

MEDEDINGINGSRECHTADVOCAAT BAS BRAEKEN: "ALTERNATIEVE HANDHAVING: SNEL SCHOON SCHIP ÉN MIDDEL TEGEN MISBRUIK VAN MACHTSPOSITIE"

Bas Braeken, allround mededingsrechtadvocaat bij Maverick Advocaten in Amsterdam en specialist op het gebied van gereguleerde markten:

"Eva Lachnit snijdt met haar onderzoek een onderwerp aan dat zeker ook in Nederland actueel is. Een gevarieerd handhavingsinstrumentarium is op zichzelf gezien ook positief. De verscheidenheid aan gedragingen, ondernemingen en overtredingen maakt dat het 'one size fits all'-model bij inbreuken op het mededingingsrecht niet bijdraagt aan adequaat en passend toezicht.

Alternatieve handhaving kan een onderneming in staat stellen om snel schoon schip te maken. Zowel voor ACM als voor de onderneming(en) kleeft daaraan het voordeel niet nog jarenlang verwickeld te zijn in kostbare, complexe en omvangrijke procedures. Met name in situaties waarin de feiten onmiskenbaar wijzen op een overtreding kan alternatieve handhaving een uitkomst bieden. Dit speelde bijvoorbeeld in het door Lachnit genoemde Natuurazijnkartel, waar de onderneming in ruil voor erkenning van de overtreding een boetereductie van tien procent ontving. Overigens vind ik die reductie van tien procent wel wat aan de magere kant, zeker omdat je in ruil daarvoor afstand doet van je beroepsrecht.

Aan alternatieve handhaving kleven echter ook principiële bezwaren. Een principieel bezwaar is dat ACM alternatieve afdoening soms gebruikt om een eind te



maken aan in haar ogen *ongewenste* maar *niet* per definitie *verboden* gedragingen. Een goed voorbeeld hiervan is de zaak van de mobiele operators, waarbij de drie mobiele netwerk aanbieders hebben toegezegd terughoudender te zijn met het aankondigen van hun (voorgenomen) prijzen. Gelet op het beperkt aantal spelers op de markt vond ACM de situatie ongewenst, omdat partijen zo hun gedrag op elkaar konden afstemmen. Rechtstatelijk gezien is deze uitkomst onbevredigend, aangezien zij ACM te veel ruimte biedt om wettelijke normen naar eigen goeddunken, en zonder rechterlijke controle, in te vullen. Daarbij moet worden meegewogen dat alleen al de dreiging van een langdurig, ingrijpend en kostbaar kartelonderzoek voor veel ondernemingen voldoende reden is om toezeggingen te doen, zelfs indien het niet gaat om verboden gedragingen.

Alternatieve handhaving wordt momenteel bijna uitsluitend ingezet voor (vermeende) overtredingen van het kartelverbod. Maar alternatieve handhaving zou ook een uitkomst kunnen bieden voor zaken op het gebied van misbruik van machtspositie, de andere pijler van het mededingingsrecht. Dit soort zaken kunnen complex zijn en ingrijpend en kostbaar onderzoek vergen. Meestal besluit ACM dergelijke zaken dan ook niet te handhaven. Alternatieve handhaving zou een manier kunnen zijn om dit handhavingshiaat te dichten. Het is jammer dat ACM van die mogelijkheid tot op heden weinig gebruik heeft gemaakt."

supermarkten om alleen kippenvlees te verkopen dat (minimaal) onder die condities is voortgebracht. Lachnit: "Om problemen in de toekomst te voorkomen, vroegen de bedrijven de ACM om een oordeel over dit akkoord." De mededingingsautoriteit concludeerde op 26 januari 2015 dat de afspraken concurrentie beperken en daarom te ver gaan (zaaknummer: 13.0195.66).

VINGER AAN DE POLS

"Toezichthouders zijn niet zozeer aan het experimenteren, maar wel verschillende instrumenten aan het uitproberen. De grootste uitdaging voor mededingingsautoriteiten zal zijn om een balans te vinden tussen

alternatieve preventieve en repressieve handhaving." Van een botsing tussen recht en praktijk is volgens Lachnit nu geen sprake. Opvallend vindt ze wel dat er weinig jurisprudentie is over alternatieve handhaving. "De rechter komt er nauwelijks aan te pas. Terwijl het mededingingsrecht juist dankzij rechterlijke uitspraken evolueert." Het is volgens haar te vroeg om noodsignalen uit te zenden. "Maar het is zaak een vinger aan de pols te houden."

Wat ze zelf gaat doen na haar promotie? "Ik ga eerst aan de slag als universitair docent. Het lijkt me erg leuk om later nog eens bij een van de mededingingsautoriteiten of bij het ministerie van Economische Zaken te werken." ■