs.

⁹⁹ Dossierstuk 6538_13/30, p. 4.

“Soms wordt het pand niet afgemijnd, dan wordt het pand binnen de groep verkocht en wordt het verschil tussen de inzet en de uiteindelijke koopprijs gedeeld. Dit alles is een stukje risicospreiding. Soms mijnt iemand van de groep af, dat hangt er vanaf of er risico bestaat dat iemand anders buiten de groep er met het pand vandoor gaat.”¹⁰⁰

99. De Raad verwijst verder naar de verklaring van [vertrouwelijk], die aangeeft dat ‘plonzen’ of ‘groepsminen’ niet werd afgesproken als er outsiders in de zaal aanwezig waren (hiervoor, randnummer 84)

2.2.6 Gedragingen na de afmijnfase – de naveiling

100. In deze paragraaf zet de Raad uiteen dat er in twee gevallen naveilingen kunnen worden georganiseerd. Dit is 1) in het geval er binnen de groep wordt afgemijnd en 2) in het geval de woning slag loopt. Ook gaat de Raad in op de wijze waarop de ad hoc groep de samenwerking bij een veiling afhechtte.

Afmijnen binnen de groep gevolgd door naveilen

101. Zoals in het voorgaande reeds is vastgesteld wordt doorgaans tijdens en na de inzetfase, maar vóór de afmijnfase, door handelaren aangegeven dat zij “op de lijst willen”. Het op de inzetlijst vermeld worden heeft als consequentie, zo stelt de Raad vast, dat de gedragingen van de handelaren – ook – tijdens en na de afmijnfase gedisciplineerd werden. Die disciplineringsmaatregelen bestaan eruit dat het handelaren die op de inzetlijst staan, niet vrij staat om uitsluitend voor zich zelf te minnen. Dit betekent dat andere handelaren, hoewel zij niet hebben gemijnd, in de mogelijkheid gesteld moeten worden om het pand alsnog te verkrijgen tegen een hoger bod. Dit vindt doorgaans plaats tijdens een door de ad hoc groep, buiten het zicht van de notaris, georganiseerde “naveiling”.
102. Een naveiling heeft als concreet effect dat de hogere (naveiling)prijs pas op dát moment tot stand komt, en dus niet tijdens de afmijnfase van de executieveiling. De tijdens de officiële executieveiling tot stand gekomen niet-marktconforme prijs, waarover onroerendezaakbelasting geheven wordt, wordt in de registers van het Kadaster ingeschreven. De in de naveiling tot stand gekomen prijs wordt niet in officiële stukken vermeld.

Slag lopen gevolgd door naveilen

103. De Raad stelt voorts vast dat in sommige gevallen tijdens de afmijnfase een woning niet werd afgemijnd (“slag lopen”). Bij slag lopen is de inzetprijs van de woning gelijk aan de officiële veilingprijs.

¹⁰⁰ Dossierstuk 6538_13/20, p. 2.

104. Als een woning slag loopt terwijl een van de tot de groep behorende handelaren de hoogste inzetprijs had geboden, en dus geldt als inzetter, ontstaat de situatie dat de handelaren die vermeld zijn op de inzetlijst “gezamenlijk eigenaar” van de woning worden. Dit gezamenlijke eigendom leidt doorgaans tot een naveiling; individuele handelaren willen af van hun “eigendom” door zich te laten uitkopen of door, in een sporadisch geval, hun verlies te nemen.¹⁰¹
105. Ook bij een naveiling na slag lopen komt (pas) in de naveiling de marktconforme prijs tot stand.

Praktische aspecten van het naveilen

Naveilen direct na de officiële veiling

106. Als een handelaar binnen de ad hoc groep het pand had verkregen en een naveiling werd georganiseerd, vond die naveiling in de regel plaats direct na de officiële executieveiling, op de veilinglocatie. Ten minste zeven handelaren verklaren dat de naveiling aansluitend op de officiële veiling plaatsvond.¹⁰²

Manieren van naveilen

107. Voor het naveilen en de wijze waarop de prijs van woningen dan wordt bepaald, bestaan verschillende varianten.

¹⁰¹ Geen van de handelaren heeft gekwantificeerd hoe vaak verlies wordt geleden bij de naveiling. Uit de ploklijsten in het dossier volgt het beeld dat in de grote meerderheid van de naveilingen winst wordt gemaakt; verliezen zijn incidenteel.

¹⁰² Zie:

- “Als het pand niet wordt afgemijnd dan valt het in de groep dan gaan we om de tafel zitten om uit te maken wie het pand koopt” (dossierstuk 6538_1/700, verklaring van de heer [vertrouwelijk], p. 2)
- “Als een pand niet werd afgemijnd, dan bleef iedereen die had aangegeven om mee te doen aan het pand hangen. Na de veiling kwamen we gelijk bij elkaar om het pand uit te zetten.” (dossierstuk 6538_13/17, verklaring van de heer [vertrouwelijk], p. 2)
- “Waren het er meer, dan werd het inleveren. Dat betekende dat je, nadat de veiling klaar was, ter plaatse, bij elkaar zat en via briefjes aangaf wat je voor het pand zou willen betalen.” (dossierstuk 6538_1/703, verklaring van de heer [vertrouwelijk], p. 3);
- “Dat werd slaglopen genoemd. Na de veiling kwamen de inzetter en alle mensen die hadden aangegeven mee te willen doen bij elkaar om de woning uit te zetten.” (dossierstuk 6538_13/40, verklaring van mevrouw [vertrouwelijk], p. 2)
- “Het [naveilen bij slaglopen] vindt plaats meteen na de afslag na afloop van de veiling op de locatie van de veiling” (dossierstuk 6538_13/8, verklaring van de heer [vertrouwelijk], p. 3)
- “Het uitzetten vindt plaats op de veilinglocatie, na de veiling” (dossierstuk 6538_1/711, verklaring van de heer [vertrouwelijk], p. 4)
- “De uitzet vindt op de locatie van de veiling plaats, direct na de veiling” (dossierstuk 6538_1/713, verklaring van de heer [vertrouwelijk], p. 4)

108. Zo is er de variant waarin handelaren op een briefje schrijven wat zij over hebben voor het pand; de hoogste inschrijving wint dan. Deze variant wordt ook wel “het systeem met briefjes”, “de briefjesverdeling” of de “briefjestafel” genoemd.¹⁰³
109. Een andere variant wordt wel de *Friese methode* of de *Friese manier* genoemd.¹⁰⁴
[Vertrouwelijk] legt deze manier als volgt uit:

“De Friese manier (Jargon):

2) Een tweede manier van uitzetten kan geschieden door met zijn allen rond de tafel te gaan zitten en beginnen met het bedrag waarvoor was afgemijnd – met de klok mee oplopend – ieder voor zich ‘blijf’ te roepen. Elk ‘blijf’ houdt dan in dat de prijs met bijv. €100 is verhoogd. Dit bedrag waarmee de prijs verhoogd wordt kan van geval tot geval verschillen, o.a. afhankelijk van de grootte van de uitzetgroep. Zou het bijv. met €1000 oplopen, dan wordt het pand bij een wat groter gezelschap, voordat men goed en wel éénmaal rond is gegaan, al te duur. Wie de hoogte ervan bepaalt, is doorgaans overigens niet helder.

Wordt het object te duur, dan roept de aan bod zijnde handelaar eenvoudig ‘uit’ en verdwijnt van tafel. Roept de volgende ‘blijf’ dan is het uitstappen van zijn voorganger daarmee definitief en heeft de uitstapper recht op een bedrag van €100 maal het aantal rondjes dat hij aan tafel is blijven zitten.

Stapt de opvolgende handelaar aan tafel echter óók uit – en ook alle daarna opkomende handelaren op hun beurt, dan moeten al deze uittredende handelaren terug aan tafel komen (excl. de definitief geworden uitstapper uit de volgende alinea).

Tijdens het rondje – nu tegen de klok in – wordt het pand bij elke handelaar die ‘uit’ roept €100 goedkoper. Tot op het moment waarop weer iemand ‘blijf’ roept, daarmee te kennen gevend dat de prijs voor hem voldoende is gedaald om koper te willen worden. Roepen de overgeblevenen aan tafel allemaal ‘uit’ dan is hij koper. Die prijs kan daarentegen weer gaan oplopen wanneer er meerdere ‘blijvers’ blijken te zijn. Op deze wijze kan het rondje dus verschillende keren heen en weer lopen en aldus vrij precies de definitieve prijs bepalen.

Uit het verschil tussen afmijnprijs en het op de ‘Friese’ manier tot stand gekomen bedrag, worden de ‘blijvers’ naar rato van het aantal rondjes dat ze aan tafel zijn gebleven, uitbetaald door de uiteindelijke koper.”¹⁰⁵

¹⁰³ Zo verklaart de heer [vertrouwelijk], handelaar: “U vraagt mij waar de briefjesverdeling vandaan komt. Het verdelen met briefjes komt uit Friesland en ik ben er sinds een jaar of 6 of 7 incidenteel bij betrokken.” (Dossierstuk 6538_13/30, p. 3). “U vraagt mij op welk moment de briefjestafel aan de orde komt, dat gebeurt meestal na de veiling en daar is de notaris dus niet bij aanwezig.” (Dossierstuk 6538_13/30, p. 4).

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld de verklaring van de heer [vertrouwelijk], (dossierstuk 6538_13/36, p. 3).

¹⁰⁵ Dossierstuk 6538_1/409, p. 6.

110. In het “systeem met de briefjes” delen alle handelaren die ‘meedoen’ in gelijke mate in de opslag tussen de afmijnprijs (of inzetprijs bij slaglopen) en de marktconforme prijs, die op de naveiling tot stand komt. In de “Friese methode” delen handelaren naar de mate waarin zij het pand daadwerkelijk willen verwerven. Minder geïnteresseerde handelaren zullen zich dan voor een lager bedrag laten uitkopen, meer geïnteresseerden blijven langer aan tafel zitten. De heer [vertrouwelijk] verklaart dat de Friese methode eerlijker is:

“Op de locatie van de veiling aansluitend op de veiling gaan we om tafel zitten. Soms worden er bedragen op een briefje gaat zitten, soms komt het voor dat we ‘om tafel gaan zitten’ en krijgt iedereen nummertje. Er wordt vervolgens een nummertje getrokken. Het bedrag is van te voren bepaald (+50, -50, -100, +100 etc.). De persoon wiens nummer als eerste is getrokken moet zeggen of hij eruit gaat (uit het pand) of erin blijft (in het pand). Dan gaan we het rondje langs. Je kan dan aangeven of je er in blijft of eruit gaat. Vervolgens trekken we een nieuw nummertje en dan gaan we naar een hoger of lager bedrag. Als iedereen voor hetzelfde bedrag eruit stapt dan vindt er een nieuwe ronde plaats. Net zolang totdat er 1 of meerdere eigenaren van het pand overblijven. Rond de tafel zitten is wel het eerlijkst omdat er sommige bij zijn die nooit een pand kopen. Ik ga naar een veiling om een pand te kopen.”¹⁰⁶

De juridische overdracht van het pand

111. De afmijner – de juridisch eigenaar van een pand in de officiële veiling – draagt het pand over aan de handelaar die het pand op een naveiling heeft verworven. Die overdracht vindt plaats door middel van de Akte de Command. Met deze Akte de Command geeft de afmijner aan de notaris aan dat hij voor een ander heeft gemijnd (zie hiervoor, randnummer 47)
112. Wijlen de heer [vertrouwelijk] heeft in zijn verklaring toegelicht dat, en op welke wijze, na afloop van de officiële veiling een object door de groep handelaren wordt doorverkocht. De Akte de Command speelt daarin een belangrijke rol, aangezien die akte het mogelijk maakt om te bieden voor iemand anders:

“(…) Akte de command is de mogelijkheid om te bieden voor iemand anders. Als je het pand krijgt na de executieveiling, kan er iemand naar je toe komen met de vraag of je het niet voor een hogere prijs dan jouw bod aan hem wilt doorverkopen. Zo kan je het met winst aan hem verkopen. Indien je mede-inzitters hebt, dan wordt die winst die gemaakt wordt met het doorverkopen gelijkmatig verdeeld onder alle handelaren die mee blijven doen met de woning.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ Dossierstuk 6538_13/4, p. 4.

¹⁰⁷ Dossierstuk 6538_13/2, p. 4.

113. Ook de heer [vertrouwelijk], handelaar, heeft verklaard dat om ervoor te zorgen dat handelaren naar veilingen konden blijven gaan zonder daar geld op te verliezen, het systeem van uitkoop en verdeling van ploggeld werd toegepast:

“NMa: Wat als iemand op de veiling een pand had gekocht, hoe ging het dan als iemand anders het pand (...) na afloop van de officiële veiling verkreeg?”

Antwoord: Dat wordt dan met een akte de command geregeld bij de notaris. Ploggeld werd ook onderling verdeeld. Degene die mijnt die ging dan met ons om de tafel zitten. Je kwam steeds dezelfde personen tegen tijdens de executieveilingen.”¹⁰⁸

Prijs op naveiling is marktconforme prijs

114. De Raad stelt vast dat in de gevallen dat nadat een pand door een handelaar van de ad hoc groep is afgemijnd, er een naveiling plaatsvond. In die naveiling werd een hogere prijs gerealiseerd dan in de officiële veiling, enkele uitzonderingen daargelaten¹⁰⁹. In de gevallen dat een pand werd nageveild nadat het was slag gelopen, werd vaker winst gemaakt dan verlies.¹¹⁰

115. Uit de verklaringen van handelaren blijkt waarom in veel gevallen met winst kon worden nageveild: handelaren waren afwachtend geweest in de afmijnfase omdat zij konden meekopen als het pand in de groep viel. De prijs die tot stand komt in de naveiling, waarin handelaren voor zichzelf en dus tegen elkaar bieden, ligt dicht bij de marktwaarde.

116. De heer [vertrouwelijk] verklaart dat er tijdens de afmijnfase niet op een hoog bedrag wordt afgemijnd omdat handelaren een woning zo laag mogelijk willen kopen. Na het afmijnen kan je eventueel nog aangeven dat je mee wilt doen:

“(...) Het na de afslag bekendmaken wat een ieder over heeft voor een pand kan gebeuren door een bod op een briefje te schrijven, of door een systeem van uitstappen door uitkoop. Je kan dan aangeven bij welk bedrag je uitstapt. Wie als laatste blijft zitten heeft het pand.

Waarom er niet tijdens de veiling voor een hoger bedrag wordt afgemijnd is om het zo laag mogelijk op de veiling te kopen. In de groep wordt niet afgesproken wie er afmijnt. Na het afmijnen kan je eventueel nog aangeven dat je mee wil doen. (...)”¹¹¹

¹⁰⁸ Dossierstuk 6538_13/5, p. 2, 5.

¹⁰⁹ De Raad heeft in het bewijsmateriaal vijf panden aangetroffen waarbij in meer of mindere mate aannemelijk is dat handelaren verlies hebben geleden nadat het pand is afgemijnd en nageveild: [vertrouwelijk]. In de overige (meer dan 200) gevallen dat een pand werd nageveild nadat het was afgemijnd, werd winst gemaakt.

¹¹⁰ Geen van de handelaren heeft gekwantificeerd hoe vaak verlies wordt geleden bij de naveiling. Uit de ploklijsten in het dossier volgt het beeld dat in de grote meerderheid van de naveilingen winst wordt gemaakt; verliezen zijn incidenteel.

¹¹¹ Dossierstuk 6538_13/42, p. 2.

117. De heer [vertrouwelijk], handelaar, heeft verklaard dat een handelaar die tot de groep behoort in de afmijnfase probeert het pand zo goedkoop mogelijk te krijgen zodat hij in de naveiling kan delen in de eventuele winst:

“(…) Vraag:

In het geval waarin u in de uitzetfase boven de afmijnprijs biedt omdat het pand in uw ogen meer waard is, waarom biedt u dan niet hoger in de fase van afmijning?

Antwoord:

Je probeert het pand zo goedkoop mogelijk te krijgen. Bij het uitzetten deel je in eventuele winst en dat is het voordeel ten opzichte van afmijnen. Daarnaast is het ook zo dat ik vaak samen met een paar anderen het pand koop.”¹¹²

118. Uit de verklaring van de heer [vertrouwelijk] blijkt dat een handelaar soms een hogere prijs dan het inzetbedrag betaalde nadat het pand was slag gelopen, omdat hij op die manier minder betaalde dan wanneer hij had moeten mijnen:

“Stel dat een pand wordt verkocht op de veiling op 100000, maar er zijn handelaren aan blijven hangen. Op de briefjestafel wordt dan een bedrag en een naam geschreven. Het verschil tussen het hoogste en het laagste bedrag op de briefjes en de inzet wordt dan verdeeld tussen degenen die mee hebben gedaan aan dat object.

De reden daarachter kan zijn dat handelaren op die manier minder betalen dan wanneer zij zouden moeten mijnen.

Winst op die manier behalen is nauwelijks aan de orde want het gaat om kleine bedragen en het pakt ook wel eens negatief uit.”¹¹³

119. Zoals de heer [vertrouwelijk] opmerkt:

“(…)”

U vraagt mij of de prijs op een tweede sessie altijd hoger is dan de prijs op de executieveiling. Het komt wel voor dat een pand te duur lijkt of blijkt te zijn voor de bidders. In een 2e sessie kan het dus voorkomen dat er een prijs uitkomt die onder de prijs van de executieveiling ligt. In dat geval zullen de handelaren moeten toe betalen.

De prijs in de 2e sessie ligt doorgaans dicht bij de reële marktwaarde, althans als we praten over panden die met een positief bedrag worden afgesloten.”¹¹⁴

120. Ook de heer [vertrouwelijk] bevestigt dat in de naveiling (pas) de marktwaarde tot stand komt:

¹¹² Dossierstuk 6538_13/33, p. 4.

¹¹³ Dossierstuk 6538_13/30, p. 3.

¹¹⁴ Verklaring van de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_13/10, p. 4.

“Na de veiling is een inschrijving gehouden tussen de 13 personen om tot een marktprijs te komen. Het is dan eigenlijk een marktwaarde die tot stand komt net na de veiling.”¹¹⁵

121. Enkele handelaren stellen dat de prijs op de naveiling hoger is, omdat op dat moment meer informatie beschikbaar is.¹¹⁶ Zij hebben deze stelling niet nader onderbouwd. Overigens acht de Raad de stelling ook onaannemelijk. Zoals hiervoor in randnummer 115 aan de orde kwam, vond de naveiling plaats aansluitend op de executieveiling, op de veilinglocatie. Dat op dat moment meer of andere informatie beschikbaar komt, waardoor de reserveringsprijs voor handelaren zou stijgen of dalen (randnummer 35), is dan ook niet voor de hand liggend.

Uitbetaling

122. Na afloop van de officiële veiling zijn handelaren elkaar ploggeld verschuldigd, (te betalen door de inzetter aan de handelaren die op de inzetlijst vermeld staan), of uitkoopgeld. Bij winst in de naveiling was dit uitkoopgeld te betalen door de handelaar die het pand verwerfde aan de andere bij die naveiling betrokken handelaren. Als het pand was slaggelopen én er was in de naveiling vervolgens verlies gemaakt, moesten alle op de inzetlijst vermelde handelaren hun deel betalen aan de handelaar die op die (slag)naveiling de woning verwerfde. De op de inzetlijst vermelde handelaren moesten zichzelf in wezen uitkopen ten gunste van de handelaar die het pand in eigendom verkreeg.
123. Deze betalingen vonden vaak rechtstreeks plaats tussen de betrokken handelaren.¹¹⁷
124. Vaak ook handelde de heer [vertrouwelijk] de administratie af, in ruil voor een vergoeding.¹¹⁸ De heer [vertrouwelijk] verklaart dat hij vaak het ploggeld inde van handelaren en dit verdeelde onder de betrokken handelaren:

“Ik heb zelf die lijstjes vaak gemaakt, de handelaren wisten dat ze bij mij terecht konden om mee te doen. Ze gaven tijdens de veiling aan dat ze mee wilden doen met een knikje of een simpel gebaar. Ik gaf het lijstje aan de inzetter of ik werkte het ook wel eens thuis uit voor anderen en stuurde het digitaal toe. Ik deed dat eigener beweging en vrijwillig. Ik heb ook vaak de betalingen gedaan waarbij ik het ploggeld inde en weer verdeelde. Mijn dochter, [vertrouwelijk], deed de betalingen vaak hiervoor. De ploklijstjes maakte ik zelf.”¹¹⁹

¹¹⁵ Dossierstuk 6538_13/6, p. 2.

¹¹⁶ Zie bijv. de verklaring van de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_13/18, p. 5.

¹¹⁷ Zie bijvoorbeeld de verklaring van de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_13/43, voorbeelden op p. 5 en p. 6; de verklaring van de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_13/34, p. 4.

¹¹⁸ Dossierstuk 6538_13/9, p. 9.

¹¹⁹ Dossierstuk 6538_13/9, p. 6.

Conclusie

125. Uit voorgaande verklaringen volgt voor de Raad dat de naveiling een onlosmakelijk onderdeel van de gedragingen vormde, en tevens het bewijs is voor de schadelijkheid van dit kartel. Het was het onderdeel waarin de meeste winst behaald kon worden.

2.2.7 Sanctiemechanismen

126. De Raad stelt tevens vast dat indien betrokken handelaren zich niet aan de disciplinerende in de inzet- en afmijnfase hielden, er wantrouwen en wrevel ontstond, die tot discussie en conflicten leidde. Teneinde hieraan het hoofd te bieden, bediende het verband van handelaren zich van verschillende sanctiemechanismen.
127. Van een deuk in de vertrouwensrelatie (en opvolgend herstel daarvan) tussen de handelaren, blijkt uit een email van 18 juni 2008 afkomstig van de heer [vertrouwelijk], handelaar, gericht aan de heer [vertrouwelijk] (senior en junior). Aan de orde was, zo stelt de Raad vast, de weigering van de heer [vertrouwelijk] om anderen te laten delen in de inzetpremie met betrekking tot een woning aan [vertrouwelijk]:

“Geachte heren [vertrouwelijk], ik heb u indertijd per e-mail uitvoerig bericht waarom wij ([vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]) niet tot uitbetaling overgingen. Dit heeft tot ernstige discussies geleid, maar wij bleven bij onze mening omdat wij volgens ons rechtmatig hadden gehandeld. Wij hebben toen enige maanden (vrijwillig) niet meer meegedaan en hebben in die maanden op de veilingen enkele panden aangekocht. Op aandringen van [vertrouwelijk] hebben wij weer daarna weer meegedaan en is de vrede getekend en hebben wij de prijzen niet meer opgedreven. Onlangs hebben wij nog inzetpremie ontvangen en dit via [vertrouwelijk] keurig laten uitbetalen. Ik hoop hiermee de zaak te hebben rechtgezet. Met vriendelijke groeten, [vertrouwelijk].”¹²⁰

128. De heer [vertrouwelijk], handelaar, heeft in een reactie op deze email desgevraagd als volgt verklaard.

“(…) Dat pand kwam op de veiling en ik kocht het en heb het op naam van mijn vader gezet. Na afloop beweerden zij dat zij een afspraak met mij hadden. Maar dat was niet het geval. Ze kregen van mij geen geld. Ik kreeg 12 man na afloop van de veiling tegenover me. Ze vroegen toen `we staan er toch wel op` en vroegen ook `staan we erop`. Ik zei toen dat ik geen afspraken had gemaakt. Ze beweerden dat ze naar mij geknikt hadden. Toen hadden we ruzie.

(…)

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

¹²⁰ Dossierstuk 6538_16/513, kenmerk document: A1369.

meer. Totdat ze me weer op hangende pootjes vroegen om niet meer te bieden en mee te doen. Ze vroegen toen weer of ik mee wilde doen. Ik denk dat het [vertrouwelijk] was. Hij wilde de ruzie sussen. (...) Zij waren boos omdat ik de prijs opdreef. Het gaat de handelaren om de prijs in totaliteit zowel in de inzet als de afmijnfase. Ik bood volgens hen te hoog. Ik was de luis in de pels. (...)

Ik had een aanmaning ontvangen. Hierop had ik gereageerd. Ik mocht van hun niet meer meedoen. Eigenlijk heb ik toen onvrijwillig niet meer meegedaan. De bedoeling van de groep is om een pand voordelig te kopen. Nadat ik de ruzie had bijgelegd heb ik weer meegedaan met de handelaren.

(...)

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.”¹²¹

129. De heer [vertrouwelijk], handelaar, heeft verklaard op welke wijze de groep handelaren probeert biedgedrag te corrigeren indien de prijs van een woning in de inzetfase te zeer wordt opgedreven door een handelaar:

“(...) Ik zet ook wel eens in om panden voor de bank duurder te maken, dit doe ik wanneer ik werk met het pre-auction systeem. Met de bank spreek ik van tevoren af dat ik het pand koop voor een bepaald minimum bedrag. Van alles wat het pand meer oplevert, krijg ik 20% van de bank. Dit doe ik met name voor de SNS-bank. Als mijn collega's doorhebben dat ik werk met het pre-auction systeem, dan bieden ze niet meer mee. De andere handelaren denken: Laat hem maar een paar keer aan het pand hangen, dan stopt hij daar wel weer mee. (...)”¹²²

2.2.8 Hoe de gedragingen in elkaar grijpen

130. De Raad stelt voorop dat de gedragingen in de verschillende fasen van de veiling onderling verweven zijn. De gedragingen versterken elkaar en spelen elkaar in de hand. De verwevenheid van de gedragingen blijkt ook uit het feit dat altijd handelaren uit het verband bij de verschillende gedragingen betrokken zijn. Uit dit verband wordt per te veilen pand ad hoc een groep handelaren gevormd, al dan niet aangevuld met ter plekke geworven outsiders.

¹²¹ Dossierstuk 6538_1/699, p. 5-6.

¹²² Dossierstuk 6538_12/37, p. 2.

Verwevenheid tussen het verdelen van ploggeld en gedrag in de afmijnfase (1)

131. De Raad constateert dat de mogelijkheid om ‘mee te kopen’ als een handelaar van de ad hoc groep heeft afgemijnd, niet pas ontstaat ná de afmijnfase, maar voortvloeit uit de deelname aan die groep, die is gevormd tijdens en direct na de inzetfase.

132. De heer [vertrouwelijk] verklaart dat de ‘inschrijvers’ – zij die meedoen met de naveiling – een selectie zijn van de inzetters – zij die het ploggeld verdelen:

“Inschrijvers is een andere woord voor degenen die meedoen met de afmijning. Inzetters hebben meegedaan aan de bieding per opbod. Er kunnen niet minder inzetters zijn dan inschrijvers, terwijl dat hier wel het geval is. Dat is dus vreemd.”¹²³

133. Ook de heer [vertrouwelijk], handelaar verklaart:

“De groep wordt bepaal[d] door degenen die mee doen op de inzet.”¹²⁴

134. De heer [vertrouwelijk] bevestigt dat het ‘mee laten doen’ van handelaren in de inzetfase, voor handelaren een gunstig effect kan hebben in de afmijnfase:

“U vraagt wat ‘binnen halen’ betekent. Dit betekent dat mensen op de lijst gaan.

[...]

Met dichthebben bedoel ik dat je het met 25 man eens bent om met de inzet mee te doen. Je hebt voor het dichtkrijgen geen afspraak nodig. Iedereen van de handelaren hebben een gedeeld belang, om het pand goedkoop te kopen. U vraagt of het binnen halen van mensen kan leiden tot een situatie dat het dicht zit. Ja dat kan. Met het binnen halen kun je een gunstiger prijs bereiken.”¹²⁵

135. De heer [vertrouwelijk] verklaart:

“Iedereen die meegedaan heeft met de inzet kan meedoen met de uitzet.”¹²⁶

136. Iedereen, ook niet bij de afspraak betrokken partijen, kon bij de afmijner aangeven het pand te willen overnemen voor een hogere prijs dan de afmijnprijs. Als de afmijner hiermee instemt, gaat het om een reguliere doorverkoop, waarbij uitsluitend de verkoper profiteert

¹²³ Dossierstuk 6538_13/4, p. 3.

¹²⁴ Dossierstuk 6538_13/30, p. 4.

¹²⁵ Dossierstuk 6538_1/714, p. 5. De heer [vertrouwelijk] heeft als opmerking bij zijn latere verklaring geschreven dat hij met een ‘gunstiger prijs’ doelde op ‘een gunstiger inzetprijs’. Een inzetprijs is op zichzelf echter niet gunstig of ongunstig: een hoge inzetprijs betekent een hoge inzetpremie, maar minder potentieel voor een lage afmijnprijs. Een lage inzetprijs betekent een lage inzetpremie, maar meer potentieel voor een lage afmijnprijs. De Raad neemt daarom aan dat de heer [vertrouwelijk] in eerste instantie met ‘een gunstiger prijs’ doelde op de prijs die voor een handelaar echt interessant is: een lage afmijnprijs.

¹²⁶ Dossierstuk 6538_1/711, p. 4.

van het verschil (de winst) tussen inkoopprijs (afmijnprijs) en verkoopprijs. Een door de ad hoc groep georganiseerde naveiling is zeker geen reguliere doorverkoop. Immers, het verschil tussen de (hogere) naveilingprijs en de (lagere) afmijnprijs wordt verdeeld tussen alle handelaren die aan die naveiling meededen.

137. In aanvulling op de verklaring van voornoemde handelaren, wijst de Raad nog op het volgende: bij alle panden die zijn nageveild, heeft de administratie van de naveiling op soortgelijke wijze plaatsgevonden als die van het ploggeld. In de gevallen waarin de ad hoc groep ploggeld én uitkoopgeld verdeelde, werd de administratie nagenoeg altijd samengevoegd. Kortom, de naveilinglijst was doorgaans ook de inzetlijst. Dat de Raad bij een aantal besmette woningen niet over bewijs beschikt dat vóór het naveilen ploggeld is verdeeld,¹²⁷ doet hier niet aan af. Het kan immers incidenteel zijn voorgekomen dat een outsider als hoogste inzet maar niet voldoende actief meedoet in de afmijnfase, zodat handelaren het in de groep toch voor een laag bedrag kunnen 'groepsminen' of 'vrij minen'. De verwevenheid in de uitvoering bevestigt naar het oordeel van de Raad dat het systeem van naveilen voortvloeit uit en onlosmakelijk verbonden is met de daaraan voorafgaande groepsvorming tijdens en direct na de inzetfase.

Verwevenheid tussen het verdelen van ploggeld en gedrag in de afmijnfase (II)

138. De Raad constateert dat de groep handelaren het verdelen van ploggeld ook gebruikte om het inzetgedrag in de inzetfase te disciplineren. Bij een lage inzetprijs kan de afmijnprijs immers meer zakken dan bij een hoge inzetprijs. Een bijkomend voordeel van een lage inzetprijs is dat de kans kleiner is dat het pand slag loopt. Bovendien, wordt het pand in dat geval door een outsiders gemijnd, dan wordt door de ad hoc groep aldus nog steeds inkomsten gegenereerd en dus plog verdeeld: inzetten met een beperkt risico.
139. Over de disciplinerings van biedgedrag in de inzetfase verklaart de heer [vertrouwelijk] het volgende:

"U vraagt naar plokjagers. Tot 5 jaar geleden kwamen ze met een man of 5 tegelijk in een auto naar de veiling. Zij kwamen alleen voor de inzetpremie. Het zijn een soort profiteurs. Op de lijsten die u liet zien staan vast enkele plokjagers. De plokjagers waren een aparte groep. Zij behoren niet bij de groep handelaren die echt voor een pand gaan. Ze worden ook uitgenodigd en op de lijst gezet. Als tegenprestatie moeten ze hun mond houden. Ze bieden niet. [...] Plokjagers kunnen ook meedoen met het uitzetten als ze daarvoor worden uitgenodigd."¹²⁸

¹²⁷ Bijv. [vertrouwelijk].

¹²⁸ Dossierstuk 6538_1/699, p. 7.

140. In 2003 heeft de heer [vertrouwelijk], mede namens de heer [vertrouwelijk], in een brief aan de heer [vertrouwelijk] en 39 andere handelaren aangegeven dat het verdelen van ploggeld ook wel leidde tot een hogere inzetprijs. Om dit te voorkomen, stelde hij aan deze regelmatige handelaren voor het ploggeld uitsluitend nog uit te keren aan handelaren die niet boven hem inzetten:

“Menig maal ontstaat er discussie omtrent de verdeling van de inzet premie bij onroerend goed veilingen, waar u ook regelmatig bij aanwezig bent.

Een en ander ligt ten grondslag aan het feit dat het aantal inzetters die mee willen doen, hand over hand toeneemt. Het is veel te gemakkelijk om op de (inzetters)lijst te komen en vervolgens mee te doen met de verdeling. [...]

Dat afspraken kunnen leiden tot een lagere inzet en daarmee kansen scheppen voor scherpe inkoop, onderschrijven wij. Dat de gehele club inzetters te pas en te onpas tot een bieding overgaat en daarmee het inzetbedrag onnodig opjaagt, is ons een doorn in het oog. [...]

Ondergetekenden hebben grote moeite met de gang van zaken en komen derhalve met een oplossing

Op veilingen waar een van ondergetekenden of beiden aanwezig zijn nemen wij het voortouw om te bieden.

Een ieder die ons bod verhoogd komt niet in aanmerking voor meedoen in de inzetpremie. De rest uiteraard wel.

Gevolg zal zijn dat op onderhavig registergoed niet overmatig geboden zal worden waardoor de inzet laag zal zijn.

Een tegen bieder is dan een concurrent (en geen collega van de lijst).

Vervolgens kan ieder voor zich mijnen voor zijn of haar prijs en heb je daadwerkelijk handel in je vingers.”¹²⁹

141. Zo verklaart de heer [vertrouwelijk]:

“Af en toe komt er op een veiling iemand op me af en die zegt dat er straks een bepaald pand komt en vraagt dan of ik mee [wil] doen. Hij komt dan vooraf aan de veiling, of soms ook tijdens de inzetfase – dat inzetten kan heel lang duren – hij komt dan naar me toe en vraagt of ik meedoe. Hij vraagt niet of ik stop met bieden, want iedereen kent me. Hij vraagt alleen of ik meedoe met het

¹²⁹ Dossierstuk 6538_1/706, nr. 9.

pand en dan kan ik ja of nee zeggen. Als ik ja zeg, stop ik met bieden en krijg ik later een deel van de plok.”¹³⁰

142. De heer [vertrouwelijk] verklaart dat de betrokken handelaren als groep ophielden met opbieden zodra outsiders waren gestopt met inzetten:

“Er is op een gegeven moment na de veiling in een café aan mij gevraagd, door enkele handelaren, of ik als particulier aankocht of als handelaar. Ik weet niet precies meer waar dat was. Ik heb aangegeven dat ik als handelaar kocht. Zij vroegen mij of ik mee wilde doen. Zij legden uit dat we onderling niet tegen elkaar opboden. Als er geen andere bidders meer waren, dan hielden we op met bieden tegen elkaar. We vroegen onderling vooraf aan de veilingen wat we dachten dat een pand waard zou zijn. We spraken geen prijs vooraf omdat dat niet mogelijk is. Er zijn namelijk altijd particulieren, banken en makelaars die ook nog meebieden. De afspraak kan ook geen resultaat hebben, omdat de bank als de prijs te laag is, alsnog niet kan gunnen.”¹³¹

143. Ook de heer [vertrouwelijk], handelaar, verklaart dat het gezamenlijk inzetten voorkomt dat je tegen elkaar opbiedt.

“(…) Tijdens de veiling heb ik contact met collega’s. Een paar handelaren nemen dan het initiatief om gezamenlijk in te zetten om te voorkomen dat je tegen elkaar opbied[t]. De initiatiefnemers zijn mensen die in de omgeving wonen waar het pand zich bevindt. Ik heb dat zelf wel eens gedaan voor een woning in Ede. Als iemand de inzet gedaan heeft, dan wordt gevraagd of je mee wilt doen. De veiling is dus al bezig. (...)”¹³²

144. De gedragingen in de inzetfase – het verdelen van ploggeld – heeft dus niet alleen effect op het gedrag van handelaren in de afmijnfase (rekenen op meekopen in de naveilingen). Omgekeerd, omdat handelaren rekenen op meekopen in de naveilingen proberen zij, door het verdelen van ploggeld, de inzetprijs niet hoog te laten oplopen. Dat biedt immers de meeste ruimte voor een lage afmijnprijs en dus een lucratieve naveiling.

145. Dat door de disciplinerende van het biedgedrag de inzetprijs laag blijft, en het risico wordt verkleind dat het pand slag loopt, wordt reeds bevestigd in een artikel in het *Nieuwsblad van het Noorden* uit 1929. In dat artikel wordt uiteengezet hoe handelaren in Friesland strijkgeld (ploggeld) verdelen met als doel het laag houden van de inzetprijs. Dit verkleinde het risico dat het object slag liep en het vergrootte de mogelijkheid dat een outsider zou afmijnen: inzetten met een beperkt risico dus.

¹³⁰ Dossierstuk 6538_1/716, p. 3.

¹³¹ Dossierstuk 6538_13/17, p. 2.

¹³² Dossierstuk 6538_13/43, p. 3.

“Men schrijft ons uit Friesland:

[...]

Daar de verhooggeden bij de openbare verkooping en zijn afgeschaft, bestond er voor de strijkgeldloopers gereede aanleiding om het strijkgeld te verhoogen, hetwelk thans 2 percent van de geboden koopsom bedraagt. Immers kwam de vraag aan de orde, op welke wijze met eene groote mate van waarschijnlijkheid winst zal kunnen worden behaald. Welnu, daartoe behoorde de onderlinge concurrentie der strijkgeldloopers beperkt te worden en zoo mogelijk uitgesloten te worden, opdat de winst in strijkgeld-vorm behaald zal kunnen worden, waarop het navolgende gevonden schijnt te zijn.

Er wordt namelijk aangenomen dat die twee procent een dubbel karakter heeft en wel voor de eene helft wordt uitgekeerd aan dengene, die de hoogste bieder blijkt te zijn en voor de andere helft (ook een procent) in één kas of potje wordt gestort. Deze laatste wordt gezamenlijk door hen gedeeld, die tezamen een club of combinatie hebben gevormd met de bedoeling een strijkgeld te verdienen en na afloop wordt die kas of dat potje dan onderling verrekend.

De hoogste bieder is persoonlijk voor zijn bod aansprakelijk, hij komt eventueel alleen voor zich zelve en krijgt voor zijn bod slechts één procent aan strijkgeld uitgekeerd en bovendien een aandeel in bedoelden pot.

Het spreekt vanzelf, dat deze methode van strijkgeldschrijven de strekking heeft om onderlinge concurrentie uit te sluiten, tengevolge waarvan ook de kans grooter zal worden, dat de werkelijk gegadigde koopers het bod, waarvoor reeds strijkgeld is uitbetaald, zullen verhoogen. Of m.a.w. de kans op winst wordt daardoor des te grooter. Zoo gebeurt het meermalen, dat personen, die geen ernstig gemeend bod eene openbare verkoping doen, toch in de winst van het potje deelen.

Tegenwoordig zal in Friesland bedoelde strijkgeldschrijverij allicht nog meer voorkomen dan eenigen tijd geleden, omdat de tijdsomstandigheden manen tot groote voorzichtigheid, daar de landerijen hoog geprijsd zijn en het povere landbouwgewas 1929 bij vele Friesche boeren nog versch in het geheugen ligt.”¹³³

Verwevenheid tussen het verdelen van ploggeld en gedrag in de afmijnfase (III)

146. De Raad wijst ten slotte erop dat handelaren meer belang erbij hebben om de prijsvorming in de afmijnfase te beïnvloeden, dan om de prijsvorming in de inzetfase te beïnvloeden. In de inzetfase kunnen zij slechts 1% van de waarde van het pand opstrijken; beïnvloeding van het biedgedrag in de afmijnfase leidt tot aanzienlijke verlaging van de afmijnprijs. Het beïnvloeden van de prijsvorming in de inzetfase (zie hiervoor randnummer 158 en verder), loopt dan ook over in het beïnvloeden van de prijsvorming in de afmijnfase. En als dat doel niet gehaald wordt, weten handelaren in de ad hoc groep zich in elk geval getroost met

¹³³ *Nieuwsblad van het Noorden*, 4 november 1929, rubriek Binnenland. Hetzelfde Nieuwsblad van het Noorden beschrijft op 15 december 1984 dezelfde gedragingen. Een anonieme ‘strijkgeldjager’ verklaart over de praktijk van het betrekken van outsiders, het verdelen van inschrijfgeld na de inzetfase, en de zogenoemde ‘derde veiling’ (p. 27, een artikel met de kop “*Strijkgeldjagers beheersen noordelijke huizenveilingen*”).

enige inkomsten (de plok), wat reeds op zichzelf de samenwerking bij volgende veilingen ten goede komt.

147. [Vertrouwelijk], verklaart in dat verband dat het de groep met name te doen was om het pand voor een relatief lage prijs te kopen; het ploggeld was in feite een troostprijs:

“U vraagt of het de groep dan eigenlijk te doen is om een zo hoog mogelijke inzetpremie te krijgen? Nee, dat kun je niet zo zien. Elke 1.000 euro die de groep er bij biedt, is maar een paar tientjes de man extra. [...] Wat de groep eigenlijk wilde is of het pand voor een niet te dure prijs binnenhalen of de inzetpremie binnenhalen. Als we de inzetpremie konden [verdelen] dan hadden we toch iets.”¹³⁴

148. De Raad wijst verder op de verklaringen hiervoor aangehaald in randnummer 110 en verder. Uit die verklaringen, in onderling verband gelezen, blijkt dat het verdelen van ploggeld ertoe kan leiden dat de zaak ‘dicht zit’; in die situatie kunnen handelaren overgaan tot het meer lucratieve ‘groepsminnen’.

Andere doelen van het verdelen van ploggeld – risicospreiding

149. Veel handelaren voeren aan dat zij door het verdelen van ploggeld de risico's spreiden (en dus beperken) die inherent zijn aan het handelen op een executieveiling.

150. Zo verklaart de heer [vertrouwelijk]:

“[H]et inzetten van een woning op een veiling levert in de meeste gevallen een inzetpremie (ploggeld) op van 1% van de inzetsom. Om het risico te spreiden werd soms ingezet door meerdere personen, echter waren deze personen ook ieder voor een gelijk deel aansprakelijk indien de woning in tweede instantie niet werd afgemijnd en dus de personen die meedoen met de inzet ook de kopers zijn.”¹³⁵

151. Ook andere handelaren verklaren dat ploggeld (ook) werd verdeeld om het risico te delen.¹³⁶

152. De risico's waar handelaren op wijzen, zijn de volgende:

- het risico op een te hoge inzetprijs en het slaglopen van dat pand als gevolg daarvan;

¹³⁴ Dossierstuk 6538_1/449, p. 1.

¹³⁵ Dossierstuk 6538_13/9, p. 3.

¹³⁶ Zie bijvoorbeeld de verklaring van de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_13/34, p. 3 en de verklaring van de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_13/18, p. 4.

- het risico van onvolledige informatie over een pand ten tijde van de veiling;
153. Het gezamenlijk inzetten ondervangt deze risico's, aldus veel handelaren.
154. Ook is aangevoerd, als verklaring voor het gezamenlijk inzetten, dat op die manier geparticipeerd kon worden in verscheidene panden, waardoor niet al het vermogen in één pand gestoken hoefde te worden.
155. De Raad is van oordeel dat het verdelen van ploggeld niet uitsluitend diende om risico's te spreiden.
156. Het risico op een te hoge inzetprijs wordt slechts in beperkte mate ondervangen door het verdelen van ploggeld. Immers, de handelaren verklaren dat zij pas nadat is ingezet, besluiten of zij willen participeren in een pand. Dat betekent dat een rationele handelaar uitsluitend zal participeren voor zover het pand laag is ingezet, en niet wil participeren als te hoog is ingezet.¹³⁷
157. Het risico van onvolledige informatie over een pand wordt evenmin opgelost door het verdelen van ploggeld. Verschillende handelaren hebben verklaard dat de naveilingen werden georganiseerd direct na de veiling, op de veilinglocatie.¹³⁸ Op dat moment is niet meer informatie beschikbaar over een pand dan op het moment dat de handelaren besloten het risico te delen.
158. De Raad wijst bovendien op randnummer 78 en de bijbehorende voetnoot. Daaruit blijkt dat na 2005 het aantal geveilde panden steeg, zodat verwacht zou mogen worden dat het 'spreiden van risico' vaker zou voorkomen; in plaats daarvan neemt het aantal besmette woningen, waar ploggeld werd verdeeld, juist af. De afname van het aantal besmette woningen na 2005 kan wel worden verklaard doordat het aantal lokale veilingen (waar lucratieve naveilingen vaker mogelijk waren) afnam.
159. Voorts wijst de Raad erop dat bij geen van de meer dan 2000 veilingen aanwijzingen zijn dat meer dan één inzetlijst circuleerde. Risicospreiding, het gestelde *Leitmotif* van de handelaren, zou het immers voor de hand liggend maken dat met regelmaat verscheidene

¹³⁷ Zie bijvoorbeeld de verklaring van [vertrouwelijk]: "Na de inzet moet je op de lijst gaan staan als je wil meedelen. Dit is logisch omdat dan pas de hoogte vaststaat van het pand en dan kan ieder voor zich beslissen of het pand te duur is of niet te duur is. Als hij heel laag is, springt iedereen op de lijst. [...] Maar als het pand een goede prijs heeft of zelfs te duur is, dan wordt de spoeling dun. Dan heb je maar 3 of 4 mensen op de lijst staan (dossierstuk 6538_1/449, p. 2).

¹³⁸ Zie de verklaring aangehaald hiervoor in randnummer 115.

groepen handelaren parallel hun risico's spreidden. Dat blijkt niet uit het dossier.¹³⁹ Integendeel, het betreft telkens één *ad hoc* gevormde groep handelaren die tot verdeling van ploggeld overging.

160. De Raad oordeelt dat het beperken van het risico door het laag houden van de inzetprijs (waardoor de kans verkleint dat het pand slag loopt – zie hiervoor, randnummers 147-154) hoe dan ook niet legitiem is.
161. De Raad concludeert dat het verdelen van ploggeld voor de betrokken handelaren op zichzelf reeds aantrekkelijk was. Hiermee werden de risico's van het inzetten enigszins beperkt (zie de paragrafen hiervoor), terwijl het gezamenlijk inzetten ook gebruikt kon worden om de inzetprijs niet te hoog te laten oplopen (zie hiervoor, randnummer 147) waar ook iedere handelaar van profiteerde. Deze potentiële effecten van het verdelen van ploggeld, gekoppeld aan het feit dat het verband van handelaren geen verliezen leed door het verdelen van ploggeld, hield de praktijk van het verdelen van ploggeld in stand – ook op veilingen waar, als gevolg van een groot aantal outsiders, niet op voorhand duidelijk was dat iemand uit de groep voor een lage prijs kon afmijnen.

2.2.9 Conclusie

162. Aan de hand van voorgaande verklaringen stelt de Raad vast dat de gedragingen van de groep handelaren zich laten onderscheiden naar gelang de fase van een executieveiling.
163. Voorafgaande aan de inzetfase is de groep handelaren actief om outsiders te identificeren en zo mogelijk te betrekken bij hun gedragingen (paragraaf 2.2.3).
164. Na afloop van de inzetfase kunnen handelaren aangeven mee te doen met de inzetprijs waardoor zij delen in de inzetpremie. Die wetenschap kan hun biedgedrag in de inzetfase reeds beïnvloeden; indien de inzetprijs te hoog wordt opgevoerd door een handelaar, kan dat ertoe leiden dat andere handelaren niet met de inzetter meedoen en weigeren op de inzetlijst vermeld te worden (paragraaf 2.2.7). Een belangrijk effect van het verdelen van ploggeld 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).

¹³⁹ Zo verklaart ook de heer [vertrouwelijk]: “*Er is één groep handelaren, alleen verschilt de samenstelling sterk per regio. Hier in Groningen staat bijvoorbeeld 15 man op de lijst, in het midden van het land ongeveer 40 man.*”(dossierstuk 6538_13/37, p. 3).

165. De groepsvorming tussen inzetfase en afmijnfase kan ook het biedgedrag van handelaren in de afmijnfase beïnvloeden. Dit is het sterkst in de gevallen waarin handelaren expliciet afspreken dat na afloop van de officiële veiling een pand zal worden nageveild – in dat geval hebben handelaren geen enkele prikkel om voor zichzelf af te mijnen. Als de afspraak niet wordt geëxpliciteerd, zijn handelaren evenmin volledig vrij om een door hen afzonderlijk afgemijnde woning voor zichzelf te houden. Zij worden geacht andere handelaren in de gelegenheid te stellen die woning tijdens een naveiling alsnog te verwerven (paragraaf 2.2.5). Als gevolg hiervan komt eerst op die naveiling de marktconforme prijs tot stand (paragraaf 2.2.6).
166. De gedragingen waren voorts onder invloed van sanctiemechanismen. Handelaren konden worden uitgesloten van het delen in de inzetpremie en het meedoen met 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 moet bewerkstelligen dat hij zich conformeert aan de gedragingen van de groep handelaren (paragraaf 2.2.7).
167. De Raad stelt vast dat de hier beschreven gedragingen van het verband van handelaren onderling verweven zijn en in een terugkerend patroon op executieveilingen worden vertoond (paragraaf 2.2.8).

3 Juridische beoordeling van artikel 6 Mw

3.1 *Inleiding*

168. 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.¹⁴⁰ Dit betekent dat de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (“de

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.*

Commissie”) en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie¹⁴¹ voor de uitleg van artikel 6 Mw mede richtinggevend zijn.

3.2 Onderneming

169. De Raad stelt vast dat [vertrouwelijk] economische activiteiten verricht en derhalve kwalificeert als onderneming in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

3.3 De afspraak

3.3.1 Juridisch kader

170. Het kartelverbod verbiedt overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
171. Een overtreding van het kartelverbod kan bestaan uit een op zichzelf staande handeling, maar ook uit een voortgezette gedraging of een reeks inbreuken.¹⁴² Voorts kan een reeks gedragingen één enkele inbreuk¹⁴³ vormen, ook als een of meerdere van deze gedragingen, of onderdelen ervan, tevens op zichzelf een inbreuk op het kartelverbod vormen.¹⁴⁴
172. De ratio hiervan is dat wanneer verschillende gedragingen verwant zijn en onderling verweven, en alle gedragingen ertoe dienen om een gedeeld doel van de betrokken ondernemingen te bereiken, deze feitelijke continuïteit en eenheid juridische gevolgen moet hebben.¹⁴⁵
173. Volgens vaste rechtspraak kan de Raad de aansprakelijkheid van een onderneming voor verschillende gedragingen bepalen op basis van haar betrokkenheid bij de inbreuk in het geheel, wanneer de verschillende gedragingen deel uitmaken van een totaalplan vanwege hun identieke doel de mededinging te verstoren.¹⁴⁶ Van een “identiek doel” (en daarmee

¹⁴¹ Vanaf 1 december 2009 maken het Hof van Justitie (“HvJ”), dit is het voormalige Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen) en het Gerecht (“Gerecht”, het voormalige Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen), deel uit van één rechterlijk stelsel onder de naam Hof van Justitie van de Europese Unie.

¹⁴² Gerecht 8 juli 2008, zaak T-53/03, (*BFB*), punt 257.

¹⁴³ De termen “enkele voortdurende inbreuk”, “enkele voortgezette inbreuk”, “enkele complexe inbreuk” en “enkele complexe en voortdurende (of: voortgezette) inbreuk” worden in de praktijk ook wel gebruikt. Deze begrippen zijn species van het genus “één enkele inbreuk”.

¹⁴⁴ Gerecht 28 april 2010, zaak T-446/05 (*Amann & Söhne*), punt 90. Ook als geen van de onderdelen op zichzelf een inbreuk vormt, kan het geheel van onderdelen een enkele inbreuk vormen, zie HvJ 1 juli 2010, zaak C-407/08 (*Knauf*), punt 48.

¹⁴⁵ Vgl. de conclusie van AG Cosmas van 15 juli 1997 bij zaak C-49/92 (*Anic*), punt 79.

¹⁴⁶ *Id.*

van een “totaalplan”) in de zin van deze rechtspraak is sprake wanneer de verschillende gedragingen complementair zijn, in die zin dat elk ervan bedoeld is om het hoofd te bieden aan een of meer gevolgen van de normale mededinging. De gedragingen moeten door hun wisselwerking bijdragen aan de verwezenlijking van het geheel van mededingingsversturende gevolgen dat de deelnemers beogen. Bij de beoordeling of sprake is van één enkele inbreuk, moet rekening worden gehouden met elke omstandigheid die dat verband kan aantonen of weerleggen, zoals de toepassingsperiode, de inhoud (met inbegrip van de gehanteerde methoden) en, daarmee samenhangend, het doel van de verschillende gedragingen in kwestie.¹⁴⁷

174. In Europese rechtspraak is onder andere “beïnvloeding van de prijsontwikkeling” als een gemeenschappelijk doel aanvaard – nadat de complementariteit van de verschillende elementen was vastgesteld.¹⁴⁸
175. Aldus kunnen samenhangende gedragingen één enkele overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging vormen.¹⁴⁹ Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een “overeenkomst” (in de zin van artikel 1, onder e, Mw) wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.¹⁵⁰ De “onderling afgestemde feitelijke gedraging” omvat een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een vorm van feitelijke samenwerking.¹⁵¹ In beide samenspanningsvormen schenden ondernemingen de grondgedachte van de mededingingsvoorschriften, die inhouden dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de markt zal voeren.¹⁵²
176. De Raad zal een enkele inbreuk niet kwalificeren als overeenkomst of onderling afgestemde gedraging. Een dergelijke kwalificatie ligt bij een langdurige inbreuk ook niet voor de hand. Bij een dergelijke inbreuk kan het gebeuren dat een element tegelijkertijd de kenmerken vertoont van beide vormen van onrechtmatig gedrag, terwijl andere elementen duidelijk kunnen worden teruggevoerd op één van beide.¹⁵³ Een inbreuk die beide vormen in zich verenigt, wordt een complexe inbreuk genoemd.¹⁵⁴ De Raad kan in zo een geval het geheel

¹⁴⁷ *Id.*, punt 92.

¹⁴⁸ Gerecht 8 juli 2008, zaak T-53/03, (*BPB*), punt 255.

¹⁴⁹ HvJ 8 juli 1999, zaak C-49/92 (*Anic*), punt 131.

¹⁵⁰ Gerecht, 20 april 1999, zaak T-316/94, punt 715.

¹⁵¹ HvJ 16 december 1975, zaak 40/73 (*Suiker Unie e.a./Commissie*), punt 26.

¹⁵² Gerecht 15 maart 2000, zaak T-25/95 (*Cement*), punt 1852.

¹⁵³ Gerecht 20 april 1999, zaak T-305/94 (*PVC II*), punt 696.

¹⁵⁴ HvJ 8 juli 1999, zaak C-49/92 (*Anic*), punt 43.

van feitelijke bestanddelen aanduiden als "overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging".¹⁵⁵

177. De Raad hanteert de term "afpraak" voor een geheel van gedragingen waarmee hij tot uitdrukking brengt dat sommige gedragingen zijn aan te merken als overeenkomst, andere als onderling afgestemde feitelijke gedraging en weer andere gedragingen kenmerken vertonen van beide vormen van onrechtmatig gedrag.

3.3.2 Toepassing op deze zaak

178. Zoals beschreven in paragraaf 2.2.9 heeft een verband van handelaren¹⁵⁶ 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 (paragraaf 2.2.3);
- het verdelen van de inzetpremie (paragraaf 2.2.4);
- de praktijk van het elkaar laten meekopen met een door een betrokken handelaar verkregen pand (zie m.n. randnummers 93-98); en
- de sanctionering van handelaren die zich niet conformeren aan de afspraak (paragraaf 2.2.7).

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

Elementen die de afspraak in de hand werken

179. De Raad wijst erop dat verschillende elementen en kenmerken van de gedragingen en van de markt een effectieve samenwerking tussen handelaren in de hand werken.
180. Zo bestaan, in de eerste plaats, hoge drempels voor toetreding van particulieren. Hierdoor zijn – een beperkt aantal – handelaren het meest actief op executieveilingen in Nederland. De bij de afspraak betrokken handelaren verrichten voorafgaand aan de inzetfase inspanningen om de outsiders die er zijn, zo veel mogelijk bij de *ad hoc* groep te betrekken. Handelaren komen elkaar bovendien regelmatig tegen op veilingen. De Raad wijst erop dat de gedragingen van handelaren zich uitstrekken over ten minste 2000 woningen gedurende negen jaar.

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ Er zijn ook handelaren die niet tot het verband behoren, zij worden geduid als de "outsiders".

181. Doordat een beperkte groep handelaren elkaar bij herhaling tegenkomt op executieveilingen, kunnen zij onderling een band opbouwen en de outsiders van de bekenden onderscheiden. Hun gedragingen op één afzonderlijke veiling hebben daarmee dus niet uitsluitend betekenis voor die ene veiling, maar hebben ook en vooral betekenis voor hun verwachtingen en daarmee hun gedragingen ten aanzien van opvolgende veilingen.
182. Ten tweede moet niet uit het oog worden verloren dat het complex van gedragingen voor alle daaraan deelnemende handelaren een gunstige uitkomst heeft. Die gunstige uitkomst geldt te meer voor handelaren die met grote regelmaat executieveilingen bezoeken. Groepsvorming is, kortom, voor handelaren altijd gunstiger dan zelfstandig biedgedrag vertonen.
183. Een tot de groep behorende handelaar heeft als gevolg van de gedragingen van de groep handelaren geen prikkel om zijn bod al tijdens de officiële executieveiling uit te brengen. Hij zal zijn biedgedrag afstemmen op de mogelijkheid dat hij in de gelegenheid zal worden gesteld om de woning – na de officiële executieveiling – alsnog te verkrijgen, zie paragraaf 2.2.5. Het voordeel dat deze handelaar aldus behaalt, is dat op de officiële executieveiling een lagere prijs tot stand komt en hij vervolgens kan meekopen voor die lagere prijs. Vanzelfsprekend wordt de winst (het verschil tussen naveilingprijs en officiële veilingprijs) gedeeld tussen de handelaren die tot de groep behoren, omdat zij hebben bijgedragen aan (de effectiviteit van) de gedragingen. Deze compensatie, die de handelaren die tot de groep behoren krijgen, is hun vergoeding voor deelname aan de groep in de afmijnfase en daarmee voor het niet-zelfstandig bepalen van hun marktgedrag.
184. Een derde omstandigheid die voor de Raad bepalend is, betreft de duidelijke waarneembaarheid van het biedgedrag van de andere aanwezige handelaren tijdens de inzet- en de afmijnfase. Daardoor is zonneklaar wie zich wel en niet conformeert aan de afspraak. Het duidelijk waarneembare bieden heeft tot gevolg dat “vals spel” niet loont. Indien een handelaar zich niet aan de afspraak conformeert – bijvoorbeeld door geen gelegenheid te geven om overige handelaren die op de lijst staan vermeld te laten meekopen in de naveiling – wordt hij daarop aangesproken en loopt hij het risico om bij toekomstige executieveilingen uitgesloten te worden van een lucratief systeem, zoals beschreven in paragraaf 2.2.7. Een handelaar zou door een eigen koers te varen zodoende uitsluitend op zeer korte termijn persoonlijk gewin kunnen behalen. Op langere termijn wordt zijn gedrag gesanctioneerd. Juist omdat handelaren elkaar bij herhaling op executieveilingen tegenkomen, is het dus met het oog op die langere termijn niet gunstig om zich aan de afspraak te onttrekken.

185. Ten slotte acht de Raad relevant dat een handelaar (die tot de groep behoort) door zich *passief* op te stellen, nimmer nadeel van zijn passieve opstelling zal ondervinden.
186. Als een handelaar in de inzetfase zich passief opstelt, kan hij, als een handelaar uit de groep de inzetter is besluiten mee te doen; hij ontvangt dan een deel van het ploggeld. Als hij zich daarentegen actief opstelt, en dus voor een hogere prijs inzet, loopt die handelaar het risico dat het pand slag loopt. In de afmijnfase geldt dit ook. Als een handelaar zich daar passief opstelt, en een andere handelaar uit de groep het pand mijnt voor een lage prijs, dan kan de eerste handelaar aangeven dat hij wil 'meekopen' met de afmijner; als hij passief is en een outsider of betrokken handelaar koopt het pand voor een competitieve prijs, lijdt die handelaar geen verlies door zijn passiviteit. Als een handelaar zich daarentegen actief opstelt en voor een competitieve prijs afmijnt, is zijn potentiële winst beperkt. Ook in de afmijnfase werkt de afspraak passiviteit dus in de hand. Dit staat haaks op het wezen van een veiling: individueel voordeel wordt juist behaald door – actief – in te zetten en/of af te mijnen op de executieveiling.

Het identieke doel van de gedragingen van de groep handelaren

187. De Raad 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. De Raad 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

188. Allereerst had de afspraak met betrekking tot de verschillende fasen van één executieveiling hetzelfde doel. Immers:
- het benaderen van *outsiders* (paragraaf 2.2.3);
 - de praktijk van het delen van de inzetpremie (paragraaf 2.2.4);
 - de praktijk van het elkaar laten meedoen aan een pand (zie m.n. randnummers 93-98);
 - en
 - de sanctionering van handelaren die zich niet conformeren aan de groep (paragraaf 2.2.7), had één doel: om door samenspanning op executieveilingen een zo laag mogelijke prijs tot stand te laten komen (zie uitgebreid paragraaf 2.2).
189. De diverse gedragingen vulden elkaar aan:
- het benaderen van *outsiders* dient ertoe deze bij de afspraak te betrekken (paragraaf 2.2.3);

- de inzetlijst zorgt voor afbakening van de groep handelaren die meedoet aan de afspraak. De hoogte van de individuele plok-/uitzetgelden is afhankelijk van het verloop van de inzet- en afmijnfase; hoe minder wordt opgeboden en hoe later wordt afgemijnd, hoe hoger de individuele opbrengst (randnummer 147 e.v.);
 - het kunnen meedoen met een pand na de afmijnfase vloeit voort uit deelname aan de groep in de inzetfase (randnummer 140 e.v.);
 - het kunnen meedoen met een pand na de afmijnfase disciplineert het biedgedrag in de afmijnfase van handelaren die tot de ad hoc gevormde groep behoren (bijv. randnummer 188);
 - het sanctioneringsmechanisme geeft een prikkel om te stoppen met het opdrijven van de prijs in de inzetfase (paragraaf 2.2.7).
190. 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.
191. 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.

192. 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 verzeiken was door de prijs in de inzetfase verder op te drijven waardoor er geen ruimte meer was om af te mijnen (…)”¹⁵⁷ (onderstreping Raad)

en [vertrouwelijk] verklaart:

“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 Raad).¹⁵⁸

193. Voor de relatie tussen de diverse fasen van één executieveiling wijst de NMa ten slotte op het aanwezige bewijsmateriaal, met name het grote aantal (inzetpremie/verreken)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*

194. 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.

¹⁵⁷ Dossierstuk 6538_13/4, p. 5.

¹⁵⁸ Dossierstuk 6538_1/409, p. 13.

195. Dat gedragingen op de verschillende veilingen complementair zijn, blijkt ook uit de verklaringen van diverse handelaren. De Raad verwijst ter zake naar de bij de feiten en omstandigheden opgenomen paragraaf 2.2 van dit besluit.
196. 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 executieveilingen onderling salderen;¹⁵⁹
 - 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;¹⁶⁰
 - het feit dat partijen de deelname aan de gedragingen op verschillende executieveilingen in Nederland *grosso modo* op uniforme wijze op inzet- en verrekenlijsten vastleggen;¹⁶¹
 - 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.

3.3.3 Beoordeling van de standpunten van handelaren

Vaststelling van het kartel in alle fasen van de executieveilingen

197. De Adviescommissie overweegt na bezwaren van handelaren hieromtrent¹⁶² dat, voor zover de Raad de gedragingen in de inzetfase ziet als “opmaat” voor de gedragingen in de afmijnfase, hij die conclusie onvoldoende onderbouwd heeft.¹⁶³ De Adviescommissie acht het “niet zonder meer aannemelijk dat de inzetlijst de kern is van het geconstateerde kartel”. Niet is komen vast te staan, aldus de Adviescommissie, dat de handelaren die op de inzetlijst staan vermeld: (i) naderhand afzien van het actief bieden in de afmijnfase;¹⁶⁴ (ii) zich zonder meer ook in de afmijnfase altijd als een groep manifesteren: handelaren hebben ook wel “vrij” gemijnd;¹⁶⁵ (iii) door intekening op de inzetlijst een ‘absoluut’ recht verkrijgen om naderhand ook aan een naveiling mee te kunnen doen en daar alsnog het

¹⁵⁹ Zie randnummers 65-66 en 201 van het rapport, dossierstuk 6538_17/13. Uit het feit dat hierbij ook inzet- en uitkoopte goeden worden gesaldeerd, blijkt tevens de samenhang tussen de gedragingen in de inzet- en de afmijnfase.

¹⁶⁰ Zie randnummers 72-93 en 202 van het rapport, dossierstuk 6538_17/13.

¹⁶¹ Zie randnummers 72-93, 121-140 en 203 van het rapport, dossierstuk 6538_17/13.

¹⁶² Zie bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1370, par. 16.

¹⁶³ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 79.

¹⁶⁴ *Id.*, pt. 79.

¹⁶⁵ *Id.*, pt. 79.

pand te verkrijgen.¹⁶⁶ Voorts merkt de Adviescommissie op dat: (iv) een aantal handelaren alleen op de inzetlijst wilde staan om te kunnen delen in het “ploggeld” en niet om in de afmijnfase het pand te verkrijgen;¹⁶⁷ (v) onvoldoende onderbouwd is de conclusie dat het verdelen van het “ploggeld” een beloning is voor het wegnemen van risico’s in het vervolg van de veiling.¹⁶⁸

198. De Raad heeft in paragraaf 2.2.5 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.
199. In voornoemde paragraaf is daarnaast, aan de hand van verklaringen van handelaren, uitgebreid gemotiveerd dat ook zonder dat sprake was van ‘groepsmissen’ 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, maar van een door handelaren gepercipieerde ‘morele’ verplichting, doet daar niet aan af. Waar het immers om draait is óf het verband van handelaren elkaar mee liet kopen, zodat zij hier op een volgende veiling in hun biedgedrag rekening mee hielden.
200. Het op de inzetlijst vermeld staan was niet mogelijk voor een handelaar als hij actief tegen andere handelaren opbood (zie hiervoor paragraaf 2.2.7). Zijn vermelding op de inzetlijst is, wat er zij van zijn subjectieve motief voor die vermelding, een bevestiging dat hij niet actief tegen de groep heeft geboden. Daarmee heeft hij bijgedragen aan de werking van de afspraak.
201. Het oordeel van de Adviescommissie onder (v) kan de Raad niet volgen nu de gestelde conclusie waarnaar wordt verwezen (randnummer 194 besluit in primo) de Raad niet bekend voorkomt.

Definitie van de groep

202. Diverse handelaren betogen dat de NMa onvoldoende nauwkeurig heeft omschreven wie er onder “de groep” vallen die van deelname aan de inbreuk op artikel 6, lid 1, Mw, wordt

¹⁶⁶ *Id.*, pt. 80.

¹⁶⁷ *Id.*, pt. 81.

¹⁶⁸ *Id.*, pt. 82. Het “ploggeld” betrof, aldus de Adviescommissie, slechts een weinig substantieel bedrag waarvan het de vraag is of handelaren dat als beloning zagen voor het mede dragen van veel grotere financiële risico’s (namelijk het mede kopen van een pand in geval van “slag lopen”). Wat deze risico’s betreft, is het de Adviescommissie niet gebleken dat handelaren na de inzetfase daadwerkelijk aan een pand vastzaten (*id.*, pt. 82).

beticht.¹⁶⁹ Ook de Adviescommissie adviseert de Raad om beter te motiveren welke handelaren nu precies moeten worden geacht aan de inbreuk te hebben deelgenomen.¹⁷⁰

203. De Raad kan zich niet vinden in deze opmerkingen. De Raad heeft met het uitbrengen van één rapport aan iedere individuele handelaar er geen twijfel over laten bestaan dat hij het vermoeden heeft dat deze individuele handelaar, heeft deelgenomen aan de inbreuk. In elk rapport wordt beschreven waarop dat vermoeden berust en wordt aangegeven ter zake van welke panden de handelaar wordt vermoed te hebben deelgenomen aan de inbreuk. Elke handelaar die een rapport heeft gekregen, is betrokken geweest bij afstemming van biedgedrag bij de veiling van ten minste 40 panden; de Raad acht het zeer onwaarschijnlijk dat zij aldus geen deel uitmaakten van het verband van handelaren dat elkaar liet 'meedoen'. Ten overvloede wijst de Raad op zijn eerdere overwegingen omtrent de wijze waarop uit het verband van handelaren *ad hoc* groepsvorming plaatsvindt (paragraaf 1.2.2).

3.4 Mededingingsbeperking

3.4.1 Juridisch kader

204. Van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw is sprake indien de afspraak – in dit geval gedragingen erop gericht 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.
205. 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.¹⁷¹
206. 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.¹⁷² 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.¹⁷³

¹⁶⁹ Zie bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1370, pt. 274-275.

¹⁷⁰ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 96.

¹⁷¹ HvJ 20 november 2008, zaak C-209/07 (*Beef Industry Development Society*), punt 17.

¹⁷² 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.

¹⁷³ Vg. *T-Mobile*, voetnoot hiervoor, punt 38.

3.4.2 Toepassing op deze zaak

207. De Raad stelt vast dat op executieveilingen de prijs de enige relevante concurrentieparameter is.¹⁷⁴ Enkel door de hoogte van zijn bod kan een bidder zich onderscheiden van de andere bidders.
208. Tevens stelt de Raad vast dat de afspraak, zoals omschreven in paragraaf 3.3.2, deze concurrentieparameter rechtstreeks in negatieve zin beïnvloedt. De afspraak van het verband handelaren heeft het doel om 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 het WEW. Om het doel te bereiken hebben de betrokken handelaren de normale en gebruikelijke risico's van onderlinge concurrentie vervangen door een vorm van samenwerking.
209. De handelaren hebben ad hoc een groep gevormd en daarmee het aantal potentiële bidders op de executieveiling kunstmatig verkleind. Zodoende hebben deze handelaren op de officiële executieveiling niet of nauwelijks concurrentie van elkaar te duchten. Dit betekent concreet dat deze handelaren, door zich gezamenlijk op te stellen, bij het uitbrengen van een bod niet langer uitsluitend het bedrag dat zij de woning waard vinden bepalend laten zijn voor hun biedgedrag, maar hun biedgedrag mede bepaald wordt door de afspraak.
210. Op deze wijze hebben de betreffende handelaren de vrije prijsvorming op de executieveiling gefrustreerd. Zoals beschreven in paragraaf 3.4 is een afname van het aantal potentiële bidders bij uitstek geschikt om te leiden tot een lagere prijs op de officiële executieveiling. Dit effect heeft de afspraak ook gehad. De Raad heeft bij meer dan 200 besmette woningen kunnen vaststellen dat deze zijn nageveild nadat zij eerder waren afgemijnd.¹⁷⁵ Het verschil tussen de cumulatieve naveilingprijs – de reële marktwaarde van deze woningen (zie hiervoor paragraaf 2.2.6) – en de cumulatieve prijs die het verband van handelaren op de officiële veiling betaalde, was in de orde van grootte van EUR 2,5 miljoen. Dit bedrag omvat niet de totale schade. Immers, handelaren verklaren ook dat het verband van handelaren panden bewust slag liet lopen en vervolgens naveilde (zie hiervoor, paragraaf 2.2.5); deze schade heeft de Raad niet in kaart gebracht. Handelaren verklaren ook dat een outsider het kartel voor kon zijn (zie hiervoor, paragraaf 2.2.5); deze outsiders konden dan de woning kopen voor een lagere prijs dan zonder de gedragingen tot stand

¹⁷⁴ Zie randnummer 34.

¹⁷⁵ Dossierstuk 6538_1/1478 – de dikgedrukte panden zijn nageveild nadat zij zijn afgemijnd.

zou zijn gekomen.¹⁷⁶ De Raad 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.

211. Overigens: ook als de samenwerking niet rechtstreeks tot lagere prijzen op executieveilingen zou leiden, blijft staan dat de structuur van de markt – ingrijpend – is veranderd door de afspraak tussen de betrokken handelaren. 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 meekopen). 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. Ook door het ondergraven van de structuur van de markt is derhalve artikel 6, eerste lid Mw overtreden.
212. De Raad 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.

3.4.3 Beoordeling van de standpunten van handelaren

De inbreuk in de Inzetfase

213. Naar aanleiding van de bezwaren van handelaren die betogen dat de inbreuk zich (in elk geval) niet uitstrekt tot de inzetfase,¹⁷⁷ heeft de Adviescommissie overwogen dat de Raad zijn conclusie onvoldoende heeft onderbouwd dat:

“(…) er sprake is van een kartelinbreuk die zich ook uitstrekt tot de inzetfase - het afzien van actief bieden en de mogelijkheid om op een inzetlijst in te schrijven. Naar 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

¹⁷⁶ De Raad is van oordeel dat hiermee afdoende economische analyse heeft plaatsgevonden, zodat aan punten 89-101 van het advies van de Adviescommissie opvolging is gegeven.

¹⁷⁷ Zie bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1370, par. 16; de heer [vertrouwelijk] e.a., dossierstuk 6538_1/1377, pt. 286-288.

mededingingsbeperkende gedraging, maar kan evenzeer verklaard worden door economisch-rationeel gedrag van de handelaren. (...)” (onderstreping NMa)

214. In dit verband herinnert de Raad eraan dat hij heeft geconcludeerd dat betrokken handelaren hebben deelgenomen aan één voortdurende inbreuk, die alle fasen van een executieveiling omvat. Blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie is voor de kwalificatie “een voortdurende inbreuk” niet vereist dat alle gedragingen op zichzelf een inbreuk vormen: ook als geen van de verschillende elementen van de betrokken inbreuk, afzonderlijk beschouwd, een ingevolge artikel 101, lid 1, VWEU verboden overeenkomst of onderling afgestemde gedraging vormen, sluit zulks niet uit dat bedoelde elementen, gezamenlijk beschouwd, een dergelijke overeenkomst of een dergelijke onderling afgestemde gedraging vormen.¹⁷⁸ Zoals hiervoor aangegeven, heeft de Raad de betrokken gedragingen niet afzonderlijk, maar in onderlinge samenhang als inbreuk gekwalificeerd.
215. Overigens wijst de Raad nog op de verklaringen en het bewijs aangehaald in paragraaf 2.2.8, waaruit onmiskenbaar blijkt dat het verdelen van inzetgeld ook werd gebruikt om het biedgedrag in de inzetfase te disciplineren.¹⁷⁹ Hierdoor ontstond meer ruimte om af te mijnen.
216. Tot slot merkt de Raad nog op dat hoewel het (aandeel in het) ploggeld een relatief klein bedrag was, dat bedrag een vergoeding vormde waarvoor geen actieve inspanning geleverd hoeft te worden; juist passiviteit werd beloond.¹⁸⁰ Nog belangrijker, in paragraaf 2.2 is uitgebreid uiteen gezet dat het verdelen van ploggeld ertoe diende een groep te identificeren; handelaren binnen die groep lieten hun biedgedrag beïnvloeden door de wetenschap van de afspraak en de loyaliteit, waardoor zij doorgaans konden ‘meekopen’ met de afmijner. Het complex van gedragingen is – zoals alle kartelvorming – economisch-rationeel. De rationaliteit voor het verband van handelaren maakt hun gedragingen echter nog niet legitiem. Elke handelaar individueel wil voor een laag bedrag mijnen, en zal de prijs zo min mogelijk opdrijven; bij voldoende onderlinge concurrentie wordt die wens echter gefrustreerd; zodra een handelaar door samenspanning met andere handelaren zijn individuele, economisch-rationele wens tot lage prijzen poogt te vervullen, handelt hij daarmee in strijd met het kartelverbod.

¹⁷⁸ HvJ 1 juli 2010, zaak C-407/08, *Knauf*, punt 48.

¹⁷⁹ Zie bijv. ook de verklaring van de heer [vertrouwelijk] (dossierstuk 6538_1/706) (“(...) Gevolg zal zijn dat op onderhavig registergoed niet overmatig geboden zal worden *waardoor de inzet laag zal zijn*. [...] Vervolgens kan ieder voor zich mijnen voor zijn of haar prijs en *heb je daadwerkelijk handel in je vingers*”).

¹⁸⁰ Zoals de Raad in het primaire besluit (paragraaf 4.3.2) de verklaring van de heer [vertrouwelijk] heeft aangehaald die tijdens de hoorzitting op 2 september 2011 als volgt toelichtte waarom hij op de inzetlijst vermeld wilde worden: “ (...) *Door een ander zijn nek uit te laten steken en daarna mee te doen aan zijn inzet is dus een kans op ‘gratis geld’.*” (Dossierstuk 6538_1/1227, p. 1).

De gedragingen in de afmijnfase

217. Met betrekking tot de gedragingen in de afmijnfase stelt de Adviescommissie vast dat bepaalde handelaren bij diverse veilingen gezamenlijk hebben afgemijnd. Dit mag, aldus de Adviescommissie, worden afgeleid uit het feit dat de meeste van deze handelaren vervolgens aan een naveiling hebben meegedaan. Als gevolg daarvan bepaalden deze handelaren niet meer afzonderlijk hun biedgedrag. De Adviescommissie concludeert:

“(…) Door deze gedragingen, die de Adviescommissie als onderling afgestemde feitelijke gedragingen aanmerkt, hebben de handelaren de onderlinge concurrentierisico's beperkt, als gevolg waarvan de prijsbepaling op negatieve wijze is beïnvloed. De hypotheekhouders (de banken) en de hypotheekgevers (de voormalige huiseigenaren) zijn daarvan de dupe geworden. De banken verkrijgen slechts de “zichtbare” marktprijs, te weten de afmijnprijs, en blijven mogelijk zitten met een te hoge restschuld. Ook voor de huiseigenaren is de praktijk nadelig, aangezien zij in veel gevallen een lagere, en in sommige gevallen zelfs geen, restopbrengst (dat wil zeggen het positieve saldo van de afmijnprijs, verminderd met de hypotheekschuld) ontvangen, die er bij een volgens de Raad “niet-besmette” veiling zonder de hierboven beschreven onderling afgestemde feitelijke gedragingen mogelijk wel zou zijn geweest. (…)¹⁸¹”

218. Ook acht de Adviescommissie het aannemelijk dat met het organiseren van naveilingen de mededinging werd beperkt. De Adviescommissie concludeert op dit punt:

“(…) De handelaren organiseren namelijk buiten het zicht van andere handelaren een naveiling, waarmee zij feitelijk de uiteindelijke veilingopbrengst op voor de 'markt' intransparante wijze weten te manipuleren, en de voordelen daarvan onderling weten te verdelen. […] Het concurrentierisico wordt daarmee beperkt tot een kleinere groep van handelaren. Dergelijke afspraken zijn zonder meer mededingingsbeperkend. (…)

219. De Raad sluit zich bij deze overwegingen van de Adviescommissie aan. Hij voegt daaraan toe dat irrelevant is dat handelaren niet altijd als één groep afmijnen, en dus hun biedgedrag niet altijd afstemmen in de afmijnfase.¹⁸² Die mogelijkheid heeft de Raad hiervoor, in paragraaf 2.2.5, opgemerkt. Hij heeft geconstateerd dat de samenwerking tussen handelaren wellicht beperkt bleef tot verdeling van het inzetgeld als veel (actieve) outsiders bij de veiling aanwezig waren. Dat *ex post* de afspraak – door externe omstandigheden – wellicht geen effect heeft gesorteerd op een individuele veiling, laat echter onverlet dat ook op die veiling de afspraak gold, en door het verdelen van ploggeld

¹⁸¹ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 84.

¹⁸² Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 79.

aan de afspraak gevolg werd gegeven. Het verdelen van ploggeld en de daaruit voortvloeiende groepsvorming versterkte bovendien ook bij die veilingen de continuïteit van de afspraak, waardoor samenspanning bij een volgende veiling in de hand werd gewerkt.

Moment van totstandkoming van de afspraak

220. De stelling van diverse handelaren dat de gedragingen pas na de inzetfase zouden plaatsvinden,¹⁸³ is naar het oordeel van de Raad een miskening van de onderlinge samenhang tussen de gedragingen. Zoals is vastgesteld, hebben de gedragingen ook reeds plaatsgevonden voorafgaande aan de executieveiling (paragraaf 2.2.3). Voorts is aangetoond dat het op de inzetlijst vermeld zijn, plaatsvindt indien een handelaar tijdens de inzetfase de prijs van een woning niet ten koste van andere handelaren heeft opgedreven (randnummer 147).¹⁸⁴ Bovendien wordt miskend dat het hier om een voortdurende afspraak gaat die bij herhaling plaatsvindt (randnummer 197 e.v.).
221. De betrokken handelaren voeren aan – overeenkomstig hun betoog ter zake van de inzetfase – dat tijdens de afmijnfase door hen geen in mededingingsrechtelijke zin relevante gedragingen worden verricht.¹⁸⁵ Er zouden pas ná de afmijnfase, te weten in de “uitzet” of “naveiling”, gezamenlijke gedragingen worden vertoond. In de afmijnfase komt de prijs van een woning in concurrentie tot stand, aldus betrokken handelaren, nu zij individueel of in voorkomende gevallen als biedcombinatie / cluster bepalen voor welk bedrag zij een woning willen kopen. Het biedgedrag in de afmijnfase wordt dus niet beïnvloed in een mate die mededingingsrechtelijk relevant is. Betrokken handelaren onderbouwen hun betoog met verwijzingen naar passages uit 31 verklaringen.¹⁸⁶
222. De Raad acht dat betoog onhoudbaar. De Raad is 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 betrokken handelaren.¹⁸⁷ Betrokken handelaren verklaren daarin onder ander over de relatie tussen afmijn- en uitzetfase, over de mogelijkheid om mee te mogen doen met de uitzet, over het kunnen

¹⁸³ Zie bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1370, par. 16; de heer [vertrouwelijk] e.a., dossierstuk 6538_1/1377, pt. 286-288.

¹⁸⁴ Zie ook de verklaring van [vertrouwelijk] (Dossierstuk 6538_1/409, p. 5): “(...) Al vlug wordt door iemand die met hen bekend is contact gelegd en gepoogd hen te bewegen niet zelfstandig te gaan bieden, teneinde de inzetprijs zo laag mogelijk te houden. Als beloning hiervoor zullen zij, net als de handelaren uit de groep, een gedeelte uit de inzetpremie (1% van het inzetbedrag) ontvangen.”

¹⁸⁵ Zie bijv. de heer [vertrouwelijk] e.a., dossierstuk 6538_1/1377, pt. 169.

¹⁸⁶ Betrokken handelaren verwijzen in bezwaar (zie dossierstuk 6538_1/1377, pt. 95) naar verklaringen opgenomen in randnummer 83 en 84 van hun eerdere zienswijze (dossierstuk 6538_1/1208).

¹⁸⁷ Het betreft de in randnummer 83 en 84 van hun eerdere zienswijze (zie vorige voetnoot) Het betreft de in randnummer 83 en 84 van hun eerdere zienswijze (zie vorige voetnoot) opgenomen passages uit de verklaringen van [vertrouwelijk] (p. 2 van 6 en p. 4. van 6), [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] (p. 5 van 7), [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk].

“instappen” na het mijnen, en over het “over en weer”-karakter van het achteraf kunnen meedoen. De betrokken handelaren halen in hun zienswijzen een verklaring aan, van de heer [vertrouwelijk], handelaar, die de Raad illustratief acht voor de op loyaliteit gebaseerde relatie tussen afmijnfase en naveiling:

“(…) De reden dat ik op deze lijst sta, is omdat ik op de inzetlijst stond. De gedachte was dat als je meedoet met de inzet, dat je dan ook mee kunt doen met de doorverkoop of uitzet. Als iemand binnen de groep het pand afmijnt, wordt gekeken of deze afmijner ervoor in is om het pand weer direct door te verkopen in de groep. Als hij nee zegt, is dat ook goed. Maar niet altijd natuurlijk. Als iemand altijd wil meedoen als iemand anders heeft afgemijnd, maar zelf nooit zijn pand in de groep gooit als hij zelf afmijnt, dan leidt dat natuurlijk wel tot ruzie. *Het is net als het geven van rondjes in de kroeg: ik geef gewoon een rondje en dan hoeft ik niet meteen van iedereen iets terug, maar er zijn ook mensen die toevallig net altijd naar de wc zijn als zij aan de beurt zijn om een rondje te geven. Zo werkt dat niet!*”¹⁸⁸ (cursivering NMa)

Geen mededingingsbeperking maar risicospreiding

223. De betrokken handelaren betogen dat de Raad 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 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.¹⁸⁹
224. De Raad wijst in de eerste plaats erop dat hij voortgezette inbreuk beboet, waarvan het verdelen van ploggeld (wat beweerdelijk een vorm van risicospreiding is) slechts een onderdeel vormt. Daarbij roept de Raad in herinnering dat een afspraak (of een deel daarvan) ook de mededinging kan beperken wanneer die afspraak niet alleen tot doel heeft de mededinging te beperken, maar ook andere, legitieme, doelstellingen nastreeft.¹⁹⁰ Dus zelfs als het verdelen van ploggeld erop gericht was om risico's te spreiden – *quod non*, zie hierna – merkt de Raad op dat de gedragingen ook tot doel hadden de prijs van een pand laag te houden.

¹⁸⁸ Dossierstuk 6538_1/716, p. 5.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ HvJ 6 april 2004, zaak C-551/03 (*General Motors*), punt 64.

225. De Raad acht onaannemelijk dat het verdelen van ploggeld is ingegeven door de wens risico's te spreiden. De Raad is in de feiten en omstandigheden (hiervoor, randnummers 164 e.v.) uitvoerig ingegaan op deze mogelijkheid, en heeft dat betoog van handelaren verworpen.
226. Een van betrokken handelaren wijst de Raad nog op een brief van de Minister van Justitie van 18 januari 2006.¹⁹¹ In die brief stelt de Minister dat de gemiddelde opbrengst van een woning van 26% gezien de onzekerheden bij een veiling niet bovenmatig is.¹⁹² In dit besluit meet de Raad zich geen oordeel aan over de hoogte van de opbrengst en de marges die worden behaald indien een woning ná de naveiling ter vrije verkoop op de markt worden aangeboden. Het verwijt dat de Raad de handelaren maakt, ziet juist op gedragingen die de concurrentie op executieveilingen vervalsen en beperken. Voor zover betrokken handelaar betoogt dat de kartelafspraken zijn geoorloofd teneinde een opbrengst van 26% te realiseren, volgt de Raad dat betoog niet.

Betwisting van verklaringen

227. Ter weerlegging van het oordeel van de Raad, voeren handelaren aan dat in sommige gevallen de inhoud van een onderdeel van een afgelegde verklaring geen bewijs oplevert voor het standpunt van de Raad, terwijl andere onderdelen van afzonderlijke verklaringen in hun visie aanknopingspunten bieden voor een *alternatieve verklaring* voor het door de Raad gestelde.¹⁹³
228. Ten aanzien van de door handelaren in dit verband aangehaalde passages (uit 28 verklaringen)¹⁹⁴ merkt de Raad op dat een ruime meerderheid daarvan juist niet ontlastend is, maar een bevestiging vormt voor het verwijt dat de Raad hen maakt.¹⁹⁵ Het betreft die passages waarin handelaren en ook derden onder andere het systeem van het gezamenlijk inzetten uitleggen, de betekenis van "*het samen mee doen*" schetsen, uitleggen dat het doel is om de inzetpremie te verdelen dan wel aangeven dat "*het leuk is om na de veiling in ieder geval met wat geld terug te gaan als vergoeding voor de kosten van die dag.*"

¹⁹¹ Kamerstukken II 2005-2006, 30 076, nr. 5, p. 2.

¹⁹² De brief van de Minister ziet op de marktprijs bij doorverkoop ten opzichte van de verkoopprijs op de executieveiling. De brief ziet *niet* op het verschil tussen de *naveiling* prijs en de op de executieveiling tot stand gekomen prijs.

¹⁹³ Zie bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1377, par. 5.3.

¹⁹⁴ Betrokken handelaren verwijzen in bezwaar (zie dossierstuk 6538_1/1377, pt. 95) naar verklaringen opgenomen in randnummer 70 van hun eerdere zienswijze (dossierstuk 6538_1/1208).

¹⁹⁵ Het betreft de in randnummer 70 van hun zienswijze (zie vorige voetnoot) opgenomen passages uit de verklaringen van [vertrouwelijk] (2^e alinea), [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] (p. 5 van 8 en en p. 7 van 8), [vertrouwelijk] (p. 4 van 7), [vertrouwelijk] (p. 2 van 3), [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] (p. 3 van 4), [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk].

229. Het betoog van verschillende handelaren dat banken in de inzetfase ook meebieden,¹⁹⁶ betwist de Raad niet. Het biedgedrag van banken in de inzetfase was voor de groep handelaren nu echter juist (mede) bepalend voor hun gedragingen op de executieveiling, zo stelt de Raad vast aan de hand van de verklaring van clementieverzoeker [vertrouwelijk]: “ (...) *Stilzwijgend is men het erover eens, dat nadat de bank tijdens het opbieden is weggefallen, niet verder tegen elkaar wordt opgeboden*”.¹⁹⁷ Ook de passage uit zijn clementieverklaring omtrent de mogelijkheid van het zogeheten “plonzen” (randnummer 84 van dit besluit) illustreert naar het oordeel van de Raad de opstelling van de betrokken handelaren en hun bewuste appreciatie van de aan- of afwezigheid van een bank op een executieveiling.¹⁹⁸
230. Betrokken handelaren voeren voorts aan dat de NMa twee belangrijke aspecten miskent: 1) er zijn handelaren op executieveilingen actief geweest die uitsluitend uit zijn op de inzetpremie, of op een deel daarvan; 2) handelaren die daadwerkelijk geïnteresseerd zijn in een pand laten zich tijdens de inzetfase niet in de kaarten kijken.¹⁹⁹
231. In het eerste door betrokken handelaren genoemde aspect, ligt naar het oordeel van de Raad juist de bevestiging besloten dat deze betrokken handelaren een bijdrage leveren aan het complex van gedragingen zoals beschreven in paragrafen 2.2.5 tot en met 2.2.8. Een handelaar wordt niet langer op de inzetlijst vermeld als hij de prijs opdrijft in de inzetfase. Uit het dossier blijkt overigens, op enkele uitzonderingen na, dat alle bij het verband betrokken handelaren ook hebben deelgenomen aan naveilingen. Dit weerspreekt dus dat het deze handelaren slechts te doen was om een deel van het ploggeld.
232. Ten aanzien van het tweede aspect stelt de Raad voorop dat er geen verplichting bestaat voor bezoekers van een veiling om in de inzetfase te bieden. Anders geformuleerd: elke aanwezige op een executieveiling is vrij in zijn of haar individuele keuze en afweging om tijdens de inzetfase een bod uit te brengen. Niet-bieden in de inzetfase is toegestaan. Verboden is het echter om onderling afspraken te maken om niet dan wel niet hoog te bieden of daarover onderling biedgedrag af te stemmen. Op grond van het bewijsmateriaal in het dossier heeft de Raad vastgesteld dat handelaren nu juist over hun biedgedrag afspraken met elkaar maakten. Van miskenning van enig aspect is gelet op het voorgaande geen sprake.
233. Ten aanzien van de gedragingen van de groep handelaren die erop gericht zijn om in de afmijnfase zo laat mogelijk af te mijnen, bestrijden verschillende betrokken handelaren in

¹⁹⁶ Zie bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1377, randnummer 37-39.

¹⁹⁷ Dossierstuk 6538_1/409, p. 5.

¹⁹⁸ Dat het bestaan en de werking van “plonzen” niet alleen bij [vertrouwelijk] bekend is, blijkt uit de verklaring van de heer [vertrouwelijk] zoals geciteerd in randnummer 85 van dit besluit.

¹⁹⁹ Zie bijv. de heer [vertrouwelijk], dossierstuk 6538_1/1377, resp. randnummer 330 e.v. en randnummer 318-320.

hun zienswijzen de door de heer [vertrouwelijk] afgelegde verklaring waarin hij aangeeft dat “(...) *We weten dat we er met zelfde belang zitten we willen iets aan het pand verdienen. We proberen hem natuurlijk niet te hoog te maken en het zo laag mogelijk te houden. We weten van elkaar dat we kunnen meedoen. Met het zo laag mogelijk houden bereiken we een doel en dat is het zo goedkoop mogelijk inkopen*”.²⁰⁰ Volgens diverse betrokken handelaren heeft deze verklaring mogelijk betrekking op een incidentele biedcombinatie. Nu de betrokken handelaren in hun zienswijzen nalaten dit te adstrueren kan de Raad deze alternatieve lezing niet volgen, een en ander ook bezien in het licht van paragrafen 2.2.8 en 3.6.

234. Ook de door [vertrouwelijk] afgelegde verklaringen wordt door de betrokken handelaren in hun zienswijzen bestreden. [Vertrouwelijk] geeft aan “(...) *Het is ook wel gebeurd dat iemand eerder mijnde en vervolgens zei “we hadden toch niets afgesproken”. Die persoon wilde dan het pand alleen voor zichzelf hebben. De groep vond dat dan niet goed en ik zei dan “we hadden duidelijk afgesproken om het met de groep te doen, anders had ik hem al lang gemijnd*”.²⁰¹ Betrokken handelaren huldigen het standpunt dat geen sprake is geweest van afspraken om zo laag mogelijk te mijnen. Ten aanzien van dit standpunt moet de Raad vaststellen dat een nadere onderbouwing daarvan ontbreekt. De aangehaalde passage bevestigt naar het oordeel van de Raad bovendien dat tussen betrokken handelaren wel degelijk overeenstemming bestond om zo laag mogelijk af te mijnen. Dat was ook het gemeenschappelijk doel van betrokken handelaren, te weten door middel van een beperking van de mededinging panden tegen een zo laag mogelijke prijs te verkrijgen.²⁰²

3.5 Merkbaarheid

3.5.1 Juridische kader en toepassing op deze zaak

235. Nu de Raad heeft vastgesteld dat sprake is van een afspraak met een mededingingsbeperkende strekking, is de merkbaarheid van deze inbreuk in beginsel gegeven. De merkbaarheid ontbreekt alleen wanneer de groep handelaren een dermate “zwakke positie” inneemt, dat de groep handelaren het verloop van executieveilingen slechts in zeer geringe mate heeft kunnen beïnvloeden.²⁰³

²⁰⁰ Dossierstuk 6538_1/714, p. 4.

²⁰¹ Dossierstuk 6538_1/449, p. 9.

²⁰² Ook de Adviescommissie (dossierstuk 6538_1/1447, pt. 108) is van oordeel dat het identieke doel van handelaren was om: “(...) door middel van beperking van de mededinging panden tegen een zo laag mogelijke prijs te verkrijgen. (...)”.

²⁰³ Zie onder meer CBB 7 december 2005 (*Secor*), LJV AU8309, paragraaf 6.5.

236. Het dossier bevat aanwijzingen dat een verband van handelaren betrokken is bij de afspraak. In totaal heeft de afspraak over een periode van circa negen jaar daadwerkelijk gefunctioneerd waarbij het de betrokken handelaren bij ten minste 2000 woningen gelukt is om de executieveiling in de inzetfase te vervalsen en de mededinging te beperken.²⁰⁴ Onder deze omstandigheden is op de markt voor panden die op een executieveiling worden aangeboden evident geen sprake van een zodanig “zwakke positie” van de groep handelaren dat de concurrentie niet in mededingingsrechtelijk relevante mate is beperkt als het gevolg van de afspraak.
237. De Raad voegt daar nog het volgende aan toe. De toets aan het merkbaarheidsvereiste betekent niet dat een onderzoek plaatsvindt naar de concrete gevolgen van de afspraak. Omgekeerd geldt evenwel dat indien sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen de merkbaarheid van de betreffende afspraak een gegeven is. In die zin is relevant dat de Raad 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 Raad staat onder die omstandigheden vast dat daadwerkelijk negatieve gevolgen zijn opgetreden voor de mededinging als gevolg van de afspraak.

3.5.2 Beoordeling van de standpunten van handelaren

238. Dat de Raad 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,²⁰⁵ 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 de Raad 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.²⁰⁶
239. 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 van de Raad niet doorslaggevend. Zoals hiervoor aangegeven is het het verband van handelaren bij ten minste 2000 woningen gelukt om executieveilingen te vervalsen. Reeds

²⁰⁴ In deze zaak staan (alleen) de woningen centraal waarbij een handelaar die tot de groep behoort, de inzetter is en de NMa over bewijs beschikt dat andere handelaren “op de lijst staan”.

²⁰⁵ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 344 e.v.

²⁰⁶ Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, punt 113.

op basis van dit gegeven moet de stelling worden verworpen dat het verband van handelaren een zwakke positie inneemt bij executievelingen.

240. 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.²⁰⁷ Banken leggen immers slechts een bodem voor de prijs; zij verzekeren niet de markt-conformiteit daarvan.²⁰⁸ En voorts, de merkbaarheid van een kartelafspraken wordt niet beïnvloed door de opstelling van derden.

3.6 Artikel 6, derde lid, Mw

241. 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.²⁰⁹ De Raad heeft in paragraaf 3.3.2 vastgesteld dat de afspraak een enkele inbreuk betreft, die gekenmerkt wordt door het gezamenlijke doel van de groep handelaren om de prijs op de executievelingen zo laag te mogelijk houden.
242. De Raad stelt allereerst vast dat deze afspraak niet is vrijgesteld op grond van de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009.²¹⁰ 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 executieveling 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.
243. 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.

²⁰⁷ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 338; dossierstuk 6538_1/1370, pt. 271.

²⁰⁸ 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 weggefallen, niet verder tegen elkaar wordt opgeboden. Immers hierdoor zou de inzetprijs te hoog kunnen oplopen om nog iets te kunnen verdienen." (Verklaring [vertrouwelijk] (dossierstuk 6538_1/398), p. 2; randnummer 77 van het besluit).

²⁰⁹ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 309-310.

²¹⁰ *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.

Toegesplitst op deze zaak, stelt de Raad 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;²¹¹
- 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.

244. Naar het oordeel van de Raad 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 afmijfphase en de daaruit voortvloeiende naveilingen. 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.²¹²

3.7 *Individuele betrokkenheid*

245. In het navolgende zet de Raad uiteen dat [vertrouwelijk] naar het oordeel van de Raad betrokken is geweest bij de afspraak.
246. De Raad kan een onderneming aansprakelijk houden voor gedragingen van andere ondernemingen aan de enkele inbreuk wanneer de onderneming (i) heeft deelgenomen aan de inbreuk door middel van een gedraging die zelf valt onder het kartelverbod, (ii) door middel van haar gedraging(en) een bijdrage beoogde te leveren aan het gemeenschappelijk

²¹¹ 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.

²¹² Aldus ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 117.

doel van de enkele inbreuk en (iii) de onrechtmatige gedragingen van andere deelnemers kende of deze redelijkerwijs kon voorzien.²¹³

247. Wanneer vaststaat dat een onderneming heeft deelgenomen aan de enkele inbreuk, doet niet meer ter zake of een onderneming aan alle elementen van de overtreding heeft deelgenomen of een beperkte rol heeft gespeeld bij de elementen waaraan zij wel heeft deelgenomen. Dergelijke omstandigheden worden door de Raad in aanmerking genomen bij de beoordeling van de mate van betrokkenheid van de onderneming bij de inbreuk en bij het bepalen van de geldboete.²¹⁴
248. Voor de betrokkenheid van [vertrouwelijk] verwijst de Raad naar de *Bijlage 1* bij dit besluit. Uit deze bijlage blijkt dat [vertrouwelijk] bij 537 woningen betrokken is geweest waarop de afspraak ziet. Tevens volgt uit deze bijlage dat [vertrouwelijk] bij de afspraak betrokken is geweest gedurende de periode van 5 februari 2003 tot 12 oktober 2009.²¹⁵
249. De Raad roept het doel van de afspraak in herinnering, te weten om op de officiële executievelingen een zo laag mogelijk prijs van een woning tot stand te laten komen. De Raad constateert dat [vertrouwelijk] een tegenprestatie ontving voor de door de hem geleverde bijdragen aan de afspraak. Die tegenprestatie was een deel van het ploggeld, een deel van de uitkoopsom en/of de eigendom van de woning. Zonder bijdragen aan de afspraak, zou de handelaar geen tegenprestatie hebben ontvangen. Uit de wijze waarop [vertrouwelijk] zich met betrekking tot de in de *Bijlage 1* bij dit besluit genoemde woningen heeft gedragen, blijkt dat hij aan de afspraak een bijdrage heeft geleverd en heeft willen leveren. Deze bijdrage van [vertrouwelijk] is van belang geweest voor het functioneren van de afspraak. Deze omstandigheden brengen de Raad tot het oordeel dat [vertrouwelijk] kennelijk ook heeft gewild om zich loyaal op te stellen en zijn bijdragen aan de afspraak te leveren, teneinde die tegenprestatie te ontvangen.
250. Naar het oordeel van de Raad volgt uit de omstandigheid dat [vertrouwelijk] bij herhaling heeft deelgenomen aan de hier bedoelde gedragingen ten aanzien van de veiling van een

²¹³ Het HvJ gebruikt consequent het criterium of een onderneming de gedragingen van andere ondernemingen "redelijkerwijs kunnen voorzien", zie HvJ 8 juli 1999, zaak C-49/92 (*Anic*), punt 87 en zaak C-211/00 (*Aalborg Portland*), punt 83. Het Gerecht gebruikt soms – naast "redelijkerwijs [had] kunnen voorzien" – de test "noodzakelijkerwijs moeten voorzien" (Gerecht 19 mei 2010, zaak T-19/05 (*Boliden*), punt 61). Uit een verwijzing van het Gerecht in jurisprudentie van dezelfde datum blijkt dat het geen ander criterium bedoelt dan het HvJ (Gerecht 19 mei 2010, zaak T-21/05 (*Chalkor*), punt 91, onder verwijzing naar *Anic*). Het Gerecht maakt hier geen onderscheid tussen het "redelijkerwijs kunnen voorzien" van de gedragingen van andere ondernemingen, en het "noodzakelijkerwijs moeten voorzien" van het algehele plan en de elementen daarvan. In een enkele uitspraak gebruikt het Gerecht eveneens de term "redelijkerwijs kunnen voorzien", zie Gerecht 8 september 2010, zaak T-29/05 (*Deltalina*), punt 62.

²¹⁴ HvJ 8 juli 1999, zaak C-49/92 (*Anic*), punt 150.

²¹⁵ Dit terwijl de afspraak ten minste duurde vanaf 13 juni 2000 tot en met 20 november 2009.

concrete woning, dat [vertrouwelijk] noodzakelijkerwijs ook kennis heeft gehad van de gedragingen van andere handelaren die tot het verband van handelaren behoren.

251. De Raad dient (slechts) aan te tonen dat de gedragingen concreet geschikt waren om de mededinging te beperken. Het is daarom ten overvloede dat hij erop wijst dat de afspraak ook concrete effecten heeft gehad waar [vertrouwelijk] zich bewust van moet zijn geweest.
252. De Raad is van oordeel dat een handelaar, in het geval hij heeft geprofiteerd van een naveiling, niet kan volhouden niet op de hoogte te zijn van de schadelijkheid van de afspraak. Dit geldt *a fortiori* als het een naveiling betreft nadat in een officiële veiling is ingezet en afgemijnd door andere handelaren. In *Bijlage 1* heeft de Raad opgesomd dat [vertrouwelijk] in 144 gevallen heeft geprofiteerd van een naveiling nadat het pand was afgemijnd. In dergelijke gevallen werd het pand in de naveiling bijna zonder uitzondering voor een hogere prijs verkocht dan in de officiële veiling (waar dezelfde handelaren al aanwezig waren). In elk van deze gevallen moet voor [vertrouwelijk] evident zijn geweest dat de afspraak om 'mee te doen' leidt tot benadeling van de particulier, de bank en/of het WEW doordat op de officiële veiling een lagere prijs tot stand komt dan de prijs die handelaren in de naveiling overeenkomen.
253. Met het voorgaande is de Raad van oordeel dat het standpunt van [vertrouwelijk] – dat de afspraak uitsluitend een vorm van risicospreiding is – onhoudbaar is.

3.8 Conclusie

254. De Raad stelt vast dat [vertrouwelijk] betrokken is bij de afspraak en zodoende wordt aangemerkt als "betrokken handelaar".

4 Beoordeling overige standpunten van de betrokken handelaren

255. De in deze procedure betrokken handelaren hebben hun standpunt 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 de Raad in op de standpunten van de betrokken handelaren over de procedure.

4.1 Verjaring

256. Enkele handelaren voeren aan dat (een gedeelte van) hun betrokkenheid is verjaard. Zij wijzen daarbij op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.²¹⁶
257. De Raad verwerpt betogen met deze strekking. 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.²¹⁷ Wanneer een onderzoekshandeling is uitgevoerd gaat op de voet van artikel 64, derde lid, Mw stuiting in op de dag waarop tenminste één van de betrokken ondernemingen schriftelijk op de hoogte wordt gesteld van de onderzoekshandeling. De eerste onderzoekshandeling waarvan een betrokken onderneming schriftelijk op de hoogte werd gesteld, vond plaats in de eerste helft 2009. De Raad was daarom bevoegd om ondernemingen te beboeten voor hun betrokkenheid bij inbreuken die *eindigden* na de eerste helft van 2004.
258. Een stuitingshandeling stuit de verjaring voor de gehele overtreding; wanneer vaststaat dat een gedraging onderdeel uitmaakt van één enkele overtreding die niet verjaard is, is dus niet meer mogelijk dat die gedraging verjaard is, ook als die gedraging meer dan vijf jaar vóór de stuitingshandeling plaatsvond, zo blijkt uit vaste rechtspraak.²¹⁸
259. De mogelijkheid tot stuiting, ingevoerd op 1 oktober 2007, geldt ook voor overtredingen die vóór die tijd zijn begaan. Die mogelijkheid heeft, conform de hoofdregel voor overgangsrecht van nieuwe wetgeving,²¹⁹ onmiddellijke werking. De mogelijkheid de verjaring te stuiten geldt aldus niet slechts voor overtredingen gepleegd na inwerkingtreding van artikel 64, tweede lid, Mw, maar voor alle overtredingen voor zover deze ten tijde van inwerkingtreding van die regeling nog niet waren verjaard. De gedragingen van de handelaren waren op moment van invoering nog niet verjaard en vallen onder de betreffende regeling. De NMa heeft de verjaring in 2009 tijdig gestuit.
260. De Raad verwerpt ook enig betoog dat erop neerkomt dat ondernemingen die de wet overtreden, erop moeten kunnen vertrouwen dat hun overtreding verjaart op het moment dat zij dat verwachten. Uit het ontbreken van een wettelijke afwijking van de hoofdregel

²¹⁶ Rb. Rotterdam 1 juli 2010, LJN: BM 9911 (*Boomkwekerijen*).

²¹⁷ Kamerstukken II, 30071, nr. 3, p. 26.

²¹⁸ Gerecht 10 maart 1992, zaak T-14/89 (*Montedipe*) punten 330-332, bevestigd in HvJ EU 8 juli 1999, zaak C-235/92 (*Montecatini*), punt 62. Recentelijk nog bijv. Gerecht T-53/03 (*BPB*), punt 359. De wetgever van de Mededingingswet lijkt dezelfde mening aan te hangen waar hij schrijft: "Bij een voortdurende of voortgezette overtreding gaat de verjaringstermijn pas in op de dag waarop de overtreding is beëindigd." (Kamerstukken II, 30071, nr. 3, p. 25.)

²¹⁹ Zie ook aanwijzing 166 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Stcrt. 2005, 87): "1. Een nieuwe regeling is niet slechts van toepassing op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, doch ook op hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat, zoals bestaande rechtsposities en verhoudingen (onmiddellijke werking). 2. Indien beoogd wordt af te wijken van het eerste lid, wordt dit uitdrukkelijk bepaald." Ter illustratie wijst de NMa op de invoering van een nieuwe verjaringsregeling in het Wetboek van Strafrecht bij wet van 5 juli 2006 (Stb. 2006, 310). De wetgever heeft in de betreffende wet niet bepaald dat de verjaringsregeling (ook) gold voor overtredingen die gepleegd waren vóór invoering van die regeling: ten overvloede heeft de wetgever uitsluitend geëxpliciteerd dat de betreffende regeling niet zou gelden voor zaken die reeds verjaard waren."

van overgangsrecht – onmiddellijke werking – kan immers worden afgeleid dat de wetgever van de AMEW²²⁰ tot een diametraal tegenovergesteld oordeel is gekomen. De wetgever heeft in de verwachting van betrokken ondernemingen over het moment van verjaring van hun overtreding (voor zover die ondernemingen de verjaringstermijn al in hun overwegingen bij de overtreding hebben betrokken) kennelijk geen rechtvaardiging gevonden om af te wijken van de hoofdregel – ‘onmiddellijke werking’.

261. De Adviescommissie heeft in haar advies in de zaak *Meel*²²¹ bevestigd dat als een voortdurende overtreding op zichzelf niet verjaard is, geen sprake kan zijn van verjaring van een deel van de omzet van die voortdurende overtreding.
262. De Raad 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.

4.2 *Verdeling in tranches*

263. Diverse handelaren hebben bedenkingen geuit²²² tegen de keuze van de NMa 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 executievelingen. 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 in de eerste tranche betrokken zijn, worden benadeeld. Zij kunnen immers niet meer reageren op de verweren die door handelaren in de tweede en derde tranche alsdan naar voren worden gebracht, terwijl die verweren wellicht evenzeer door de bezwaarmakers kunnen worden gevoerd.
264. Dit betoog treft geen doel. In navolging van de Adviescommissie stelt (ook) de Raad 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 de Raad vrij om, uit een oogpunt van opportuniteit en procesorde, niet in een ronde tegen alle personen die als handelaren zijn betrokken bij executievelingen besluiten te nemen, maar deze in drie tranches in te delen. De handelaren hebben onvoldoende onderbouwd dat zij door deze werkwijze in hun verdedigingsbelangen zijn geschaad. De Raad acht een dergelijke schending ook overigens niet aannemelijk.²²³

²²⁰ Wet van 28 juni 2007, Stb. 2007, 284, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet. Inwerkingtreding: 1 oktober 2007 (Stb. 2007, 291).

²²¹ Advies van de Adviescommissie in zaak 6306/*Meel*, 16 augustus 2011, rnr. 45-50.

²²² Zie onder meer het bezwaarschrift van de heer [vertrouwelijk] (dossierstuk 6538_1/1368) en de opmerkingen van de heer [vertrouwelijk] c.s. ter hoorzitting (dossierstuk 6538_1/1259-1263).

²²³ Zie ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 12-14.

4.3 *Vooringenomenheid van de Raad*

265. Betrokken handelaren voeren aan dat de heer F.J.H. Don, lid van de Raad van Bestuur van de NMa, in een interview aan Elsevier in juli 2011 een voorschot heeft genomen op de besluitvorming in deze zaak en daarmee heeft gehandeld in strijd met artikel 2:4 Awb en/of artikel 6, tweede lid, EVRM.²²⁴ Uit dat interview zou kunnen worden opgemaakt dat de betrokken handelaren, in de ogen van de heer Don, schuldig zijn terwijl op dat moment nog geen hoor en wederhoor had plaatsgevonden. Ook verwijzen de betrokken handelaren naar andere, in hun ogen negatieve, persuitlatingen, te weten het persbericht van de NMa en de NOS- en RLT4-nieuwsuitzendingen in april 2011 en een artikel in het NMa Magazine uit juli 2011.²²⁵
266. De vooringenomenheid van de Raad zou ook blijken uit het feit dat hij geen acht heeft geslagen op ontlastende verklaringen, maar zich slechts heeft gebaseerd op verklaringen die zijn conclusies onderschrijven.²²⁶
267. Voorts wordt gesteld dat er als gevolg van het feit dat de heer Don niet aan de besluitvorming heeft deelgenomen, een bevoegdheidsgebrek kleeft aan de bestreden besluiten.²²⁷ Doordat de heer Don zich had teruggetrokken, bleven er slechts twee bestuursleden over die tezamen de besluiten hebben genomen. Echter, zo vervolgen handelaren, de bevoegdheid om besluiten te nemen komt alleen toe aan de Raad als zodanig en niet aan individuele leden. Daar komt bij, aldus deze handelaren, dat bij afwezigheid van een van zijn leden, de Raad alleen nog maar besluiten bij unanimitieit kan nemen, hetgeen in strijd is met het bestuursreglement.
268. Zoals ook de Adviescommissie overweegt, treft het betoog omtrent vooringenomenheid geen doel.²²⁸ Van vooringenomenheid van de heer Don is geen sprake. Voorts is van belang dat de heer Don zorgvuldigheidshalve, en teneinde elke schijn van vooringenomenheid te vermijden, heeft besloten niet deel te nemen aan de besluitvorming in deze zaak. Van totstandkoming van dit besluit in strijd met artikel 2:4 Awb en/of artikel 6, tweede lid, EVRM is dan ook geen sprake. Van schending van artikel 6, tweede lid, EVRM, kan naast de hiervoor genoemde redenen, bovendien geen sprake zijn, nu, zoals ook door de Adviescommissie is opgemerkt, de reikwijdte van deze bepaling is beperkt tot de gerechtelijke procedure.

²²⁴ Dossierstuk 6538_1/1377, paragraaf 6.1.

²²⁵ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 202.

²²⁶ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 217.

²²⁷ Dossierstuk 6538_1/1370, pt. 13.

²²⁸ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 20.

269. 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.²²⁹ 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.
270. Ook de stelling dat als gevolg van het feit dat de heer Don niet heeft deelgenomen aan de besluitvorming een bevoegdheidsgebrek kleeft aan de bestreden besluiten verwerpt de Raad, op de gronden die ook de Adviescommissie in haar advies heeft opgenomen.²³⁰

4.4 *Onbetrouwbaarheid clementieverklaring*

271. In hun zienswijzen betogen betrokken handelaren²³¹ dat de door [vertrouwelijk] afgelegde verklaring van 21 december 2009²³² op onderdelen maar ook als geheel een onjuiste weergave van de feiten betreft, omdat de heer [vertrouwelijk] dyslectisch is.
272. Betrokken handelaren betogen voorts dat [vertrouwelijk] 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 heer [vertrouwelijk] voor de periode na 2005 geen groot gewicht worden toegekend, zo begrijpt de Raad betrokken handelaren.²³³
273. De Raad stelt vast dat de heer [vertrouwelijk] op 20 november 2009 aan clementiefunctionarissen heeft meegedeeld aan dyslexie te lijden. Deze mededeling volgde op het verzoek van een clementiefunctionaris van de NMa aan de heer [vertrouwelijk] een ondernemersverklaring te overleggen.²³⁴
274. Vaststaat dat de heer [vertrouwelijk] drie clementieverklaringen heeft afgelegd. Eén verklaring, de hiervoor bedoelde ondernemingsverklaring, is gedateerd 21 december 2009

²²⁹ Zie ook de Adviescommissie: dossierstuk 6538_1/1447, pt. 22.

²³⁰ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 21.

²³¹ Dossierstuk 6538_1/1370, pt. 77.

²³² Dossierstuk 6538_1/409, p. 1-31.

²³³ Dossierstuk 6538_1/1377, randnummer 230.

²³⁴ Dossierstuk 6538_1/409, p. 162.

en ondertekend door onder andere de heer [vertrouwelijk].²³⁵ De tweede verklaring is op 28 januari 2010 door de heer [vertrouwelijk] afgelegd ten overstaan van drie ambtenaren van de NMa en is door hem ondertekend.²³⁶ De derde verklaring is op 18 maart 2010 door de heer [vertrouwelijk] afgelegd ten overstaan van wederom drie ambtenaren van de NMa en is door hem ondertekend. Ten aanzien van de twee laatstgenoemde verklaringen hebben ambtenaren van de NMa naar waarheid opgemaakte Verslagen van Ambtshandelingen opgesteld.²³⁷

275. De Raad heeft geconstateerd dat de drie verklaringen inhoudelijk overeenstemmen. De drie verklaringen van de heer [vertrouwelijk] worden bevestigd door verklaringen van andere handelaren. Ook hetgeen de heer [vertrouwelijk] in zijn verklaringen over de functie van inzetlijsten heeft gezegd, over de verhouding tussen inzetfase en afmijnfase, over de naveiling/uitzet en over de mogelijkheid voor handelaren om mee te doen, vindt steun in het dossier. Ook de door de heer [vertrouwelijk] gegeven toelichting op jargon als “de zaak dicht krijgen” en “plonzen”, wordt door de heer [vertrouwelijk] bevestigd.²³⁸ De Raad 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,²³⁹ is de blote stelling dat verklaringen van een dyslecticus als onbetrouwbaar dienen te worden aangemerkt, onjuist.
276. Dat de verklaringen van de heer [vertrouwelijk], wat zijn beschrijving van de werking van de gedragingen betreft, slechts betrekking zouden kunnen hebben op de periode tot aan 2005, volgt de Raad niet. Uit de dossierstukken en verklaringen van andere handelaren is gebleken dat de gedragingen, zoals onder andere door de heer [vertrouwelijk] beschreven, ook plaatsvonden ná 2005. Bovendien stelt de Raad 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.
277. Bij de Raad bestaat, gelet op het voorgaande, dan ook geen twijfel over de betrouwbaarheid van de clementieverklaringen van de heer [vertrouwelijk], ook niet wat betreft de periode na 2005.²⁴⁰

²³⁵ Dossierstuk 6538_1/409, p. 48-78.

²³⁶ Dossierstuk 6538_1/398.

²³⁷ Dossierstuk 6538_1/449.

²³⁸ Zie randnummer 85 van dit besluit.

²³⁹ Dossierstuk 6538_1/1447, pt. 27.

²⁴⁰ Een en ander mede in het licht van CBb 28 februari 2008, LJN: BC6104.

4.5 Eerder onderzoek naar executieveilingen

278. Naar aanleiding van eerder onderzoek door de NMa in 2005 hebben de betrokken handelaren aangevoerd dat de Raad in het kader van de huidige zaak onzorgvuldig heeft gehandeld.²⁴¹ De NMa 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.
279. Voorts heeft de Raad, aldus de betrokken handelaren, gehandeld in strijd met vertrouwensbeginsel. Daartoe wijzen zij op het onderzoek dat de NMa in de jaren 2005-2006 heeft verricht, waarbij onvoldoende bewijs voorhanden was voor overtreding van de Mededingingswet. De gedragingen die de Raad thans constateert, zouden niet afwijken van de gedragingen die de NMa toentertijd reeds heeft geconstateerd, aldus betrokken handelaren. Nadat de NMa 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 handelwijze conform het mededingingsrecht was. De Raad 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 de Raad zijn recht tot beboeting van de handelaren hebben verwerkt, althans in ieder geval wat betreft de periode tot 2006, aldus (nog steeds) de handelaren.²⁴²
280. De Raad deelt allereerst niet het standpunt dat het eerdere NMa-onderzoek “ontlastende bevindingen” zou bevatten. Evenmin kan de Raad het betoog volgen dat de omstandigheid dat de NMa 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 2006.²⁴³ Van schending van artikel 6 EVRM of het *fair play* beginsel, is naar het oordeel van de Raad geen sprake.
281. De Raad is, in navolging van de Adviescommissie, van oordeel dat geen sprake is van schending van het vertrouwensbeginsel.²⁴⁴ Daartoe overweegt hij als volgt.

²⁴¹ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 217.

²⁴² Dossierstuk 6538_1/1377, paragraaf 7. De heer [vertrouwelijk] c.s. 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).

²⁴³ www.nma.nl.

²⁴⁴ Zie Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 32.

282. 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.
283. De NMa heeft nimmer aan handelaren medegedeeld dat wat zij deden in overeenstemming was met de Mededingingswet. De NMa heeft in het persbericht van januari 2006 slechts naar buiten gebracht geen concreet bewijsmateriaal van een inbreuk van de mededingingswet te hebben aangetroffen.
284. Evenmin konden handelaren vertrouwen ontleenen aan het feit dat de NMa geen handhavingsmaatregelen heeft genomen en niet heeft aangegeven op welke wijze handelaren zouden moeten handelen.²⁴⁵ Daarnaast staat het de NMa vrij, op grond van het opportuniteitsbeginsel, om beleidsprioriteiten te stellen. Dat wil zeggen dat de NMa kan besluiten om bepaalde vermeende overtredingen niet terstond te onderzoeken.²⁴⁶
285. Voor zover handelaren een parallel trekken met de zaak-*Checkpoint* van het Gerechtshof Den Haag van 2 februari 2012²⁴⁷ is de Raad 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 de NMa in 2006 niet tot handhaving is overgegaan, betekent niet dat zij daarmee de situatie op de executieveilingen actief heeft gedoogd. Integendeel, de NMa heeft expliciet aangegeven dat zij toekomstig onderzoek niet kon uitsluiten, maar op dat moment vanwege onvoldoende bewijs daar niet toe overging.²⁴⁸

4.6 *Redelijke termijn bij het indienen van zienswijzen*

286. Volgens verschillende betrokken handelaren hebben zij te weinig tijd gehad om een adequate verdediging te voeren, zowel in de zienswijze-fase als in de bezwaarfase.²⁴⁹ De Raad dient in het kader van de zorgvuldigheid te bewaken, zo stellen verschillende

²⁴⁵ Vgl. HvJ 15 mei 1975, zaak 71/74 (*Frubo*).

²⁴⁶ Aldus ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 35.

²⁴⁷ Hof Den Haag 2 februari 2012, LJN: BV2572 (*Checkpoint*)

²⁴⁸ Aldus ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 36.

²⁴⁹ Dossierstuk 6538_1/1370, pt. 14-16; dossierstuk 6538_1/1368, pt. 33.

betrokken handelaren, dat termijnen ook redelijk zijn. Als de wettelijke termijn te kort is, dient de Raad verlenging te geven.

287. De Raad is van oordeel dat het betoog van de betreffende handelaren niet slaagt. Het rapport in deze zaak dateert van 28 april 2011. Op 1 juni 2011 is het dossier toegezonden aan betrokken handelaren. Hun is een termijn gegund tot 19 augustus 2011 om hun zienswijzen in te dienen. De hoorzitting vond plaats op 1 en 2 september 2011. Dit betekent dat betrokken handelaren op het moment van de hoorzitting meer dan vier maanden de beschikking hadden over het rapport en drie maanden de beschikking hadden over het dossier.
288. Na toezending van de primaire besluiten op 13 december 2011 hebben de handelaren gebruik gemaakt van de mogelijkheid daartegen een bezwaarschrift in te dienen. Voor zover zij hebben volstaan met een pro-forma bezwaarschrift is aan hen de gelegenheid geboden hun bezwaarschriften aan te vullen en is een termijn gesteld tot 6 maart 2012 om nadere gronden van bezwaar in te dienen. De Raad acht deze termijnen niet onredelijk, zoals ook de Adviescommissie heeft overwogen. Te meer aangezien de handelaren tot 10 dagen voor de hoorzitting van 19 juni 2012, derhalve tot en met 8 juni 2012, de gelegenheid hebben gehad (schriftelijk) aanvullende argumenten in te dienen, waarbij zij hun (juridische) gronden nog op de hoorzitting zelf hebben kunnen uiteenzetten. De Raad is van oordeel dat aldus de handelaren een voldoende lange termijn is gegund om op een adequate wijze verweer te voeren. Niet kan worden geoordeeld dat de handelaren in hun verdedigingsbelangen zijn geschaad.²⁵⁰

4.7 *Volledigheid van het dossier*

289. Diverse handelaren stellen dat zij in hun rechten van verdediging zijn geschaad, aangezien het bewijsdossier onvolledig is.
290. [Vertrouwelijk] c.s. stelt dat dossierstuk 6538_1/1397, inhoudende de verklaring van Winkens van SNS Bank, ontbreekt.²⁵¹ [Vertrouwelijk] c.s. stelt dat de correspondentie tussen de NMa en de Belastingdienst ontbreekt, waarnaar in subdossier 6538_2 wordt verwezen.²⁵² Ook [vertrouwelijk] stelt dat de verklaringen van [vertrouwelijk] ontbreekt, alsmede dossierstuk 6538_1/1377 (het bezwaarschrift dat door [vertrouwelijk] namens [vertrouwelijk] c.s. is ingediend) en alle dossierstukken 6538_1/1157 en hoger.²⁵³

²⁵⁰ Zie ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 41.

²⁵¹ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 242.

²⁵² Dossierstuk 6538_1/1370, pt. 17.

²⁵³ Dossierstuk 6538_1/1368, pt. 34.

291. Wat betreft het betoog dat in het bewijsdossier ontbreken de verklaring van [vertrouwelijk] van SNS Bank, correspondentie tussen de NMa en de Belastingdienst, en het bezwaarschrift van [vertrouwelijk] c.s., merkt de Raad het volgende op. De genoemde verklaring en het bezwaarschrift zijn nog voor de hoorzitting²⁵⁴ aan het bewijsdossier toegevoegd. Over de correspondentie tussen de NMa en de Belastingdienst heeft de NMa, bij brief van 1 juli 2011, aan een advocaat van betrokken partijen bericht dat de desbetreffende stukken zijn vervallen, niet als op de zaak betrekking hebbende stukken zijn aan te merken, of interne documenten betreffen. De Raad merkt op dat de verdere correspondentie tussen de Belastingdienst en de NMa, alsmede de dossierstukken met nummer 6538_1/1157 en hoger wel in het bewijsdossier zijn opgenomen. Gelet op het voorgaande is de Raad van oordeel, in navolging van de Adviescommissie, dat de betrokken handelaren niet in hun verdedigingsbelangen zijn geschaad. Zoals hiervoor overwogen, hebben de betrokken handelaren afdoende gelegenheid gehad een reactie op deze stukken in hun bezwaar te betrekken.²⁵⁵
292. Sommige betrokken handelaren voeren in hun zienswijzen aan dat uit de nummering van in het (digitale) dossier opgenomen documenten volgt dat een groot aantal andere documenten niet in het dossier is opgenomen.²⁵⁶ De Raad heeft de werking van haar interne registratiesysteem, waardoor de nummering niet doorlopend is, uitgebreid uiteengezet in de openbare versie van de primaire besluiten van onderhavige eerste tranche. Gelet op het voorgaande ziet de Raad niet aanleiding over te gaan tot het opmaken en het overleggen van de gevraagde lijst.

4.8 Cautie bij schriftelijke vragen door de NMa; bevragingstechniek; medewerkingsplicht bij mondelinge vragen

293. Verschillende betrokken handelaren zijn van mening dat in het informatieverzoek van de NMa van 11 november 2009²⁵⁷ ten onrechte de cautie ontbreekt: betrokken handelaren zijn niet gewezen op hun recht geen verklaring af te leggen.²⁵⁸ Ook zou de NMa, door haar vraagstelling bij het informatieverzoek van 11 november 2009, die gericht was op het ontlokken van een erkenning van de inbreuk, de rechten van verdediging hebben

²⁵⁴ Dossierstuk 6538_1/1423.

²⁵⁵ Zie ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 45.

²⁵⁶ Dossierstuk 6538_1/1370, pt. 20.

²⁵⁷ Dossierstuk 6538_14/2.

²⁵⁸ Dossierstuk 6538_1/1370, p. 8 e.v.

geschonden.²⁵⁹ Voorts zou de NMa, door tijdens mondelinge vragen te wijzen op de medewerkingsplicht ex 5:20 Awb, het *nemo tenetur* beginsel hebben uitgehold.²⁶⁰

– *Cautie en bevragingstechniek*

294. 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 de Raad geen doel.
295. De Raad 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 de Raad valt derhalve ook niet in te zien dat betreffende handelaren aldus in hun rechten van verdediging zijn geschaad.

– *Medewerkingsplicht*

296. De Raad 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. De NMa 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.²⁶¹

4.9 *Zienswijzen met betrekking tot de individuele betrokkenheid*

297. Enkele betrokken handelaren voeren aan dat hun individuele betrokkenheid bij de gedragingen niet kan worden gebaseerd op inzetlijsten. Inzetlijsten geven namelijk niet altijd een accuraat beeld over de betrokkenheid van de daarop vermelde handelaren. Er wordt op gewezen dat het voorkomt dat een handelaar die rondgaat met de ploklijst, handelaren op de lijst zet hoewel zij *niet* hebben aangegeven op de lijst te willen. Door deze valse vermelding kan een handelaar die de lijst opmaakt, wat extra ploggeld opstrijken.²⁶²

²⁵⁹ Dossierstuk 6538_1/1370, pt. 58 e.v.

²⁶⁰ Dossierstuk 6538_1/1370, p. 8 e.v.

²⁶¹ Zie ook de Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, pt. 50.

²⁶² Dossierstuk 6538_1/1259, p. 22.

298. Dit betoog slaagt niet. Indien en voor zover dit “vals spel” incidenteel voorkomt, ontkracht dit naar het oordeel van de Raad niet het bestaan van de afspraak en de deelname aan de afspraak door de betreffende handelaar. Zijn individuele betrokkenheid is immers op meer bewijsmiddelen gebaseerd dan op uitsluitend ploklijsten.²⁶³

5 Toerekening

299. Op grond van artikel 56, eerste lid, Mw kan de Raad, 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).
300. Artikel 6 Mw richt zich in navolging van de communautaire mededingingsregels tot “ondernemingen”.²⁶⁴ Het begrip “onderneming” omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.²⁶⁵ 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.²⁶⁶
301. 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

²⁶³ Nog daargelaten dat gesteld noch gebleken is dat “vals spel” meer dan incidenteel voorkwam.

²⁶⁴ Zie artikel 1, onder f, Mw.

²⁶⁵ HvJ 23 april 1991, zaak C-41/90 (*Höfner*), punt 21.

²⁶⁶ 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.

302. De Raad stelt vast dat de onderneming [vertrouwelijk] de overtreder is in de zin van artikel 5:1, eerste lid, Awb juncto artikel 56, eerste lid, Mw juncto artikel 6 Mw.
303. Voor de overtreding gepleegd door [vertrouwelijk] houdt de Raad [vertrouwelijk] aansprakelijk voor 537 woningen, zoals volgt uit en gepreciseerd in *Bijlage 1*.

6 Boete

6.1 *Beoordelingskader*

304. Ingevolge artikel 56, eerste lid, onder a, Mw kan de Raad 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.
305. Op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb stemt de Raad de boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten.
306. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de Minister van Economische Zaken op grond van artikel 5d Mw beleidsregels vastgesteld om de Raad richting te geven bij de uitoefening van zijn bevoegdheid tot het opleggen van boetes. Omdat de betrokkenheid van [vertrouwelijk] bij de overtreding van het kartelverbod na 1 oktober 2009 heeft voortgeduurd, zijn de Boetebeleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009 (“Boetebeleidsregels”) van toepassing.²⁶⁷
307. Op grond van de Boetebeleidsregels wordt de boete vastgesteld in verschillende stappen. Allereerst bepaalt de Raad 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.
308. De Boetebeleidsregels bepalen dat de Raad de boete vaststelt met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad kan van de Boetebeleidsregels afwijken indien onverkorte toepassing daarvan tot evidente onbillijkheid leidt.

²⁶⁷ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 14079.

309. In het hierna volgende zal de Raad de boete voor [vertrouwelijk] aan de hand van de Boetebeleidsregels stapsgewijs bepalen en motiveren.

6.2 Boetegrondslag

310. Het startpunt bij de boetetoemeting is het vaststellen van de boetegrondslag. Zoals blijkt uit artikel 4, eerste lid, en artikel 5 van de Boetebeleidsregels baseert ACM de boetegrondslag op de betrokken omzet van de overtreder.
311. De betrokken omzet is in artikel 1, onder b, van de Boetebeleidsregels gedefinieerd als de opbrengst die door de overtreder tijdens de duur van de overtreding is behaald met levering van goederen en diensten waarop de overtreding betrekking heeft.
312. 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.
313. In de hiervoor geschetste situatie dat de betrokken omzet niet kan worden bepaald aan de hand van de definitiebepaling, voorziet artikel 4, vierde lid, van de Boetebeleidsregels. 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 Boetebeleidsregels.
314. 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.
315. 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

316. ACM neemt als startpunt de op de officiële veiling tot stand gekomen inkooprijzen van de woningen waarbij het verband van handelaren betrokken is.²⁶⁸ ACM heeft voor het vaststellen van de inkooprijzen gebruik gemaakt van de gegevens van het Kadaster.²⁶⁹ ACM heeft vervolgens de mediaan van de inkooprijzen van deze woningen vastgesteld. De mediaan is EUR 125.000.²⁷⁰
317. Het uitgangspunt van de Boetebeleidsregels 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 boetegrondslag: mate van betrokkenheid bij het complex van gedragingen

318. Om tot een passende boetegrondslag voor een handelaar te komen, stelt ACM in heroverweging het eerste deel van de boetegrondslag 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 boetegrondslag derhalve vast op EUR 55 per besmette woning.²⁷¹
319. 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.

²⁶⁸ Vgl. NMa-besluit 14 januari 2003, zaak 2269 / Garnalen met betrekking tot de groothandelaren. Zie Rechtbank Rotterdam 20 juni 2006 (*Garnalen*), LJV AX9223, ov. 2.4.7, waarin de rechtbank heeft geoordeeld dat ACM evident heeft kunnen uitgaan van de inkooprijzen.

²⁶⁹ ACM acht in dit verband van belang dat het Kadaster een objectieve bron is.

²⁷⁰ De mediaan is de middelste inkoopprijs van de verzameling inkooprijzen als deze in oplopende grootte worden gesorteerd. ACM heeft – ten voordele van de overtreder – niet de gemiddelde inkoopprijs tot uitgangspunt genomen bij het bepalen van de boetegrondslag. De mediaan acht ACM in het licht van de verdeling van inkooprijzen meer passend dan het (hogere) gemiddelde van de inkooprijzen.

²⁷¹ 1% van de verkoopprijs gedeeld door 25 handelaren (= EUR 137.500 * 0.01 / 25 → EUR 137.500 * 0,0004 = EUR 55).

Tweede deel van de boetgrondslag: vastgestelde effecten van de overtreding

320. 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 langer op 1% zoals in het bestreden besluit. ACM stelt het tweede deel van de boetgrondslag vast op EUR 550 per woning die is nageveild na afmijnen.²⁷²
321. 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 boetgrondslag ingevolge de Boetebeleidsregels 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 boetgrondslag

322. Het eerste deel van de boetgrondslag voor een betrokken handelaar wordt bepaald door de boetgrondslag per besmette woning te vermenigvuldigen met het aantal woningen waarbij de betreffende handelaar is betrokken. Het tweede deel van de boetgrondslag wordt bepaald door de boetgrondslag 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>	<u>EUR</u>	<u>XXX +</u>
Totale boetgrondslag betrokken handelaar =	EUR	XXX

323. De boetgrondslag is de som van het eerste en het tweede deel van de boetgrondslag. 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.
324. 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.²⁷³ Gelet op de wijze waarop de boetgrondslag tot stand

²⁷² 10% van de verkoopprijs gedeeld door 25 handelaren (= EUR 137.500* 0.1 / 25 → EUR 137.500*0,004 = EUR 550.

²⁷³ Zie bijv. bezwaarschrift [vertrouwelijk], punt 311 e.v.

komt, is ACM van oordeel dat zij met deze omstandigheid rekening heeft gehouden, zowel bij het eerste als het tweede deel van de boetegrondslag.

325. 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.²⁷⁴ In de feiten en omstandigheden (paragraaf 2.2.8 besluit in primo) en in hoofdstuk 3 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.
326. De Adviescommissie heeft verder in haar advies in de tweede en derde tranche (“Advies 2”) erop gewezen dat ACM:
- a. 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’);²⁷⁵
 - b. 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.²⁷⁶ 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;²⁷⁷
 - c. 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.²⁷⁸

Hoewel Advies 2 niet rechtstreeks ziet op de besluiten in de eerste tranche heeft ACM, uit oogpunt van zorgvuldigheid, het bovenstaande op de 2e en 3e tranche betrekking

²⁷⁴ Adviescommissie, dossierstuk 6538_1/1447, punt 142.

²⁷⁵ Id., punten 86-88.

²⁷⁶ Id., punten 88-90.

²⁷⁷ Id., punt 89.

²⁷⁸ Id., punten 92-95.

hebbende advies(onderdeel) ook betrokken in haar overwegingen bij de vaststelling van het onderhavige besluit.

327. 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.
328. 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.
329. 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.
330. In de randnummers 91 – 95 van Advies 2, adviseert de Adviescommissie tot verlaging van de ernstfactor ten aanzien van de handelaren in de 2^e en 3^e tranche.
331. ACM geeft geen gevolg aan dit advies van de Adviescommissie, en overweegt daartoe als volgt. 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 hun gedragingen. Alle beboete handelaren waren immers bij meerdere 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

332. ACM stelt, op basis van *Bijlage 1*, vast dat Handelaar betrokken is bij 537 besmette woningen. ACM heeft 144 naveilingen na afmijnen geïdentificeerd waarbij Handelaar was betrokken.
333. Tevens volgt uit deze bijlage dat Handelaar bij de afspraak betrokken is geweest gedurende de periode van 5 februari 2003 tot 12 oktober 2009.²⁷⁹
334. ACM stelt het eerste deel van de boetegrondslag voor Handelaar vast op EUR 537 maal 55 = EUR 29.535; het tweede deel van de boetegrondslag op EUR 144 maal 550 = EUR 79.200. De som van de twee delen is de totale boetegrondslag en bedraagt voor Handelaar EUR 108.735.

6.3 Basisboete

335. De basisboete wordt bepaald door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een ernstfactor. De ernstfactor weerspiegelt de ernst van de overtreding.
336. 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. Bij de beoordeling van de economische context houdt de Raad onder meer rekening met de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken overtreders alsmede met het al dan niet gezamenlijke marktaandeel, de structuur van de markt en met de geldende regelgeving en houdt de raad tevens rekening met de afbreuk of potentiële afbreuk aan het normale mededingingsproces en de weerslag op de economie die de betreffende gedraging in het algemeen heeft (artikel 6, tweede lid, van de Boetebeleidsregels).
337. ACM onderscheidt 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen. Verstreckende horizontale afspraken worden als een zeer zware overtreding (artikel 6, derde lid, van de Boetebeleidsregels).
338. ACM zal in het navolgende uiteenzetten op welke waarde de ernstfactor wordt vastgesteld en welke omstandigheden daarvoor van belang zijn.
339. 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

²⁷⁹ Dit terwijl de afspraak ten minste duurde vanaf 13 juni 2000 tot en met 20 november 2009.

die samenwerking biedt. De concurrentie op de executieveiling is door het verband van handelaren beperkt, vervalst en gefrustreerd.

340. 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 verstrekkende 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 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.
341. 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.
342. 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.
343. Voorts wijst ACM erop dat het verband van handelaren, door middel van de kartelafspraken, het veilingproces, en dus de structuur van de markt, ernstig heeft ontwricht.²⁸⁰
344. 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

²⁸⁰ Vgl. HvJ 6 oktober 2009, zaak C-501/06 (*GlaxoSmithKline*), punt 62-64.

voorgedrukte inzetlijsten geadmistreerd en uitgekeerd aan de overige karteldeelnemers. Ook werden in voorkomende gevallen administratiekosten gerekend, hetgeen door de andere karteldeelnemers kennelijk gerechtvaardigd werd bevonden.²⁸¹

345. 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 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."²⁸²
346. 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.²⁸³
347. 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.
348. 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 271.837.

²⁸¹ Dossierstuk 6538_13/9, p.9.

²⁸² Zie paragraaf 2.2.7.

²⁸³ Zie Advies 2, punten 92-95.

6.4 Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

6.4.1 Beoordeling door ACM

349. Op grond van artikel 12, eerste lid, Boetebeleidsregels neemt de Raad boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.
350. Van dergelijke omstandigheden is ACM in deze zaak niet gebleken.

6.4.2 Beoordeling van de standpunten van handelaren

351. De betrokken handelaren hebben betoogd dat sprake is van afwezigheid van alle schuld.²⁸⁴ 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.
352. 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*.
353. 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.²⁸⁵ Zij verwijzen daartoe met name naar uitlatingen en gedragingen van derden, te weten 1) ACM in haar persbericht van 18 januari 2006²⁸⁶ 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 uitlatingen en/of bepaalde gedragingen van anderen.
354. 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

²⁸⁴ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 421.

²⁸⁵ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 246 e.v.

²⁸⁶ www.nma.nl.

gedragingen in strijd komen met een wettelijke bepaling. Het nalaten daarvan komt voor risico van de betrokkene.

355. Bovendien kan slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden aan die eigen verantwoordelijkheid invulling worden gegeven door te verwijzen naar een mededeling 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.²⁸⁷

Persbericht NMa 18 januari 2006

356. 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.”²⁸⁸ (onderstreping ACM)

357. 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 uitlating van ACM dat het gedrag van betrokken handelaren niet in strijd komt met artikel 6 Mw is in dat persbericht geen sprake.
358. 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.
359. Dat bij handelaren de perceptie leeft dat in dat persbericht is aangegeven dat hun

²⁸⁷ Deze bijzondere verantwoordelijkheid wordt ook wel de “*Garantenstellung*” genoemd.

²⁸⁸ www.nma.nl.

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

360. 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.”²⁸⁹
361. 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”.
362. 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

363. Betrokken handelaren voeren voorts aan dat zij uit de wijze waarop notarissen zich tijdens executieveilingen opstelden, hebben mogen afleiden dat hun afspraken en gedragingen geoorloofd 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.²⁹⁰
364. 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.
365. ACM heeft bovendien vastgesteld, aan de hand van de verklaringen in het dossier, dat

²⁸⁹ Notariaat Magazine, nummer 2, februari 2006.

²⁹⁰ Dossierstuk 6538_1/1377, pt. 271.

handelaren doorgaans buiten het zicht van notarissen uitvoering gaven aan hun afspraken²⁹¹, of zich “subtieler” moesten gaan gedragen om op de inzetlijst vermeld te worden.²⁹² 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.

366. 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.
367. 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

368. Een groot aantal handelaren heeft een zogenoemd ‘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.
369. 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

²⁹¹ Dossierstuk 6538_1/646, p. 1-2.

²⁹² 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.”

wel grotere impact heeft dan op een gepensioneerde handelaar.

370. 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 13-17.²⁹³
371. 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.
372. 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.
373. 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.
374. 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

²⁹³ ECLI:NL:RBROT:2013:9860

meer 'symbolische' aard.²⁹⁴

375. 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 veilingsysteem voor collusie.

6.5 Wettelijk maximum

376. 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.
377. ACM stelt vast dat het boetemaximum niet wordt overschreden.

6.6 [vertrouwelijk]

378. [vertrouwelijk].
379. [vertrouwelijk].
380. [vertrouwelijk].
381. [vertrouwelijk].
382. [vertrouwelijk].

6.7 Vaststelling van de hoogte van de boete

383. Gelet op het bepaalde in artikel 19 van de Boetebeleidsregels stelt ACM de boete vast op

²⁹⁴ Zie Advies 2, punt 32.

Openbaar

EUR 225.000.

Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart de bezwaren van [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], deels gegrond;
- II. legt aan [vertrouwelijk] een boete op van EUR 225.000;
- III. handhaaft, onder aanvulling van de motivering, haar besluit van 7 januari 2013.

Datum, 9 juli 2014

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. C.A. Fonteijn
Bestuursvoorzitter