

AANGETEKENDE

AAN Autoriteit Consument en Markt
Juridische Zaken
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

VAN mr.dr. T.N. Sanders
Advocaat
TELEFOON +31 88 2535919
FAX +31 88 2535934
E-MAIL tsanders@akd.nl

Tevens per e-mail: griffie.jz@acm.nl

BEZOEKADRES Vlaszak 67
4811 GX BREDA
POSTADRES Postbus 4714
4803 ES BREDA
Nederland
INTERNET www.akd.nl

DATUM 16 september 2022
ONDERWERP Stichting Erfpachtpachters Belangen
Amsterdam / ACM
UW KENMERK ACM/22/177566, ACM/22/178305 en
ACM/22/178447
ONS KENMERK 1009523

- BEZWAARSCHRIFT -

- VERZOEK OM INSTEMMING MET RECHTSTREEKS BEROEP -

Geachte heer, mevrouw,

Namens Stichting Erfpachters Belang Amsterdam, het Nederlands instituut voor Erfpacht B.V., de heer K.M. de Lange, mevrouw H.C.M. Heyning en mevrouw M. de Wildt (hierna: gezamenlijk de '**Stichting**'), treft u hierbij een bezwaarschrift gericht tegen een drietal besluiten van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de '**ACM**') van 8 augustus 2022 in zaaknummers ACM/22/177566, ACM/22/178305, en ACM/22/178447 (hierna gezamenlijk: het '**prioriteringsbesluit**' – **bijlage 1**). Een uittreksel uit het handelsregister aangaande de Stichting Erfpachters Belang Amsterdam en het Nederlands instituut voor Erfpacht B.V. treft u als **bijlage 2**.

Het prioriteringsbesluit strekt tot het afwijzen van de handhavingsverzoeken van de Stichting op grond van een prioriteitstelling door de ACM. De ACM acht het niet doeltreffend of doelmatig om nader onderzoek te doen naar de handhavingsverzoeken van de Stichting. Hier kan de Stichting zich niet mee verenigen, reden voor dit bezwaarschrift.

De Stichting verzoekt u daarnaast om in te stemmen met rechtstreeks beroep op grond van artikel 7:1a Awb. Dit verzoek motiveert de Stichting aan het einde van dit bezwaar.

1. Samenvatting

- 1.1. De ACM heeft bij het prioriteringsbesluit het toetsingskader miskend. Om een handhavingsverzoek 'weg te kunnen prioriteren' moet – gelet op de rechtspraak – ten minste duidelijk zijn over welke overtreding het gaat. Dat vergt enig inhoudelijk onderzoek naar de aard en ernst van de overtreding, of een aanname dát de overtreding er is in een bepaalde omvang. Dat heeft de ACM echter niet gedaan. De ACM laat in het prioriteringsbesluit namelijk in het

#22433971v1

AKD N.V. is statutair gevestigd in Rotterdam. Derdenrekening: NL28INGB0678001677. Voor algemene voorwaarden en beperking van de aansprakelijkheid zie achterzijde.

midden of er een overtreding is, en heeft evenmin aangenomen dát de overtreding er is bij de belangenafweging. Daarmee is de belangenafweging in het prioriteringsbesluit in feite verricht zonder te weten hoe ernstig de overtreding zou zijn waar het om gaat. Het prioriteringsbesluit dient alleen al hierom herroepen te worden.

- 1.2. Voor zover wel voldoende onderzoek zou zijn verricht, dan meent de Stichting dat de ACM haar eigen prioriteringsbeleid onjuist heeft toegepast. Uit het prioriteringsbeleid volgt namelijk dat de ACM drie criteria dient te onderzoeken en "*in samenhang*" dient te bezien. De ACM heeft het handhavingsverzoek in het prioriteringsbesluit echter enkel aan één criterium onderzocht en op basis daarvan de zaak afgedaan. Onderzoek naar aanleiding van het handhavingsverzoek zou volgens de ACM onvoldoende doeltreffend en doelmatig zijn. De overige twee criteria (maatschappelijk belang en consumentenwelvaart) heeft de ACM niet (kenbaar) betrokken bij de afweging. Ten onrechte. De ACM had de overige twee criteria moeten onderzoeken, afwegen bij de belangenafweging en moeten motiveren waarom die belangen niet alsnog nopen tot handhaving in dit geval. Had de ACM dat wel gedaan, dan was snel gebleken dat 200.000 consumenten worden geraakt (zodat de consumentenwelvaart in grote mate in het geding is) en dat er een groot maatschappelijk belang wordt geraakt (getuige de betrokkenheid van de Tweede Kamer en het feit dat de ACM het onderwerp woningmarkt zelf op de ACM-agenda 2022-23 heeft geplaatst). Het doorslaggevend achten van de doelmatigheid en de doeltreffendheid is niet verdedigbaar.
- 1.3. Het prioriteringsbesluit is ook overigens in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel tot stand is gekomen. De ACM heeft ten onrechte aangenomen dat het belang van de doelmatigheid en doeltreffendheid noopt tot het afzien van (nader) onderzoek of handhaving in dit geval. De ACM heeft in het geheel niet onderbouwd dat het behandelen van het handhavingsverzoek van de Stichting ten koste gaat van de capaciteit die beschikbaar is om andere zaken te onderzoeken. Ook wordt het belang van de verschillende onderzoeken niet tegen elkaar afgewogen. De ACM onderbouwt verder niet waarom zij verwacht dat andere partijen (de gemeente Amsterdam, dan wel de Tweede Kamer) de gesignaleerde problemen zullen gaan ondervangen. Dat klemt te meer, omdat de gemeente Amsterdam heeft aangekondigd niets te zullen wijzigen. Verder acht de ACM om onbegrijpelijke redenen relevant dat het onduidelijk is wat de mogelijke effecten van haar ingrijpen zouden zijn. Dat zou juist een reden moeten zijn om onderzoek uit te voeren, en niet een reden om ervan af te zien. De ACM meent tot slot ten onrechte dat het niet uit te sluiten is dat de verzoekers om handhaving door ACM ingrijpen feitelijk zou worden benadeeld. Dat is niet het geval, maar bovendien is het niet aan de ACM om dat voor de Stichting te bepalen.
- 1.4. Kortom: het prioriteringsbesluit is gebrekkig en dient herroepen te worden. Er dient alsnog onderzoek uit te worden gevoerd naar de vraag of er een overtreding is.

2. Partijen

2.1. Volledigheidshalve merkt de Stichting op dat dit bezwaar ziet op de volgende procedures:

- Het besluit van de ACM d.d. 8 augustus 2022, zaaknummer ACM/22/178447, inzake het handhavingsverzoek van mevrouw H.C.M. Heyning d.d. 11 april 2022;
- Het besluit van de ACM d.d. 8 augustus 2022, zaaknummer ACM/22/177566, inzake het handhavingsverzoek van de heer K.M. de Lange, de Stichting Erfpachters Belang Amsterdam en het Nederlands instituut voor Erfpacht d.d. 9 februari 2022;
- Het besluit van de ACM d.d. 8 augustus 2022, zaaknummer ACM/22/178305, inzake het handhavingsverzoek van mevrouw M. de Wildt d.d. 6 april 2022;

2.2. Omdat de handhavingsverzoeken in de kern genomen een vergelijkbare inhoud en reikwijdte hebben over dezelfde economische activiteit van de gemeente Amsterdam en de ACM bij de drie besluiten gelijklopende argumentatie heeft gehanteerd, is er in dit bezwaar gekozen om deze drie besluiten gezamenlijk te duiden als het '**prioriteringsbesluit**' en de verzoekers om handhaving gezamenlijk te duiden als de '**Stichting**'.

3. Prioriteringsbesluit

3.1. Bij het Prioriteringsbesluit heeft de ACM – zakelijk samengevat – het volgende beargumenteerd (randnummers verwijzen naar het besluit aangaande het verzoek van De Lange c.s. ACM/22/177566):

- De ACM kan op basis van een globaal onderzoek geen overtreding vaststellen, dus is er geen plicht tot handhaving (randnummer 35 besluit).
- Het vaststellen van een overtreding vergt uitgebreid onderzoek. De middelen daarvoor zijn schaars. Andere onderzoeken zouden moeten worden stilgelegd om dit handhavingsverzoek op te pakken (randnummers 36, 38, 39 besluit).
- De effecten van een interventie van de ACM zijn onduidelijk, omdat er geen nader onderzoek is uitgevoerd (randnummer 39 besluit).
- Het college van Amsterdam gaat aan de slag met de knel- en verbeterpunten die gesignaleerd zijn ten aanzien van het erfpachtbeleid. Dit blijkt uit de onderzoeken die het college en de raad uit hebben gevoerd. Het volgen van de aanbevelingen uit dit onderzoek zou de problemen wegnemen of op zijn minst sterk verminderen (randnummer 40 besluit).

- De Tweede Kamer is ook bezig met het onderwerp consumentenbescherming bij erfpacht door overheden. Een motie van de Kamer roept op tot een betere bescherming en het aanwijzen van de AFM als toezichthouder (randnummer 41 besluit).
- Een volledig handhavingsonderzoek zal volgens de ACM geen effectieve bijdrage leveren aan de discussie. De ACM acht het zelfs mogelijk dat het handhavingsonderzoek belemmerend kan werken omdat andere partijen dan gaan wachten tot de ACM klaar is met haar onderzoek. Dat zou niet in belang van de verzoekers om handhaving zijn (randnummer 42 besluit).
- De ACM besluit vanuit het oogpunt van doeltreffendheid en doelmatigheid om geen onderzoek te doen en het verzoek af te wijzen. Het belang van verdergaand onderzoek in deze zaak weegt minder zwaar dan het belang van (het continueren van) onderzoek in andere zaken (randnummers 37 en 43 besluit).

3.2. Hier kan de Stichting zich niet mee verenigen.

4. Gronden van bezwaar

4.1. Zakelijk samengevat voert de Stichting de volgende gronden van bezwaar aan:

- De ACM miskent het toetsingskader en kan zonder inhoudelijk onderzoek niet rechtmatig een handhavingverzoek afwijzen op grond van prioriteringsoverwegingen;
- De ACM handelt in strijd met haar eigen prioriteringsbeleid;
- De ACM heeft het prioriteringsbesluit in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur genomen nu zij (onder meer) de belangen niet voldoende zorgvuldig heeft afgewogen en het prioriteringsbesluit onvoldoende heeft gemotiveerd.

4.2. Dit zet de Stichting hierna uiteen.

A. ACM miskent toetsingskader bij afzien van handhaving wegens prioritering

4.3. De ACM miskent in het prioriteringsbesluit het toetsingskader voor het beoordelen van een verzoek om handhaving en het toepassen van prioriteringsbeleid bij de beslissing om het verzoek af te wijzen.

4.4. Het uitgangspunt bij handhaving – ook als het de ACM betreft en ook volgens het CBb – is de beginselplicht tot handhaving. Die beginselplicht houdt in dat er alleen in bijzondere omstandigheden kan worden afgezien van handhaving. Zo overweegt het CBb:

“5.6.2. Het College hanteert een vergelijkbaar uitgangspunt, zoals bijvoorbeeld blijkt uit

de uitspraak van 20 augustus 2010, LJN BN4700 (r.o. 7.2.1): “Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving zal, in geval van geconstateerde overtreding (...) NMa ook gebruik moeten maken van zijn bevoegdheden (...) om deze regels te handhaven. Slechts in bijzondere omstandigheden kan hij weigeren dit te doen.”

5.6.3. Slechts in bijzondere omstandigheden kan een bestuursorgaan derhalve afzien van handhavingsmaatregelen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen indien concreet zicht op legalisering bestaat. [...]”¹

4.5. Hieraan voegt het CBb in latere rechtspraak toe:

“4.4. Het College overweegt dat een bestuursorgaan slechts in bijzondere omstandigheden mag afzien van het nemen van handhavingsmaatregelen. Dit betekent echter niet dat bij de handhaving geen prioriteiten mogen worden gesteld. Prioriteitstelling is toegestaan om in het kader van doelmatige handhaving onderscheid te maken in de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de handhavingstaak. Zo kan prioritering bepalend zijn voor de mate waarin toezicht wordt gehouden op de naleving van voorschriften.”²

4.6. Prioriteringsbeleid is dus een uitzondering op de beginselplicht waarbij in het kader van de belangenafweging gewicht toekomt aan “een doelmatige inzet van beperkte handhavingscapaciteit”. In de hiervoor geciteerde uitspraak sluit het CBb in haar terminologie aan bij de rechtspraak van de Afdeling over prioriteringsbeleid. Die rechtspraak is dan ook in het economisch bestuursrecht relevant. De Afdeling heeft een uitgebreide standaardoverweging over prioriteringsbeleid die informatief is:

“13.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in bijvoorbeeld de uitspraak van 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1982, mag handhavingsbeleid er niet toe strekken dat tegen overtredingen met een lage prioriteit nimmer wordt opgetreden. Dit betekent echter niet dat bij de handhaving geen prioriteiten mogen worden gesteld. Prioriteitstelling is toegestaan om in het kader van doelmatige handhaving onderscheid te maken in de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de handhavingstaak. Zo kan prioritering bepalend zijn voor de mate waarin toezicht wordt gehouden op de naleving van voorschriften. Ook mag prioritering inhouden dat bij bepaalde lichte overtredingen alleen naar aanleiding van een klacht of een verzoek van een belanghebbende wordt beoordeeld of handhavend moet worden opgetreden. Wanneer door een belanghebbende om handhaving wordt verzocht, kan echter niet uitsluitend onder verwijzing naar de prioriteitstelling van handhaving worden afgezien. Alleen onder bijzondere omstandigheden immers mag van handhaving worden afgezien. De keuze

¹ CBb 15 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ8708, JB 2011/182 m.nt. G. Overkleef-Verburg.

² CBb 6 oktober 2020, ECLI:NL:CBB:2020:662, AB 2021/38 m.nt. C.M.M. van Mil.

van een bestuursorgaan om in verband met een beperkte handhavingscapaciteit een bepaalde overtreding een lage prioriteit toe te kennen, geldt niet als een bijzondere omstandigheid. Het orgaan zal dus na een verzoek om handhaving een afweging moeten maken in het individuele geval, waarbij de belangen van de verzoeker worden betrokken. Bij deze afweging moet het bestuursorgaan bezien of het ondanks de prioritering in dit geval toch moet optreden.”³

- 4.7. Samenvattend: het hanteren van prioriteringsbeleid is dus – zowel bij de Afdeling als bij het CBb – feitelijk te kwalificeren als het door het bestuursorgaan invullen van de beoordelingsruimte die het heeft bij de vraag of sprake is van bijzondere omstandigheden om af te zien van handhaving. Daarbij mag het bestuursorgaan de conclusie dat handhaving onevenredig is (mede) baseren op “een doelmatige inzet van beperkte handhavingscapaciteit”. Het bestuursorgaan kan dit laatste invullen met concreet prioriteringsbeleid over wat het bestuursorgaan al dan niet als ‘doelmatig’ betiteld.
- 4.8. Uit dit toetsingskader volgt echter ook dat, om toe te komen aan de vraag of prioriteringsbeleid een reden is om in een bepaald geval niet te handhaven, eerst moet worden vastgesteld of het aannemelijk is of er een overtreding is. Dat vergt dus daadwerkelijk onderzoek naar de overtreding.
- 4.9. Het voorgaande is ook logisch. Immers, zoals de Afdeling ook overweegt in de hiervoor geciteerde uitspraak: prioriteringsbeleid als zodanig is geen bijzondere omstandigheid. Om een handhavingsverzoek met succes op basis van prioriteringsbeleid af te wijzen, moet dus uit een inventarisatie en afweging van de betrokken belangen blijken dat er sprake is van een zodanige onevenredigheid tussen de belangen gemoeid met handhaving en de belangen die daartegen pleiten, dat het bestuursorgaan kan afzien van handhaving wegens bijzondere omstandigheden. Dat kan niet zonder onderzoek naar de overtreding.
- 4.10. De Stichting wijst er ook op dat dit genoegzaam blijkt uit de rechtspraak van zowel het CBb als de Afdeling. Gevallen waarin het bestuursorgaan met succes een beroep doet op prioritering, betreffen allemaal gevallen waarin het bestuursorgaan goed zicht heeft op de vraag óf het aannemelijk is dat er een overtreding is (en wat de mogelijke ernst van die overtreding is).
- 4.11. Zo overweegt het CBb:

*“4.2. Zoals het College eerder heeft geoordeeld (zie de uitspraak van 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180), acht het College het bovengenoemde prioriteringsbeleid van verweerster in het algemeen niet onrechtmatig. **Verweerster is, op basis van een verkennende marktanalyse en de positie van Zilveren Kruis op de***

³ ABRvS 1 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1425, AB 2019/449 m.nt. C.M.M. van Mil. Zie ook: ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2614.

zorgverzekeringsmarkt, tot de conclusie gekomen dat het niet aannemelijk is dat Zilveren Kruis op de betreffende inkoopmarkt beschikt over AMM en dat publieke belangen worden geschaad.⁴

4.12. De Afdeling overwoog in een geval waarin de AP een handhavingsverzoek zonder onderzoek had afgewezen op basis van prioriteringsbeleid:

“7. De AP voert aan dat de rechtbank het besluit van 13 augustus 2015 ten onrechte heeft vernietigd. Daartoe voert zij aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij in het fase I-onderzoek onvoldoende heeft onderzocht of en gemotiveerd dat overtredingen van de artikelen 8, aanhef en onder b, en 11, eerste lid, van de Wbp niet aan de orde zijn. [...]

7.1. De Afdeling acht het niet onredelijk dat de AP in fase I toetst of het verzoek aan de formele eisen uit de Awb voldoet en aan de hand van het zogenoemde globaal bureauonderzoek beoordeelt of zich een mogelijke overtreding heeft voorgedaan.

[7.2.1 en 7.2.2. - Het uitgevoerde onderzoek is echter onvoldoende.]

7.3. Uit 7.2.1. en 7.2.2. volgt dat de rechtbank terecht heeft vastgesteld dat op grond van het uitgevoerde globale onderzoek niet is vastgesteld dat zich geen mogelijke overtreding heeft voorgedaan.⁵

4.13. Wat overigens wél acceptabel is, is dat het bestuursorgaan *aanneemt* dat de gestelde overtreding er is, waarna op die basis de belangenafweging wordt verricht.

*“6. Het College acht het bovengenoemde prioriteringsbeleid van verweester in het algemeen niet onredelijk of anderszins onrechtmatig. Bij toepassing van haar beleid heeft verweester getoetst aan de beleidscriteria van het algemeen consumentenbelang en de doelmatigheid en doeltreffendheid. **Na uitvoering van die toets heeft zij zich op het standpunt gesteld dat, voor zover er sprake is van inkoopmacht van UVIT, deze nauwelijks invloed heeft op de belangen van de consument.** De onderbouwing van het standpunt van verweester zoals weergegeven onder 2 van deze uitspraak, kan naar het oordeel van het College de bestreden beslissing om in dit geval ook geen nader onderzoek op dit punt te verrichten voldoende dragen.”*⁶

4.14. In dit licht moet ook de (wat oudere, maar nog steeds van toepassing zijnde) rechtspraak van het CBb worden gezien over prioriteitstelling bij handhavingsverzoeken in de

⁴ CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:112.

⁵ ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2555.

⁶ CBb 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180.

mededingingsrechtelijke context die hier aan de orde is:

*“7.2.5.1 Bij de afweging een bepaalde klacht al dan niet (nader) te onderzoeken is van belang dat de opdracht die de wetgever aan NMa als toezichthouder heeft gegeven meebrengt dat van hem een actieve houding mag worden verlangd. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat klagers veelal over ontoereikende mogelijkheden beschikken om zich via andere (rechts)wegen tegen de door hen gestelde inbreuken op mededingingsregels te beschermen. De ruimte een klacht al dan niet (nader) te onderzoeken wordt voorts begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. **Gelet op dit een en ander zal NMa zal bij afwijzing van een klacht op grond van het prioriteringsbeleid niet kunnen volstaan met een enkele verwijzing naar dat beleid, maar zal hij moeten kunnen motiveren waarom de klacht zelf, gezien de inhoud van de gestelde inbreuk en in het licht van de prioriteringscriteria, geen (nader) onderzoek rechtvaardigt. Dit zal doorgaans een, al dan niet beperkte, inhoudelijke beoordeling en enig onderzoek vergen.** Bij een beslissing tot afwijzing van een klacht op grond van het prioriteringsbeleid zullen aan de motivering van dat besluit en - in voorkomend geval - aan de diepgang van het daaraan voorafgegane onderzoek hogere eisen worden gesteld, naarmate de inhoud van de klacht en de beoordeling die daarop is gevolgd daartoe meer aanleiding geven. Daarbij geldt dat NMa ter beantwoording van de vraag of in het kader van de heroverweging in bezwaar al dan niet aanleiding bestaat tot (nader) onderzoek van de klacht mede de relevante ontwikkelingen dient te betrekken die zich sinds het indienen van de klacht hebben voorgedaan.”⁷*

4.15. Uit het voorgaande volgt dat de ACM in het prioriteringsbesluit een onjuist toetsingskader heeft gehanteerd dan wel het toetsingskader onjuist heeft toegepast. De ACM heeft in het prioriteringsbesluit immers in het midden gelaten óf er een overtreding is, terwijl de ACM vervolgens evenmin heeft aangenomen dat de gestelde overtreding er is in een bepaalde omvang. In zo een geval is de verrichte belangenafweging dan feitelijk onvolledig uitgevoerd. Hoe kan immers worden beoordeeld of handhaving geen prioriteit heeft, als het bestuursorgaan geen zicht heeft op de omvang en ernst van de mogelijke overtredingen? Dat dus altijd onderzoek moet worden verricht geldt voor alle bestuursorganen maar, zoals het CBb hiervoor overweegt, à fortiori voor de ACM. Dit komt omdat in het mededingingsrecht klagers (ook in dit geval) zelf niet over toereikende onderzoeksmiddelen beschikken of andere effectieve (rechts)wegen om de gestelde inbreuk aan de orde te stellen.

4.16. De ACM heeft in dat kader in het prioriteringsbesluit gelet op dit toetsingskader miskend dat zij – door vast te stellen dat het onduidelijk is of er een overtreding is – zelf meteen heeft vastgesteld dat zij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar het handavingsverzoek. Voor zover de ACM zou willen betogen dat het prioriteringsbesluit zo moet worden gelezen dat zij *aanneemt* dat de

⁷ CBb 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700. Zie ook: Rb. Rotterdam 12 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7189.

gestelde overtreding er gewoon is (wat niet in het prioriteringsbesluit is vermeld), maar dat die (ook dan) geen prioriteit heeft, wijst de Stichting op haar bezwaargronden onder B en C.

4.17. Kort samengevat: om te kunnen prioriteren moet duidelijk zijn over welke overtreding gepraat wordt. Dat vergt enig inhoudelijk onderzoek, of een aanname dat de overtreding er is (in een bepaalde omvang). Dat heeft de ACM echter niet gedaan. De ACM heeft het benodigde onderzoek om dat te kunnen vaststellen simpelweg niet verricht, en heeft evenmin aangenomen dat de overtreding er is. Het prioriteringsbesluit dient dan ook herroepen te worden.

B. ACM handelt in strijd met eigen prioriteringsbeleid

4.18. Voor zover wel voldoende onderzoek zou zijn verricht, dan meent de Stichting dat de ACM haar eigen prioriteringsbeleid onjuist heeft toegepast.

4.19. De ACM hanteert prioriteringsbeleid.⁸ Uit artikel 4:84 Awb volgt dat de ACM overeenkomstig die beleidsregel moet handelen. Onderdeel van het prioriteringsbeleid is dat op basis van een drietal criteria wordt beoordeeld of nader onderzoek (en uiteindelijk handhaving) wenselijk is. Deze criteria zijn (1) de mate waarin de consumentenwelvaart wordt geraakt, (2) de omvang van het betrokken maatschappelijk belang en (3) de doeltreffendheid en doelmatigheid van de inzet van handhavingscapaciteit.

4.20. De ACM heeft het handavingsverzoek in het prioriteringsbesluit feitelijk op één criterium uit haar prioriteringsbeleid afgedaan. Onderzoek naar aanleiding van het handavingsverzoek zou volgens de ACM onvoldoende doeltreffend en doelmatig zijn. De overige twee criteria (maatschappelijk belang en consumentenwelvaart) heeft de ACM niet kenbaar betrokken bij de afweging. Ten onrechte.

4.21. Vooropgesteld, in het prioriteringsbeleid van de ACM is als zodanig wel de mogelijkheid benoemd dat een lage score bij één criterium ertoe kan leiden dat de ACM concludeert dat (nader) onderzoek niet is aangewezen. Als zodanig is de in het prioriteringsbesluit getrokken conclusie dus niet noodzakelijkerwijs in strijd met het prioriteringsbeleid. Feit is echter wel dat het prioriteringsbeleid dwingend voorschrijft dat de ACM alle drie de aspecten moet beoordelen en een gezamenlijke afweging moet maken. Zo staat er dwingend in het prioriteringsbeleid dat dat de ACM de effecten op de consumentenwelvaart onderzoekt en dat de ACM nagaat welk maatschappelijk belang wordt geschaad door de overtreding. Tot slot staat er: “[de] ACM *bezieet en weegt de scores op deze criteria in samenhang af.*” Hieruit volgt dat de ACM altijd alle drie de criteria moet onderzoeken en tegen elkaar moet afwegen.

4.22. Gelet op het prioriteringsbesluit heeft de ACM in strijd met haar beleidsregel gehandeld door (i) ofwel geen onderzoek te doen naar de effecten op de consumentenwelvaart en het

⁸ Prioritering van handavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt, Stcrt. 2016, 14564.

maatschappelijk belang (tevens in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel), (ii) ofwel deze belangen niet mee te wegen bij de belangenafweging (tevens in strijd met het evenredigheidsbeginsel) ofwel (iii) niet te motiveren wat er uit de belangeninventarisatie is gekomen en hoe die belangen zich verhouden tot het belang van doeltreffendheid en doelmatigheid (in strijd met het motiveringsbeginsel). Hoe dan ook is het resultaat een gebrekkig prioriteringsbesluit dat in strijd is met artikel 4:84 Awb.

- 4.23. Zelfs als de ACM het onderzoek naar de criteria wel zorgvuldig zou hebben verricht en de belangen daadwerkelijk zou hebben afgewogen én de uitkomst van die afweging voldoende zou hebben gemotiveerd, doet dat er niet aan af dat het resultaat van die afweging niet verenigbaar is met het prioriteringsbeleid
- 4.24. De Stichting wijst er daarbij op dat de consumentenwelvaart hier nadrukkelijk in het geding is. Amsterdam alleen al telt zo'n 200.000 erfpachters van de gemeente. Deze erfpachters leiden significant nadeel van de oneerlijke handelspraktijken van de gemeente Amsterdam en het misbruik van de machtspositie door de gemeente Amsterdam. Er zijn verder ook andere overheden (gemeenten, provincies, het Rijk en waterschappen) en niet-overheden (particulieren, stichtingen, verenigingen, vennootschappen, maatschappelijke organisaties en kerkgenootschappen) die eenzelfde soort erfpachtbeleid kennen, zodat het probleem niet enkel beperkt is tot de gemeente Amsterdam.
- 4.25. Daarnaast is er een groot maatschappelijk belang betrokken. Het feit dat de Tweede Kamer zich hier tegenaan bemoeit, zoals de ACM terecht stelt, is daar al een bewijs van. Ook het aantal handhavingsverzoekers en betrokkenen bij de verschillende stichtingen wijst daarop. Belangrijk daarbij is echter ook dat de ACM zelf in haar prioriteringsbeleid het volgende stelt:

“Goed werkende markten, een optimale regulering van wettelijke dan wel natuurlijke monopolies en consumentenbescherming zijn publieke belangen waarvan de wetgever heeft bepaald dat die moeten worden behartigd. Die belangen spelen een rol bij de overweging om wel of niet een volledig handhavingsonderzoek te starten. Ook bekijkt de ACM of de mogelijke overtreding binnen één van de thema's uit de ACM-Agenda valt.”

- 4.26. De Stichting stelt vast dat hier sprake is van een niet gereguleerde natuurlijke monopolie (immers: de gemeente Amsterdam is de enige aanbieder van erfpacht voor haar gronden in Amsterdam), waarbij de markt niet naar behoren werkt. Daarbij komt dat de mogelijke overtreding binnen een van de thema's van de ACM-Agenda valt:

“De ACM heeft 3 onderwerpen op de ACM Agenda 2022-2023 gezet:

*Energietransitie en verduurzaming
Digitale economie*

*Woningmarkt*⁹

4.27. Het thema van de woningmarkt wordt onder meer als volgt toegelicht:

“Op de woningmarkt speelt de ACM een bescheiden rol, maar de bescherming van consumenten tegen oneerlijke praktijken door aanbieders op de woningmarkt (huur en koop) verdient extra aandacht. Ook gaat de ACM onderzoeken of verstoringen van de mededinging bijdragen aan de krapte op de woningmarkt.”¹⁰

4.28. De ACM heeft het thema van aanbieders op de woningmarkt (zoals bijvoorbeeld een eigenaar die gronden in erfpacht uitgeeft) die misbruik maken van hun positie en oneerlijke handelspraktijken hanteren, zelf nadrukkelijk op de agenda geplaatst.

4.29. Hoewel het prioriteringsbeleid van de ACM dus op zich ruimte laat om enkel op basis van één criterium geen verder onderzoek te verrichten, ontslaat dit de ACM niet van het onderzoeken, afwegen en motiveren van de rol die de andere belangen spelen. Gelet op het feit dat beide andere belangen nadrukkelijk aan de orde zijn en zwaar wegen, valt wat de Stichting betreft niet goed te begrijpen dat de ACM concludeert dat enkel op basis van het criterium van de doelmatigheid en doeltreffendheid moet worden afgezien van handhaving. Het prioriteringsbesluit is dan ook in strijd met artikel 4:84 Awb tot stand gekomen.

C. Het prioriteringsbesluit is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

4.30. Indien ervan uit wordt gegaan dat de ACM conform het toetsingskader in de rechtspraak en in overeenstemming met haar eigen beleid heeft gehandeld bij het prioriteringsbesluit, dan wijst de Stichting erop dat het prioriteringsbesluit nog steeds in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijke bestuur (waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel en evenredigheidsbeginsel). De ACM heeft namelijk ten onrechte aangenomen dat de belangen van doeltreffendheid en doelmatigheid niet pleiten voor (nader) onderzoek en handhaving.

4.31. De ACM heeft doorslaggevend geacht dat het in behandeling nemen van het handavingsverzoek van de Stichting ten koste komt van de (schaarse) capaciteit die beschikbaar is om andere zaken te onderzoeken. De ACM onderzoekt liever andere (mogelijke) overtredingen. Daarbij betreft de ACM dat het een intensief en ingewikkeld onderzoek zou zijn en dat zij verwacht dat andere partijen (de gemeente Amsterdam, dan wel de Tweede Kamer) de gesignaleerde problemen zullen gaan ondervangen. Tot slot acht de ACM relevant dat het onduidelijk is wat het effect van haar ingrijpen zou zijn. De ACM meent dat het niet uit te sluiten is dat de verzoekers om handhaving door ACM ingrijpen feitelijk worden benadeeld.

⁹ <https://www.acm.nl/organisatie/missie-en-strategie/onze-agenda/acm-agenda-2022-2023>

¹⁰ <https://www.acm.nl/organisatie/missie-en-strategie/onze-agenda/acm-agenda-2022-2023/woningmarkt>

- 4.32. Voor wat betreft de tijd en kosten van een onderzoek in deze zaak, het volgende. In het prioriteringsbesluit wordt de stelling dat dit onderzoek tijdrovend zal zijn en ten koste van andere onderzoeken zal gaan in het geheel niet onderbouwd. Het is onduidelijk hoeveel capaciteit er beschikbaar is, hoeveel daarvan voor dit onderzoek nodig zou zijn en waarom dat niet gevegd kan worden van de ACM. Het eenvoudigweg stellen dat er onvoldoende capaciteit is niet toereikend als motivering. Verder wijst de Stichting erop dat de ACM niet motiveert waarom de andere onderzoeken zwaarder wegen voor de ACM. Welke belangen staan daar op het spel dat die zwaarder wegen dan de belangen van 200.000 erfpachters in Amsterdam? Verder wijst de Stichting erop dat de ACM geen tijdsperspectief van het vermeende capaciteitstekort in de overwegingen heeft opgenomen. Het capaciteitsbeslag in lopende onderzoeken komt in de nabije toekomst weer beschikbaar, zodat het goed plannen van de uitvoering van nader onderzoek al een oplossing kan bieden.
- 4.33. Over het mogelijk ingrijpen van andere partijen, wijst de Stichting erop dat die veronderstelling feitelijk onjuist is. De gemeente Amsterdam en de Tweede Kamer gaan in dit dossier niet ingrijpen. De ACM verwacht ten onrechte dat voor zover de aantijgingen uit het handhavingsverzoek zien op de informatieverstrekking aan de erfpachters, het bieden van transparantie over de canonberekening en het gebrek aan rechtswaarborgen, deze door het opvolgen van de aanbevelingen uit de recente onderzoeken worden weggenomen of op zijn minst sterk worden verminderd. Het is ook niet de taak van de Tweede Kamer om toezicht te houden op individuele organisaties. Via de wet Handhaving Consumentenbescherming heeft zij die taak juist toebedeeld aan de ACM.
- 4.34. De ACM staft op geen enkele wijze waar die verwachting van de ACM op is gebaseerd. Het Berenschot rapport (het onderzoek van de gemeenteraad van Amsterdam) maakt duidelijk dat het gedrag van de gemeente Amsterdam in de periode 2000-2020 deze verwachting in ieder geval niet rechtvaardigt. In de brief van 16 september 2021 aan de gemeente Amsterdam (**bijlage 3**) geeft de ACM zelf in haar voorlopige conclusie aan dat er mogelijk aanknopingspunten zijn voor de conclusie dat sprake was van een misleidende omissie of van handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding (art. 6:193d en/of 6:193b BW). Een zogenaamde Spijtoptantenregeling die naar aanleiding van deze brief is geïnitieerd, is een jaar na dato nog altijd niet vastgesteld. Bovendien zal deze regeling geen werking hebben reeds afgewikkelde overstap dossiers, terwijl de overtredingen ook op deze dossiers van toepassing zijn.

DATUM 16 september 2022
ONS KENMERK 1009523
PAGINA 13 van 17

Voorlopige conclusies

Consumentenrecht

De meldingen die de ACM heeft ontvangen zien op het erfpachtbeleid in het algemeen en op de overstapregeling in het bijzonder. De ACM heeft bij de analyse van de verzamelde informatie gefocust op de overstapregeling van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht.

Hoewel de gemeente uitvoerig heeft geïnformeerd over de overstapregeling en de voorwaarden die golden tot 8 januari 2020, was deze informatie voor een groep consumenten mogelijk niet duidelijk genoeg om het belang van het doen van een aanvraag onder de tijdelijke voorwaarden op waarde te kunnen schatten. Met name het effect van de hefboom in de methode om overstapkosten en canon te berekenen was niet duidelijk. Het betreft hier informatie die mogelijk essentieel was voor consumenten om een geïnformeerd besluit te nemen over het doen van een aanvraag en het accepteren van het aanbod van de gemeente.

Er zijn dan ook mogelijk aanknopingspunten voor de conclusie dat sprake was van een misleidende omissie of van handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding (art. 6:193d en/of 6:193b BW). Op dit moment zijn deze aanknopingspunten echter onvoldoende voor de conclusie dat sprake is van een overtreding.

- 4.35. Er zijn wat de Stichting betreft alleen maar aanwijzingen dat de gemeente Amsterdam juist niet zelfstandig tot verbetering in staat is. Het onderzoek van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam bagatelliseert en ontkent de problematiek bijvoorbeeld. Het erfpachtdossier is verder zodanig gepolitiseerd, dat vanuit de gemeente geen oplossing op korte- of middellange termijn verwacht mag worden. Men houdt elkaar als het ware gevangen in de status quo. In het Amendement De Jager zijn de aanbevelingen van Berenschot verder volledig uitgekleeft, zodat het invoeren van die voorstellen (waar de ACM het prioriteringsbesluit ten dele op baseert) niet zal gebeuren. Voorts wijst de Stichting erop dat er (wederom) ruim een half jaar verstreken is, zonder dat het college concrete actie heeft ondernomen. De agenda die het nieuwe college heeft opgesteld biedt geen oplossingen voor de fundamentele problematiek.
- 4.36. Daarbij wijst de Stichting erop dat de gemeente Amsterdam feitelijk ook baat heeft bij het zo lang mogelijk vertragen van oplossingen. Dat gebeurt dan ook telkens weer. Als voorbeeld wijst de Stichting op de zogenaamde Vangnetregeling, die bij de initiële besluitvorming in 2017 is toegezegd en welke er na 5 jaar nog steeds niet is.
- 4.37. Verder wijst de Stichting erop dat het college inmiddels heeft uitgesproken dat het niet uit eigen beweging iets gaat doen aan de overtredingen. In de brief van 5 april 2022 antwoordt het college op het handhavingsverzoek van de Stichting als volgt:

Gelet op de omvang van de bijlage bij uw brief reageer ik primair op de conclusies in uw raadsadres. Hierbij merk ik op dat ik de stellingen in uw bijlage ook niet deel.

De gemeente heeft niet in strijd met enige regelgeving of met haar eigen beleid gehandeld. Ik zie dan ook geen reden om het beleid inzake het canonpercentage hierop aan te passen.

4.38. In de brief van 8 juni 2022 antwoord het college op het rapport van de Wildt en de Reus als volgt:

Bovengenoemde stellingen en de overige bevindingen in uw onderzoek geeft mij geen aanleiding te constateren dat de gemeente een ondeugdelijke of onjuiste systematiek hanteert voor de grondwaardebepaling voor bestaande erfpachtrechten. Ik zie dan ook geen reden om de gemeentelijke grondwaardesystematiek hierop aan te passen. ^I

4.39. Gelet op het voorgaande moet de conclusie worden getrokken dat het niet te verwachten is dat de gemeente Amsterdam uit eigen beweging het beleid met betrekking tot het canonpercentage, de gemeentelijke grondwaardesystematiek en het gebrek aan transparantie zal wijzigen. Dat de ACM hier een andere verwachting over heeft is onbegrijpelijk en zonder nadere onderbouwing niet te volgen.

4.40. De ACM overweegt verder dat het onderwerp 'consumentenbescherming bij erfpacht door overheden' op de agenda van de Tweede Kamer staat. In dit kader is recentelijk een motie aangenomen waarin de regering wordt verzocht om tot betere consumentenbescherming bij erfpacht te komen en hierbij de AFM als toezichthouder aan te wijzen, aldus de ACM.

4.41. Deze redenering van de ACM is niet goed te volgen. In de Tweede Kamer motie¹¹ wordt niet opgeroepen om de AFM als toezichthouder voor erfpacht aan te wijzen. De motie roept feitelijk enkel op om het normenkader dat de AFM hanteert als uitwerking van de consumentenbescherming en de Wet oneerlijke handelspraktijken voor complexe financiële producten, de zogenaamde 'KNVB-criteria', op erfpacht toe te passen en hierbij de AFM te betrekken. Indien de ACM dus kennis tekortkomt voor een uitgebreid onderzoek, dan ligt met het normenkader van AFM voor de beoordeling een compleet normenkader klaar. In het kader van de eenheid van beleid is het bovendien gewenst dat het normenkader van de AFM een reflexwerking heeft voor complexe financiële producten die niet onder de Wft en het toezicht van de AFM vallen, en waarvoor de ACM de aangewezen toezichthouder is, zoals erfpacht. Het is dus niet zo dat de Tweede Kamer hier actief zal gaan ingrijpen, dan wel dat de AFM op korte termijn wordt aangewezen als toezichthouder in de plaats van de ACM. Waar de ACM die stelling in het prioriteringsbesluit op baseert, is onduidelijk. De motie zou eerder geïnterpreteerd moeten worden als een aansporing aan de toezichthouder ACM om te handhaven, daar waar dat de twee decennia onvoldoende/niet is gebeurd.

4.42. De ACM meent verder dat het effect van mogelijk handhaven hier onduidelijk is. Die opmerking is onbegrijpelijk. Dat het effect van een interventie van de ACM in het geheel onzeker is, komt

¹¹ Kamerstukken II, 2021–2022, 35 232, nr. 8: "MOTIE VAN HET LID MINHAS Voorgesteld tijdens het Notaoverleg van 11 oktober 2021 De Kamer, gehoord de beraadslaging, constaterende dat uit het onderzoek van adviesbureau Berenschot blijkt dat de consumentenbescherming bij erfpacht in Amsterdam lager is dan bij andere financiële producten; verzoekt de regering, te komen tot betere consumentenbescherming bij erfpacht en hierbij de AFM als toezichthouder op financiële producten te betrekken, en gaat over tot de orde van de dag. Minhas"

omdat de uitkomsten van een nader onderzoek onzeker zijn. Dat de uitkomsten van een nader onderzoek op voorhand onzeker zijn, is verder duidelijk. Als de uitkomsten zeker zouden zijn, dan zou nader onderzoek niet nodig zijn. Dat de ACM in het prioriteringsbesluit echter dit feit gebruikt om te motiveren dat er geen onderzoek nodig zou zijn, is onbegrijpelijk. Het is juist andersom: als de ACM niet weet wat de effecten zouden zijn van haar ingrijpen, dan moet dat onderzocht worden. Het is in ieder geval geen goede reden om juist *af te zien* van nader onderzoek.

- 4.43. Ten slotte is de ACM er niet van overtuigd dat zij met het starten van een volledig handhavingsonderzoek een effectieve bijdrage kan leveren aan de discussie over het erfpachtbeleid in de gemeente Amsterdam. De ACM acht het zelfs mogelijk dat dergelijk onderzoek door haar op dit moment belemmerend kan uitwerken op voormelde processen en de voortgang bij de gemeente Amsterdam en de Tweede Kamer ter verbetering van de consumentenbescherming in relatie tot het Amsterdamse erfpachtbeleid, omdat eerst het onderzoek van de ACM - met een onzekere uitkomst - wordt afgewacht. Dit zou niet in het belang van de Stichting zijn, aldus de ACM.
- 4.44. Deze laatste overweging van de ACM is ook lastig te volgen. Niet valt in te zien welke vertraging er op zou kunnen treden. De gemeente Amsterdam heeft al aangegeven niet uit eigener beweging iets te zullen gaan doen aan het canonpercentagebeleid, de gemeentelijke grondwaardesystematiek en het gebrek aan transparantie. De Tweede Kamer heeft ook geen concrete plannen. Verder heeft te gelden dat het oordeel van de ACM juist voor het politieke proces in de Tweede Kamer en de gemeenteraad van groot belang is. Alleen de ACM kan (gezaghebbend) oordelen dat er overtredingen van de Mw en/of het BW plaatsvinden. Pas als de ACM daar een oordeel over geeft, kan de wetgever beoordelen of verbetering van de consumentenbescherming nodig is door wijziging van de wet, of dat volstaan kan worden met handhaving. De ACM is de aangewezen partij om dit uit te zoeken en overtredingen vast te stellen.
- 4.45. Kort samengevat: de ACM heeft in het prioriteringsbesluit miskend dat handhaving (althans nader onderzoek) in dit geval wél doelmatig en doeltreffend zou zijn. Het prioriteringsbesluit dient daarom herroepen te worden.

5. Verzoek om in te stemmen met rechtstreeks beroep

- 5.1. De Stichting verzoekt de ACM om in te stemmen met rechtstreeks beroep op grond van artikel 7:1a Awb. Het toetsingskader voor het honoreren van een dergelijk verzoek is volgens het CBB als volgt:

“3. Doel van art. 7:1a van de Awb is om bestuursrechtelijke geschilbeslechting waar mogelijk te vereenvoudigen en te verkorten. Het bieden van de mogelijkheid van het overslaan van de bezwaarschriftprocedure is, zo blijkt uit de memorie van toelichting op

het wetsvoorstel, vooral bedoeld voor gevallen waarin in de primaire fase reeds een zodanig uitputtende gedachteswisseling tussen bestuur en belanghebbende heeft plaatsgevonden, dat de bezwaarschriftprocedure daaraan weinig of niets meer kan toevoegen, terwijl vaststaat dat het besluit nog altijd in geschil is. In die gevallen kan het overslaan van de bezwaarfase belangrijke tijdwinst opleveren en onnodige lasten voor bestuur en burger voorkomen. Daarnaast valt te denken aan de situatie waarin het besluit nauw samenhangt met een besluit waartegen reeds beroep is ingesteld. Ook in een dergelijk geval kan het doelmatig zijn om de bezwaarfase over te slaan, aangezien een bezwaarschriftprocedure die zijn basis vindt in een al heroverwogen zaak in de meeste gevallen weinig toevoegt. Daarmee wordt tevens bewerkstelligd dat de rechter samenhangende besluiten in samenhang kan beoordelen (Kamerstukken II, 2000-2001, 27563, nr. 3, blz. 3-4).”¹²

- 5.2. Aan dit toetsingskader is in dit geval voldaan. Zoals de ACM zelf al constateert in het prioriteringsbesluit, is er over en weer uitgebreid gecorrespondeerd over het dossier. Het komt de Stichting verder voor dat de ACM bij dit prioriteringsbesluit niet over één nacht ijs is gegaan, terwijl de feiten (voor zover relevant voor het prioriteringsbesluit) duidelijk zijn. Er is in dit stadium van de procedure verder met name discussie over één specifiek (juridisch) punt: de vraag of de ACM de handhavingsverzoeken mocht afwijzen op grond van een prioriteitsargument.
- 5.3. Hoewel de ACM in het verleden in een beslissing op bezwaar wel eens tot een ander standpunt is gekomen over de prioriteit van bepaalde overtredingen (zie de beslissing op bezwaar in zaaknummer ACM/19/035185, randnummer 20), was dat mede naar aanleiding van nieuwe informatie in bezwaar over het aantal getroffen belanghebbenden. Dat is hier naar verwachting niet aan de orde. De ACM heeft immers helder hoeveel belanghebbenden deze zaak (mogelijk) raakt, maar kiest desondanks om de handhavingsverzoeken af te wijzen op grond van een prioriteitsargument. Onder die omstandigheden ligt toepassing van artikel 7:1a Awb voor de hand.
- 5.4. De bezwaarschriftprocedure zal dan ook naar verwachting geen wezenlijke bijdrage kunnen leveren aan de beslechting van dit geschil zodat rechtstreeks beroep een procedureversnelling en lastenverlichting van het bestuur zal opleveren. De zaak leent zich dan ook voor rechtstreeks beroep.

¹² CBb 30 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:582.

DATUM 16 september 2022
ONS KENMERK 1009523
PAGINA 17 van 17

6. Conclusie

6.1. Het prioriteringsbesluit is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Het prioriteringsbesluit dient te worden herroepen en de ACM dient alsnog onderzoek te doen naar de overtreding.

6.2. De Stichting verzoekt u tot slot om vergoeding van haar proceskosten in bezwaar.

Hoogachtend,

T.N. Sanders
Advocaat
AKD

Bijlagen