

AB 2024/118

## Prioriteringsbeleid. Onderzoeksplicht. Beginselplicht tot handhaving geldt pas als de ACM daadwerkelijk een overtreding heeft vastgesteld.

Rb. Rotterdam 31-10-2023, ECLI:NL:RBROT:2023:10069, m.nt. C.M.M. van Mil

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum	31 oktober 2023
Magistraten	Mr. T. Boesman
Zaaknummer	ROT 22/5183, ROT 22/5184 en ROT 22/5185
Noot	C.M.M. van Mil
JCDI	JCDI:ADS950533:1
Vakgebied(en)	Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen Bestuursrecht algemeen / Toezicht
Brondocumenten	ECLI:NL:RBROT:2023:10069, Uitspraak, Rechtbank Rotterdam, 31-10-2023
Wetingang	Art. 7:1a, 7:12 lid 1, 8:72 lid 3 aanhef en onder a Awb; art. 1 aanhef en onder d en f, art. 24 Mw; art. 8.8 Wet handhaving consumentenbescherming; art. 11 AB2000; art. 6:193a lid 1 aanhef en onder c en d, art. 6:233 aanhef en onder a, art. 6:236 aanhef onder n BW

### Essentie

Prioriteringsbeleid. De beginselplicht tot handhaving geldt pas op het moment dat de ACM daadwerkelijk een overtreding heeft vastgesteld.

### Samenvatting

Eisers betogen dat de beginselplicht tot handhaving inhoudt dat er alleen in bijzondere omstandigheden kan worden afgezien van handhaving. Prioriteringsbeleid is dus een uitzondering op de beginselplicht waarbij in het kader van de belangenafweging gewicht toekomt aan een doelmatige inzet van beperkte handhavingcapaciteit. Om toe te komen aan de vraag of prioriteringsbeleid een reden is om in een bepaald geval niet te handhaven, moet eerst worden vastgesteld of het aannemelijk is dat er een overtreding is. Dat vergt dus daadwerkelijk onderzoek naar de overtreding. Ook kan het bestuursorgaan aannemen dat de gestelde overtreding er is en daarna op die basis de belangenafweging verrichten. De in deze zaken verrichte belangenafweging is feitelijk onvolledig uitgevoerd, omdat niet kan worden beoordeeld of handhaving geen prioriteit heeft, als het bestuursorgaan geen zicht heeft op de omvang en ernst van de mogelijke overtredingen. Dat altijd onderzoek moet worden verricht geldt voor alle bestuursorganen maar des te meer voor de ACM, omdat klagers in het mededingingsrecht zelf niet over toereikende onderzoeksmiddelen of andere effectieve (rechts)wegen beschikken om de gestelde inbreuk aan de orde te stellen.

Deze beroepsgrond slaagt niet.

Anders dan eisers stellen, geldt de zogeheten beginselplicht tot handhaving voor de ACM pas op het moment

dat zij daadwerkelijk een overtreding heeft vastgesteld. De ACM stelt dus terecht dat zij niet al verplicht is om te handhaven bij (slechts) een vermeende overtreding of naar aanleiding van (slechts) een klacht. Het standpunt van eiseres, dat eerst moet worden vastgesteld of het aannemelijk is dat er een overtreding is, volgt de rechtbank daarom niet.

## Partij(en)

Uitspraak van de enkelvoudige kamer van 31 oktober 2023 in de zaken tussen:

Stichting Erfpachters Belang Amsterdam, uit Amsterdam,

1. Nederlands instituut voor Erfpacht B.V., uit Amsterdam, eiser 1,
2. Eiseres 2,
3. Eiser 3,

tezamen: eisers, (gemachtigde: mr. T.N. Sanders),

en

Autoriteit Consument & Markt, de ACM, (gemachtigden: mr. A. El Baghdadi en mr. F. van der Kraan).

Als derde-partijen nemen aan de zaken deel:

1. De gemeente Amsterdam,
2. Het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam, het college, (gemachtigden: mr. A. Holtland, mr. D.J.L. van Ee en mr. J.J.W. Bos).

## Uitspraak

### Inleiding

#### 1.

In deze uitspraak beoordeelt de rechtbank de beroepen van eisers tegen de afwijzing van hun verzoeken om handhavend op te treden jegens de gemeente Amsterdam (hierna: de gemeente).

#### 1.1.

De ACM heeft deze verzoeken afgewezen met afzonderlijke besluiten van 8 augustus 2022.

#### 1.2.

Eisers hebben bezwaar gemaakt tegen die besluiten en de ACM op grond van artikel 7:1a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep, wat de ACM heeft gedaan. Ook de rechtbank heeft daarmee ingestemd.

### 1.3.

De ACM heeft op de beroepen gereageerd met een verweerschrift.

### 1.4.

Eisers hebben op 20 juli 2023 een reactie op het verweerschrift met nadere stukken ingediend.

### 1.5.

Het college heeft op 10 augustus 2023 schriftelijk gereageerd.

### 1.6.

Op 22 augustus 2023 hebben de gemachtigden van het college de rechtbank verzocht om ook de publiekrechtelijke rechtspersoon gemeente Amsterdam aan te merken als derde belanghebbende, wat de rechtbank heeft gedaan.

### 1.7.

De rechtbank heeft de beroepen op 23 augustus 2023 op zitting behandeld. Hieraan hebben deelgenomen: eiser 1, eiseres 2 en gemachtigde, de laatste namens zijn dochter eiser 3, de gemachtigde van eisers, J.S.J. Looze van de Directie Consumenten van de ACM, de gemachtigden van de ACM, B. Rijpert namens het college en de gemeente en de gemachtigden van het college en de gemeente.

## Totstandkoming van de besluiten

### 2.

De drie handhavingsverzoeken komen er op neer dat de gemeente Amsterdam als eigenaar van de grond en erfverpachter in strijd handelt met de regelgeving met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken, onredelijk bezwarende algemene erfpachtvoorwaarden hanteert en misbruik maakt van haar economische machtspositie. Verder geeft de gemeente volgens eisers onjuiste dan wel onvoldoende voorlichting aan erfpachters over de totstandkoming van de canonpercentages en de hoogte van de canon, waaronder de kostenopslag. De gemeente voert berekeningen uit en verstuurt facturen die niet deugen en de berekeningen zijn ook niet inzichtelijk voor de erfpachters. De gemeente houdt zich volgens eisers doof voor kritiek hierop.

### 2.1.

Met drie afzonderlijke besluiten van 8 augustus 2022 heeft de ACM de handhavingsverzoeken afgewezen. Die besluiten berusten - samengevat - op de volgende overwegingen. De ACM stelt voorop dat na het initieel inventariserend onderzoek niet kan worden vastgesteld of sprake is van een mogelijke overtreding van de Mededingingswet (Mw) en/of het Burgerlijk Wetboek (BW) door de gemeente. Om die reden rust op de ACM geen plicht tot handhaving. Om te kunnen beoordelen of mogelijk sprake is van een overtreding, is een uitgebreid onderzoek vereist. Dit zal voor een langere tijd beslag leggen op (een aanzienlijk deel van) de onderzoekscapaciteit van de ACM. De inzet van specialistische kennis is daarbij noodzakelijk. Deze kennis is schaars en zet de ACM reeds in op andere (lopende) zaken. Vanwege de noodzaak om haar onderzoekscapaciteit doelmatig in te zetten, moet de ACM prioriteiten stellen. De ACM betreft verder in haar

prioriteringsoordeel dat zij verwacht dat het college aan de slag gaat met de knel- en verbeterpunten die ten aanzien van zijn erfpachtbeleid zijn gesignaleerd in relatie tot de consumentenbescherming. Verder staat het onderwerp 'consumentenbescherming bij erfpacht door overheden' op de agenda van de Tweede Kamer. Gelet op deze ontwikkelingen 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 op dit moment belemmerend kan werken, omdat in dat geval eerst het onderzoek van de ACM - met een onzekere uitkomst - zal worden afgewacht. Dit zou niet in het belang van eisers zijn. Vanuit het oogpunt van doeltreffendheid en doelmatigheid is de ACM van oordeel dat een nader onderzoek en de gevolgen die dat met zich meebrengt voor andere zaken, niet in verhouding staan tot het effect dat de ACM met haar optreden in deze zaak zou kunnen bereiken. Het belang van verdergaand onderzoek in deze zaak weegt daarom minder zwaar dan het belang van (het continueren van) onderzoek in andere zaken.

## **Beoordeling door de rechtbank**

### **3.**

De rechtbank beoordeelt de rechtmatigheid van de besluiten tot afwijzing van de handhavingverzoeken. Zij doet dat aan de hand van de beroepsgronden van eisers.

### **4.**

De beroepen zijn gegrond omdat de bestreden besluiten wat betreft de toepassing van de prioriteringscriteria een motiveringsgebrek bevatten. De rechtbank zal de bestreden besluiten daarom vernietigen maar ziet aanleiding de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten in stand te laten omdat de ACM het gebrek in de beroepsprocedure heeft hersteld. Hierna legt de rechtbank uit hoe zij tot dit oordeel komt en welke gevolgen dit oordeel heeft.

#### **4.1.**

De voor de beoordeling van de beroepen belangrijke wet- en regelgeving is te vinden in de bijlage bij deze uitspraak.

## **Heeft de ACM het toetsingskader voor toepassing van het prioriteringsbeleid miskend?**

### **5.**

Eisers betogen dat de beginselplicht tot handhaving inhoudt dat er alleen in bijzondere omstandigheden kan worden afgezien van handhaving. Prioriteringsbeleid is dus een uitzondering op de beginselplicht waarbij in het kader van de belangenafweging gewicht toekomt aan een doelmatige inzet van beperkte handhavingscapaciteit. Om toe te komen aan de vraag of prioriteringsbeleid een reden is om in een bepaald geval niet te handhaven, moet eerst worden vastgesteld of het aannemelijk is dat er een overtreding is. Dat vergt dus daadwerkelijk onderzoek naar de overtreding. Ook kan het bestuursorgaan aannemen dat de gestelde overtreding er is en daarna op die basis de belangenafweging verrichten. De in deze zaken verrichte belangenafweging is feitelijk onvolledig uitgevoerd, omdat niet kan worden beoordeeld of handhaving geen prioriteit heeft, als het bestuursorgaan geen zicht heeft op de omvang en ernst van de mogelijke overtredingen. Dat altijd onderzoek moet worden verricht geldt voor alle bestuursorganen maar des te meer voor de ACM, omdat klagers in het mededingingsrecht zelf niet over toereikende onderzoeksmiddelen of andere effectieve (rechts)wegen beschikken om de gestelde inbreuk aan de orde te stellen.

#### **5.1.**

Deze beroepsgrond slaagt niet.

### 5.1.1.

Anders dan eisers stellen, geldt de zogeheten beginselplicht tot handhaving voor de ACM pas op het moment dat zij daadwerkelijk een overtreding heeft vastgesteld. De ACM stelt dus terecht dat zij niet al verplicht is om te handhaven bij (slechts) een vermeende overtreding of naar aanleiding van (slechts) een klacht. Het standpunt van eiseres, dat eerst moet worden vastgesteld of het aannemelijk is dat er een overtreding is, volgt de rechtbank daarom niet.

### 5.1.2.

De ACM ontvangt meer verzoeken om handhaving en signalen over mogelijke overtredingen dan zij gelet op haar onderzoekscapaciteit in onderzoek kan nemen. Daarom voert de ACM een prioriteringsbeleid.<sup>[1.]</sup> In haar prioriteringsbeleid hanteert de ACM drie criteria op basis waarvan zij verzoeken om handhaving of signalen over mogelijke overtredingen beoordeelt: (1) hoe schadelijk het gedrag waarop het verzoek of het signaal ziet is voor de consumentenwelvaart, (2) hoe groot het maatschappelijk belang is bij het optreden van de ACM en (3) in hoeverre de ACM in staat is doeltreffend en doelmatig op te treden.

### 5.1.3.

De ACM heeft dus beoordelingsruimte bij de beantwoording van de vraag of zij tot uitgebreid onderzoek naar overtredingen van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), het BW of de Mw overgaat, waarbij zij uiteraard wel gebonden is aan de inhoud van haar prioriteringsbeleid. Gelet op het voorgaande ziet de rechtbank geen grond voor het oordeel dat de ACM het toetsingskader voor toepassing van het prioriteringsbeleid heeft miskend.

## Heeft de ACM gehandeld in strijd met haar prioriteringsbeleid?

### 6.

Eisers betogen subsidiair dat de ACM het handhavingsverzoek feitelijk op één criterium uit haar prioriteringsbeleid heeft afgedaan, namelijk dat onderzoek onvoldoende doeltreffend en doelmatig zou zijn. De overige twee criteria - maatschappelijk belang en consumentenwelvaart - heeft zij ten onrechte niet kenbaar betrokken bij de afweging. De ACM heeft dus in strijd gehandeld met haar beleid. De consumentenwelvaart is hier in het geding. De ongeveer 200.000 Amsterdamse erfpachters lijden nadeel van de oneerlijke handelspraktijken van de gemeente en het misbruik van de machtspositie door de gemeente. Daarnaast is er een groot maatschappelijk belang. Hier is sprake van een niet gereguleerd natuurlijk monopolie waarbij de markt niet naar behoren werkt. Daarbij komt dat de ACM het thema van aanbieders op de woningmarkt die misbruik maken van hun positie en oneerlijke handelspraktijken hanteren, zelf nadrukkelijk op haar agenda heeft geplaatst. Onder die aanbieders op de woningmarkt valt ook een eigenaar die gronden in erfpacht uitgeeft.

### 6.1.

De rechtbank oordeelt als volgt.

### 6.2.

In het prioriteringsbeleid staat onder het kopje "Prioriteringscriteria" onder meer het volgende (onderstreping door de rechtbank):

"(...) In haar prioriteringsbeleid hanteert de ACM drie criteria op basis waarvan zij verzoeken om handhaving of

signalen over mogelijke overtredingen beoordeelt: (...). ACM beziet en weegt de scores op deze criteria *in samenhang af. Aan de hand van de drie criteria* bepaalt de ACM aan welke verzoeken om handhaving of signalen zij prioriteit geeft. (...)"

Onder het kopje "Toepassing" staat onder meer het volgende (onderstreping door de rechtbank):  
"Het prioriteringsbeleid is *geen optelsom*. Een verzoek om handhaving of signaal hoeft niet "hoog" te scoren op alle criteria voordat een handhavingsonderzoek zal worden opgestart. Vaak zal er aanleiding zijn om volledig handhavingsonderzoek uit te voeren wanneer er een hoge score is op meer dan één criterium. Aan de andere kant, *op basis van een lage(re) score bij één criterium, kan de ACM reeds concluderen dat een volledig handhavingsonderzoek (op dat moment) niet is aangewezen.*"

### 6.2.1.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft de ACM bij het initieel inventariserend onderzoek wel oog gehad voor de drie criteria die zij op grond van haar eigen prioriteringsbeleid in haar beoordeling betreft, te weten: (i) hoe schadelijk is het gedrag waarop het verzoek of het signaal ziet voor de consumentenwelvaart, (ii) hoe groot is het maatschappelijk belang bij het optreden van de ACM en (iii) in hoeverre is de ACM in staat doeltreffend en doelmatig op te treden.

### 6.2.2.

Dat de ACM in haar initieel inventariserend onderzoek voldoende zorgvuldig te werk is gegaan en alle drie de prioriteringscriteria heeft betrokken blijkt uit het volgende. In de eerste plaats is van belang dat de ACM over dit onderwerp al langer in gesprek is met de gemeente. Dit blijkt uit de brief van de ACM van 16 september 2021 waarin onder meer het volgende staat:

"(...) Uit de meldingen blijkt onvrede over het erfpachtstelsel van gemeente Amsterdam in het algemeen en over de informatieverschaffing door de gemeente over de overstapregeling naar eeuwigdurende erfpacht en de tijdelijke voorwaarden daarbij in het bijzonder. (...)"

Zoals op vrijdag 10 september 2021 mondeling met u besproken, concludeert de ACM dat de gemeente er goed aan zou doen de overstapregeling naar eeuwigdurende erfpacht tegen de voorwaarden die gelden voor aanvragen die voor 8 januari 2020 zijn gedaan, nog één keer open te stellen voor spijtoptanten. (...)

#### *Voorlopige conclusies*

#### *Consumentenrecht*

(...) 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. (...) 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.

#### *Mededingingswet*

De ACM heeft vooralsnog geen aanknopingspunten voor een overtreding van de Mededingingswet. Dit kan uiteraard veranderen als nieuwe informatie daar aanleiding toe geeft.

#### *Vervolg*

De ACM kiest er op dit moment niet voor om nader onderzoek te doen. De reden daarvoor is dat een dergelijk

onderzoek geen oplossing biedt voor consumenten die zich benadeeld voelen.

Met het gesprek van afgelopen vrijdag en deze brief dringt de ACM er bij de gemeente op aan om alsnog een oplossing te bieden aan spijtoptanten die niet tijdig een aanvraag hebben gedaan. (...)"

### 6.2.3.

Verder is van belang dat de ACM de signalen die zij van eisers (en ook andere erfpachters) heeft ontvangen, serieus heeft genomen. Dit blijkt uit het feit dat zij eisers in de gelegenheid heeft gesteld om hun handhavingsverzoek mondeling of schriftelijk toe te lichten. Ook heeft de ACM de handhavingsverzoeken van eisers doorgestuurd naar de gemeente. De gemeente heeft op 5 april 2022 haar visie gegeven op de klacht van eiser 1. Eiser 1 heeft op verzoek van de ACM op 2 mei 2022 schriftelijk gereageerd op de visie van de Gemeente Amsterdam. Vervolgens heeft de ACM op 19 april 2022 en 13 mei 2022 in het kader van alle handhavingsverzoeken de gemeente een informatieverzoek respectievelijk een aanvullend informatieverzoek gezonden. De gemeente heeft hier op 9 juni 2022 schriftelijk op gereageerd. De ACM heeft op 18 mei 2022 aan eiser 1 een informatieverzoek gestuurd. Eiser 1 heeft dit informatieverzoek op 9 juni 2022 beantwoord. De ACM heeft op 7 juni 2022 aanvullende vragen gesteld aan eiseres 2, waar zij bij e-mail van 16 juni 2022 op heeft gereageerd. Daarna heeft de ACM eisers bij e-mail van 28 juni 2022 in de gelegenheid gesteld om te reageren op de reactie van de gemeente. Eiser 1 en eiseres 2 hebben van die gelegenheid gebruik gemaakt op 5 juli 2022 en gemachtigde heeft dat gedaan op 20 juli 2022.

De rechtbank leidt hieruit af dat de ACM zich heeft ingespannen om helder te krijgen wat de respectievelijke standpunten van eisers en de gemeente zijn en waar tussen hen de schoen wringt. Ook heeft de ACM aangegeven zelf onderzoek te hebben gedaan op grond van openbare bronnen.

### 6.2.4.

Daarnaast heeft de ACM ook op 12 april 2023 nog met de gemeente gesproken, onder andere over de vele klachten en handhavingsverzoeken van Amsterdamse erfpachters en de door de gemeente ingezette verbetertrajecten. Dit geeft blijk van voortdurende aandacht van de ACM voor deze problematiek, dus ook na afwijzing van de handhavingsverzoeken van eisers.

### 6.3.

Gelet op het voorgaande kan niet worden gezegd dat de ACM in het kader van het initieel inventariserend onderzoek alleen oog heeft gehad voor het prioriteringscriterium doeltreffendheid en doelmatigheid. Met de hiervoor opgesomde acties richting de gemeente maakt zij duidelijk ook aandacht te hebben voor de andere twee criteria, namelijk de schadelijkheid van het gedrag voor de consumentenwelvaart en hoe groot het maatschappelijk belang is bij het optreden van de ACM.

### 6.4.

In de besluiten van 8 augustus 2022 zijn de handhavingsverzoeken afgewezen met het argument dat het niet doeltreffend en doelmatig is om een volledig handhavingsonderzoek te starten. Dat is op zichzelf in overeenstemming met wat in het prioriteringsbeleid staat onder het kopje "Toepassing", namelijk dat op basis van een lage score op één van de drie prioriteringscriteria kan worden geconcludeerd dat een volledig handhavingsonderzoek niet is aangewezen. De ACM heeft in de bestreden besluiten echter ten onrechte niet kenbaar gemotiveerd dat zij de handhavingsverzoeken van eisers op basis van alle drie de prioriteringscriteria heeft beoordeeld en dat zij de scores op deze drie criteria in onderlinge samenhang heeft gezien en gewogen. De bestreden besluiten berusten daarom niet op een deugdelijke motivering en zullen wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb worden vernietigd.

### 6.5.

De rechtbank ziet echter aanleiding om de rechtsgevolgen van de vernietigde besluiten in stand te laten omdat de ACM in beroep alsnog toereikend heeft gemotiveerd dat zij in haar initieel inventariserend onderzoek alle drie de prioriteringscriteria heeft meegewogen en ook dat zij haar bevindingen op deze drie criteria in onderlinge samenhang heeft gezien en gewogen. Dit volgt uit het verweerschrift (in het bijzonder de hoofdstukken 3 en 4) en uit hetgeen de rechtbank hiervoor in rechtsoverwegingen 6.2.1 tot en met 6.3 heeft overwogen.

## **Zijn de besluiten genomen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur?**

### **7.**

Eisers betogen meer subsidiair dat het prioriteringsbesluit 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. De ACM onderbouwt de stelling dat dit onderzoek tijdrovend zal zijn en ten koste van andere onderzoeken zal gaan in het geheel niet. Het eenvoudigweg stellen dat er onvoldoende capaciteit is, is niet toereikend als motivering. Ook motiveert de ACM niet waarom de andere onderzoeken zwaarder wegen voor de ACM.

De ACM veronderstelt ten onrechte dat de gemeente en de Tweede Kamer gaan ingrijpen in dit dossier en staft op geen enkele wijze waar die verwachting op is gebaseerd.

### **7.1.**

Deze beroepsgrond slaagt niet.

#### **7.1.1.**

Uit de eerder geciteerde delen van het prioriteringsbeleid volgt dat de ACM de scores op deze criteria in samenhang beziet en afweegt. Het prioriteringsbeleid is geen optelsom en een verzoek om handhaving of signaal hoeft dus niet “hoog” te scoren op alle criteria voordat een handhavingsonderzoek zal worden opgestart. Aan de andere kant kan de ACM op basis van een lage(re) score bij één criterium, reeds concluderen dat een volledig handhavingsonderzoek (op dat moment) niet is aangewezen.

### **7.2.**

Op grond van het initieel inventariserend onderzoek heeft de ACM geen reden gezien om aan te nemen dat sprake is van een overtreding van de Mw, het BW of de Whc. De ACM stelt zich op het standpunt dat zij diepgaand onderzoek zal moeten doen om een overtreding vast te stellen. In het verweerschrift heeft de ACM daarbij gewezen op de volgende aspecten.

#### **7.2.1.**

De gestelde oneerlijke handelspraktijken hebben te maken met de wijze waarop de gemeente het erfpachtcanon berekent en de methode die de zij daarvoor gebruikt. Om deze berekeningen en methoden te kunnen beoordelen is specialistische kennis nodig. Voor zover de ACM dit al zelf zonder hulp van deskundigen kan beoordelen, is deze kennis schaars. Daarbij komt dat onduidelijk is hoe de gemeente een oneerlijke handelspraktijk verricht door ten onrechte gebruik te maken van de BSQ (buurtstraatquote)-methode voor het berekenen van de herbouwwaarde. Dat de gemeente wellicht voor een andere methode had kunnen kiezen, maakt niet dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. Ook is onduidelijk hoe de gestelde handelspraktijk die bestaat uit het onvoldoende waarborgen bieden voor erfpachters die het niet eens zijn met hun canonaanbieding, kan worden gekwalificeerd als oneerlijke handelspraktijk. De verwijzing door eisers naar de



brief van 16 september 2021 slaagt niet, nu uit de brief expliciet volgt dat er onvoldoende aanknopingspunten zijn voor de conclusie dat de gemeente een oneerlijke handelspraktijk heeft verricht. De ACM komt in dit geval, na vooronderzoek naar aanleiding van de handhavingsverzoeken, tot eenzelfde conclusie.

### 7.2.2.

Om vast te kunnen stellen of de bedingen uit de Algemene Bepalingen (AB2000) onredelijk bezwarend zijn, moet de ACM nader onderzoek doen naar de aard en inhoud van de overeenkomsten, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Eisers benadrukken dat zelf ook. Dit onderzoek vergt specialistische kennis die de ACM momenteel inzet op andere lopende zaken. Deze zaken zou de ACM tijdelijk moeten stopzetten. Dit is niet doelmatig. Bovendien volgt uit rechtspraak<sup>[2.]</sup> dat artikel 11 van AB2000 niet als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt in de zin van artikel 6:236, aanhef onder n, van het BW. Ook is nader onderzoek niet doeltreffend, aangezien de ACM niet bevoegd is om te handhaven op de niet-naleving van op zichzelf redelijke contractvoorwaarden.

### 7.2.3.

Om te kunnen vaststellen dat artikel 24 van de Mw is overtreden, dient eerst vastgesteld te worden dat de gemeente beschikt over een economische machtspositie. Om de positie van de gemeente op een markt vast te stellen, dient dus allereerst de relevante markt afgebakend te worden. Dit vergt een economische analyse van zowel de relevante productmarkt als de relevante geografische markt. Hiervoor is schaarse, specialistische kennis en capaciteit vereist die dan niet kan worden ingezet in andere zaken. De ACM kiest er op basis van de prioriteitsafweging voor om voorrang te geven aan ander onderzoek. Dit mede omdat er geen aanwijzingen zijn dat de concurrentie en goede marktwerking worden verstoord. Er zijn namelijk geen aanwijzingen dat sprake is van excessieve prijzen. Daarmee staat niet op voorhand vast dat sprake is van misbruik van een economische machtspositie. De ACM heeft daarom afgezien van het nader onderzoeken van de klachten van eisers.

### 7.3.

Gelet op het voorgaande acht de rechtbank aannemelijk dat de ACM diepgaand onderzoek zal moeten doen om een overtreding vast te stellen, waarvoor schaarse specialistische kennis is vereist, die de ACM op dit moment inzet op andere onderzoeken. De ACM heeft dit mogen betrekken in haar oordeel of het doelmatig en doeltreffend is om over te gaan tot een volledig handhavingsonderzoek.

### 7.4.

Daarnaast heeft de ACM ook andere redenen gegeven op grond waarvan het volgens haar niet doelmatig en doeltreffend is om over te gaan tot een volledig handhavingsonderzoek, namelijk de volgende recente ontwikkelingen die volgens haar tot verbeteringen kunnen leiden.

#### 7.4.1.

Dat is in de eerste plaats de ontwikkeling dat de gemeente al bezig is met het beter informeren van erfpachters. De ACM heeft op dit punt in het verweerschrift verwezen naar de Raadsinformatiebrief van 7 juli 2022, waarin de gemeente uiteenzet hoe zij concreet invulling geeft aan de verbetering van de positie van erfpachters, onder meer het beter en op een begrijpelijke wijze informeren van erfpachters over het erfpachtstelsel, door het grondwaardebeleid beter toe te lichten, een algemene bijsluiter te maken voor consumenten en betere voorlichting te bewerkstelligen voor nieuwe erfpachters via het notariaat, hypotheekadviseurs en de makelaardij.

#### 7.4.2.

Verder heeft de ACM erop gewezen dat de gemeente ten aanzien van de BSQ al bezig is met het beter informeren van erfpachters, onder meer door het verstrekken van grondwaarderapporten, waarin inzicht wordt gegeven in de wijze waarop de BSQ is bepaald. Ook verstrekt de gemeente op verzoek, een 'leeg' rekenmodel: een format waarmee de stappen om te komen tot de BSQ inzichtelijk worden. Verder heeft de ACM in het verweerschrift gewezen op de omstandigheid dat de gemeente ook voornemens is om twee onafhankelijke commissies in te voeren: een externe adviescommissie die de gemeente vooraf adviseert over voorgenomen beleidswijzigingen en een onafhankelijke geschillencommissie waar de erfpachter terecht kan als hij een geschil heeft met de gemeente over zijn erfpacht.

#### 7.4.3.

Ook heeft de ACM gewezen op de omstandigheid dat de gemeente naar aanleiding van haar brief op 23 november 2022 een spijtoptantenregeling heeft vastgesteld voor erfpachters die niet tijdig zijn overgestapt naar het eeuwigdurende erfpachtstelsel.

#### 7.4.4.

Tot slot heeft de ACM erop gewezen dat het onderwerp 'consumentenbescherming bij erfpacht door overheden' op de agenda van de Tweede Kamer staat. In dit kader is onlangs een motie aangenomen waarin de regering wordt verzocht om tot betere consumentenbescherming bij erfpacht te komen en hierbij de Autoriteit Financiële Markten als toezichthouder aan te wijzen.

#### 7.5.

De rechtbank kan het standpunt van de ACM, dat zij er gelet op deze ontwikkelingen niet van overtuigd is dat zij met het starten van een volledig handhavingsonderzoek een effectieve bijdrage kan leveren aan de discussie over het erfpachtbeleid in de gemeente Amsterdam, volgen. Hetzelfde geldt voor het standpunt dat de ACM het zelfs mogelijk acht dat dergelijk onderzoek belemmerend kan uitwerken op de voortgang bij de gemeente en de Tweede Kamer, omdat de gemeente dan vermoedelijk eerst het onderzoek van de ACM - met een onzekere uitkomst - zal afwachten.

#### 7.6.

Op grond van al het voorgaande heeft de ACM kunnen beslissen dat zij om redenen van doelmatigheid en doeltreffendheid niet overgaat tot een uitgebreid onderzoek en dat reeds daarom de handhavingverzoeken worden afgewezen. Dit is niet in strijd met het prioriteringsbeleid, waarin onder het kopje "Toepassing" immers staat vermeld dat de ACM op basis van een lage(re) score bij één criterium reeds kan concluderen dat een volledig handhavingsonderzoek (op dat moment) niet is aangewezen.

#### 7.7.

Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van de rechtbank aan het zorgvuldigheids- en motiveringsvereiste voldaan. Waarom de bestreden besluiten in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel hebben eisers onvoldoende gemotiveerd.

### Conclusie en gevolgen

#### 8.

De beroepen zijn gegrond. De rechtbank vernietigt de bestreden besluiten en bepaalt met toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder a, van de Awb dat de rechtsgevolgen van de vernietigde besluiten in stand blijven.

9.

Omdat het besluit pas in beroep is voorzien van een toereikende motivering bestaat aanleiding om de ACM te veroordelen in de door eisers gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.674 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting), met een waarde per punt van € 837 en een wegingsfactor 1. De rechtbank is van oordeel dat sprake is van samenhangende zaken die voor de veroordeling in de proceskosten als één zaak worden beschouwd.

10.

Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, zal de ACM ook worden opgedragen aan eisers het door hen betaalde griffierecht van € 1.095 (3x € 365) te vergoeden.

## Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt de bestreden besluiten;
- bepaalt dat de rechtsgevolgen van de vernietigde besluiten in stand blijven;
- veroordeelt de ACM in de proceskosten van eisers tot een bedrag van € 1.674;
- bepaalt dat de ACM aan eisers het door hen betaalde griffierecht van € 1.095 dient te vergoeden.

## Noot

**Auteur:** C.M.M. van Mil

1.

Bovenstaande uitspraak ziet op de toepassing door de ACM van specifiek prioriteringsbeleid dat ziet op het opstarten van een (nader) onderzoek naar aanleiding van een handhavingsverzoek. Interessant is het oordeel van de rechtbank dat de beginselplicht tot handhaving pas geldt als een overtreding is vastgesteld in het licht van het prioriteringsoordeel van de ACM. De rechtbank gaat niet mee in het standpunt van eisers dat eerst moet worden vastgesteld of het aannemelijk is dat er een overtreding is. Voor de (toezichthoudende) overheid is de hier gepubliceerde uitspraak nuttig gelet op de overwegingen over het prioriteringsbeleid en (de omvang van) het onderzoek naar een overtreding naar aanleiding van een handhavingsverzoek.

2.

In het kort ziet deze zaak op een drietal afgewezen handhavingsverzoeken gericht tegen de gemeente Amsterdam als grondeigenaar en erfverpachter. Betoogd werd dat de gemeente in strijd handelt met regelgeving met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken, dat zij onredelijk bezwarende algemene erfpachtvoorwaarden hanteert en dat zij haar economische machtspositie misbruikt. De ACM is om redenen van doelmatigheid en doeltreffendheid niet overgegaan tot een uitgebreid onderzoek en heeft de verzoeken daarom afgewezen op grond van haar prioriteringsbeleid. Daarbij stelt de ACM voorop dat na inventariserend

onderzoek niet kan worden vastgesteld of sprake is van een mogelijke overtreding. Daarvoor zou uitgebreid onderzoek nodig zijn waarvoor schaarse specialistische kennis is vereist. De ACM stelt dat er om die reden geen plicht tot handhaving op haar rust. De rechtbank oordeelt dat de beginselplicht tot handhaving pas geldt op het moment dat daadwerkelijk een overtreding is vastgesteld en dat de ACM terecht stelt dat zij niet al verplicht is om te handhaven bij (slechts) een vermeende overtreding of klacht (r.o. 5.1.1). De rechtbank gaat niet mee in het betoog van eisers dat prioriteringsbeleid een uitzondering is op de beginselplicht waarbij in het kader van de belangenafweging gewicht toekomt aan een doelmatige inzet van beperkte handhavingscapaciteit en dat er eerst onderzoek zou moeten worden uitgevoerd. Geoordeeld wordt dat de ACM beoordelingsruimte heeft bij de beantwoording van de vraag of zij tot uitgebreid onderzoek naar overtredingen overgaat, waarbij zij gebonden is aan haar prioriteringsbeleid (r.o. 5.1.3).

### 3.

De rechtbank oordeelt in eerste instantie dat de besluiten niet op een deugdelijke motivering berusten, omdat niet kenbaar is gemotiveerd dat de ACM de handhavingsverzoeken op basis van alle drie de prioriteringscriteria ((i) hoe schadelijk is het gedrag voor de consumentenwelvaart, (ii) hoe groot is het maatschappelijk belang bij het optreden van de ACM en (iii) in hoeverre is de ACM in staat doeltreffend en doelmatig op te treden) heeft beoordeeld en dat zij de scores in onderlinge samenhang heeft gezien en gewogen. De rechtsgevolgen worden echter wel in stand gelaten. De rechtbank acht aannemelijk dat de ACM diepgaand onderzoek zal moeten doen om een overtreding vast te stellen, waarvoor schaarse specialistische kennis is vereist op een aantal verschillende aspecten, die de ACM op dit moment inzet op andere onderzoeken. Daarnaast heeft de ACM gewezen op recente ontwikkelingen die volgens haar tot verbeteringen kunnen leiden. De ACM stelt dat zij er gelet op deze ontwikkelingen niet van overtuigd is dat zij met het starten van een volledig handhavingsonderzoek een effectieve bijdrage kan leveren aan de discussie over het erfpachtbeleid in de gemeente Amsterdam.

### 4.

Over prioritering in handhavingsbeleid en de vraag wanneer op basis van dit beleid van handhavend optreden kan worden afgezien, is de afgelopen jaren de nodige rechtspraak verschenen. Hieruit volgt dat prioritering op zichzelf mag. Handhavingsbeleid mag er echter niet op zien dat tegen overtredingen met een lage prioriteit nimmer wordt opgetreden (zie bijvoorbeeld ABRvS 4 juni 2014, AB 2014/451). Prioriteitstelling is toegestaan om in het kader van doelmatige handhaving onderscheid te maken in de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de handhavingstaak. Dit betekent dat prioritering bepalend kan zijn voor de mate van toezicht en dat prioritering kan inhouden dat bij bepaalde lichte overtredingen alleen na een klacht of verzoek wordt beoordeeld of handhavend moet worden opgetreden. Uitgangspunt van de Afdeling is dat als het bevoegd gezag voor handhaving andere prioriteiten stelt, dit een keuze is van het bestuursorgaan. Dat is geen bijzondere omstandigheid om van handhaving af te zien (zie o.a. ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2614; ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1982; ABRvS 24 februari 2016, AB 2016/119; ABRvS 1 september 2021, AB 2021/320 en ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2614).

### 5.

De keuze van een bestuursorgaan om aan een bepaalde overtreding een lage prioriteit toe te kennen (bijvoorbeeld vanwege beperkte handhavingscapaciteit), geldt dus niet als een bijzondere omstandigheid om niet tot handhavend optreden over te gaan. Dit betekent dat het bestuursorgaan na een verzoek om handhaving een afweging zal moeten maken in het individuele geval, waarbij de belangen van de verzoeker worden betrokken. Bij deze afweging moet het bestuursorgaan beoordelen of het ondanks de prioritering in dat concrete geval toch moet optreden. Het resultaat van die afweging kan ook zijn dat van handhaving wordt afgezien, gelet op het karakter van het overtreden voorschrift, het daarbij betrokken algemene belang en de belangen van de verzoeker (zie bijvoorbeeld ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2614).

## 6.

In de hier gepubliceerde uitspraak is van belang dat het handhavingsbeleid van de ACM een stapje verder gaat dan prioriteringsbeleid binnen de context van de beginselplicht waarop eisers wijzen. Binnen het betreffende beleid van de ACM wordt niet geprioriteerd aan de hand van bepaalde soorten of categorieën van overtredingen, maar het betreft specifiek prioriteringsbeleid dat ziet op het moment waarop de ACM (nader) onderzoek doet naar een vermeende overtreding op basis van een handhavingsverzoek. Het oordeel van de rechtbank dat de beginselplicht of signaal geldt op het moment dat een overtreding wordt geconstateerd, is naar mijn idee dogmatisch gezien juist. Daarmee lijkt echter toch een beetje voorbij te worden gegaan aan de kern van het betoog van eisers. Hoewel de plicht om in beginsel te handhaven pas in beeld komt op het moment dat een overtreding is geconstateerd, laat de beginselplicht onverlet dat er bij een handhavingsverzoek (eerst) moet worden onderzocht of sprake is van een overtreding. In deze discussie moeten de onderzoeksplicht in het kader van een zorgvuldige voorbereiding en de rol van prioriteringsbeleid bij het afzien van handhaving binnen de context van de beginselplicht van elkaar worden onderscheiden.

## 7.

Het oordeel van de rechtbank is in lijn met eerder gewezen uitspraken over beleid dat ziet op de prioritering van nader onderzoek naar een overtreding na een handhavingsverzoek, waarin in vergelijkbare zin is geoordeeld (zie Rb. Rotterdam 14 augustus 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:7133 en Rb. Rotterdam 12 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7189). Ook het CBb heeft zich al eens uitgelaten over prioritering(sbeleid) en onderzoek na een handhavingsverzoek in het kader van gesteld misbruik van machtspositie door KLM en SLM op de vliegroute Amsterdam-Paramaribo (zie CBb 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700, AB 2010/242). Ook in die uitspraak wordt de beginselplicht aangehaald (r.o. 7.2.1). Het CBb komt tot de slotsom dat de NMa - niettegenstaande de beleidsruimte bij het bepalen van de opportuniteit van (nader) onderzoek - ten onrechte heeft afgezien van een onderzoek ten gronde. Hoewel het onderzoek in die zaak noodzakelijkerwijs een retrospectief karakter had, zodat ten tijde van het besluit op bezwaar nog een te korte periode was verstreken om zinvol onderzoek te doen, had dit in de gegeven omstandigheden volgens het CBb niet mogen leiden tot het geheel afzien van onderzoek. Dit had aanleiding moeten geven om een onderzoek op een later moment (wanneer voldoende gegevens beschikbaar waren) in het vooruitzicht te stellen. Het CBb neemt daarbij in aanmerking dat van de NMa op grond van zijn toezichthoudende taak in het onderhavige geval een actieve opstelling moet worden verlangd. Het CBb wijst er ook op dat het voor appellante praktisch zeer moeilijk is om langs een andere (rechts)weg bescherming te verkrijgen tegen de door haar gestelde inbreuk op de mededingingsregels.

## 8.

In bovenstaande uitspraak zijn dergelijke overwegingen niet zo concreet opgenomen. Had de ACM in de onderhavige zaak wellicht niet ook een nader onderzoek in de toekomst in het vooruitzicht moeten stellen? In het ten tijde van de bestreden besluiten geldende beleid staat immers ook opgetekend:

“Toepassing van de criteria laat onverlet dat op een later moment eerder minder prioritair geachte onderzoeken alsnog opgestart kunnen worden.”

De rechtbank noemt in de uitspraak wel dat de ACM op basis van een lage(re) score bij één criterium reeds kan concluderen dat een volledig handhavingsonderzoek “(op dat moment)” niet is aangewezen (r.o. 7.6), maar uit de uitspraak blijkt niet duidelijk dat de ACM dit ook zelf in de besluitvorming heeft betrokken (r.o. 2.1). De beslissing op de handhavingsverzoeken in deze zaak dient te worden geplaatst in de sleutel van de onderzoeksplicht en de zorgvuldige besluitvorming als bedoeld in artikel 3:2 van de Awb. De beginselplicht tot handhaving laat dit onverlet. Uit bovenstaande uitspraak volgt dat ook prioriteringsbeleid ten aanzien van (de omvang van) het onderzoek naar een overtreding is toegestaan. Wel geldt er een zware motiveringsplicht. Aan de hand van de omstandigheden van het geval moet concreet en duidelijk worden toegelicht waarom er vanuit

het oogpunt van doelmatigheid en doeltreffendheid niet tot nader onderzoek - en dus niet tot handhaving - wordt overgegaan. Prioriteringsbeleid speelt hier weliswaar een belangrijke rol in, maar dit vergt nog steeds een gedegen inkleuring op basis van de feiten. Aan enig (of: inventariserend) onderzoek valt niet te ontkomen.

---

## Voetnoten

[1.] Ten tijde van het bestreden besluit: Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt, *Staatscourant* 18 maart 2016, 14564.

[2.] Het arrest van het gerechtshof Den Haag van 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, en het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371.