

# ACM moet bij toezicht goed onderzoek doen naar concrete overtredingen

Effectiviteit ACM onder de maat: meeste boetes worden bij de rechter vernietigd of verlaagd

Bas Braeken, Martijn van de Hel en Diederik Schrijvershof

**D**e Autoriteit Consument en Markt is een professionele organisatie van ruim 500 mensen die zich niet alleen richt op mededingingstoezicht, maar ook op marktregulering en consumentenbescherming. Een belangrijk onderdeel van een sterk functionerend bestuursorgaan is het nemen van goede en voorspelbare besluiten. Dit dwingt respect en naleving van de regels af. De ACM slaagt hier onvoldoende in.

De output en effectiviteit van de ACM zijn momenteel onder de maat. De meeste boetes worden bij de rechter vernietigd of verlaagd. Dit komt vooral doordat de ACM zowel het onderzoek doet als de boete oplegt. Ambtenaren ontkomen hierdoor moeilijk aan groepsdenken en daarmee tunnelvisie.

Er zijn binnen de ACM onvoldoende checks-and-balances om dit te voorkomen. Een oplossing is intern meer tegenspraak organiseren of externe specialisten — bijvoorbeeld oud-rechters of hoogleraren — inschakelen, die op zwakke plekken in een zaak wijzen of adviseren een onderzoek tijdig te staken.

Klachten wijst de ACM geregeld af op grond van haar prioriteringsbeleid. De ACM beroept zich daarbij op de slagingskansen van haar optreden in combinatie met de beperkte capaciteit en de geringe impact op de consumentenwelvaart.

Als deze toezichthouder personele slagkracht mist, dan is het van belang dat die wordt verruimd. Hierbij kan worden gedacht aan het aantrekken van ervaren ambtenaren van buitenlandse toezichthouders.

Ook dient de ACM zich te realiseren dat haar taak niet alleen bestaat uit de belangen van consumenten beschermen. De Mededingingswet die in januari 1998 is ingevoerd, is er om de structuur van een markt en daarmee de concurrentie als zodanig te beschermen.

In april 2013 fuseerden de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Consumentenautoriteit en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot ACM. Deze is met recht een eigenwijze toezichthouder en vaart in haar handhavingbeleid soms



ILLUSTRATIE: HEIN DE KORT VOOR HET FINANCIËLE DAGBLAD

een andere koers dan de Europese Commissie en buitenlandse toezichthouders.

In tegenstelling tot omringende landen geeft de ACM geen prioriteit aan mogelijk concurrentiebeperkende afspraken tussen leveranciers en afnemers, zoals het opleggen van een vaste wederverkoopprijs of een verbod via internet te verkopen. Dit verschil kan tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid leiden, vooral omdat op Europees niveau naar één interne — digitale — markt wordt gestreefd.

De ACM staat bovendien onder sterke politieke druk. Hierdoor worstelt de ACM met samenwerking en fusies in de zorg en samenwerking op het gebied van duurzaamheid. Ook richt de ACM

**ACM richt zich te veel op politiek sexy onderwerpen, zoals big data en big tech**

zich hierdoor te veel op politiek sexy onderwerpen, zoals big data, big tech, fintech en online(video) platforms. Gebieden waar mededingingsrechtelijk geen evidente problemen bestaan.

Om dezelfde reden beschrijft ACM via vrijblijvende 'position papers' en marktscans regelmatig ontwikkelingen op markten. Deze documenten hebben geen juridische status en leiden zelden tot opzienbarende conclusies, laat staan tot concrete verbetering van de concurrentie. De ACM kan haar tijd en capaciteit beter gebruiken door goed onderzoek naar concrete overtredingen te doen en op die manier duidelijk te maken wat haar visie is.

De politiek doet er goed aan zich te realiseren dat druk uitoefenen op de ACM tot ongewenste effecten leidt. De beleidsregels van de ACM worden door de minister van Economische Zaken opgesteld. Deze geven niet altijd blijk van een realistische kijk op de markt en het mededingingsrecht en wekken de indruk dat de ACM niet zelfstandig is.

Dit geldt ook voor de 'soft target' die het ministerie stelt voor de jaarlijks door de ACM uit te delen boetes. Ook de politieke oproep aan de ACM om meer aandacht te besteden aan niet-economische belangen bij toezicht op het kartelverbod helpt niet. Leg dit wettelijk vast, met inachtneming van de Europese mededingingsregels.

Vergelijkbaar is het plan in het regeerakkoord om bij de ACM een speciaal team voor digitale mededinging op te richten. Dit zal bij gebrek aan specifieke wetgeving voor de digitale economie niet snel tot iets leiden.

Er moet voor worden gewaakt dat bij de ACM de waan van de dag gaat regeren. Dat zal namelijk leiden tot een erosie van het mededingingstoezicht en de output en effectiviteit van de toezichthouder niet verbeteren.

.....  
**Bas Braeken, Martijn van de Hel en Diederik Schrijvershof zijn partner bij mededingingsrechtkantoor Maverick Advocaten.**