

Mededinging

De rechter fluit de Autoriteit
Consument en Markt opvallend
vaak terug bij boetes

economie **PAGINA** E10-11

Is de ACM wel effectief als waakhond tegen kartels?

De Autoriteit Consument en Markt wordt opvallend vaak teruggefloten in zaken over mededingingsboetes. Te vaak? Nee, zegt bestuursvoorzitter Snoep. „Meestal blijft de conclusie dat de wet is overtreden overeind.”

Door onze redacteurs

Sara Bouter en **Camil Driessen**

AMSTERDAM. Met 40,9 miljoen euro was het de hoogste boete die de Autoriteit Consument en Markt (ACM) ooit oplegde. In 2017 stelde de mededingingswaakhond dat de Nederlandse Spoorwegen hun economische machtspositie hadden misbruikt bij de aanbesteding van het openbaar vervoer in Limburg.

Deze zomer veegde de Rotterdamse rechtbank de boete van tafel. NS had geen economische machtspositie in Limburg, zo stelden de rechters. Dus viel er ook geen misbruik van te maken.

„De ACM lijdt behoorlijk vaak een nederlaag voor de rechter”, verwoordt Martijn van de Hel van Maverick Advocaten het sentiment dat onder veel mededingingsadvocaten leeft. Hij vocht de afgelopen jaren onder meer met succes kartelboetes aan tegen huizenhandelaren en een acculeverancier.

Die opvatting vindt een basis in de cijfers. Uit een analyse door NRC van de 21 kartelboetes die sinds de oprichting van de ACM voor de rechter kwamen, blijkt dat die besluiten zelden overeind blijven. Sinds 2013 werd in zeventien gevallen de opgelegde boete geschrapt of verlaagd. Het betreft rechterlijke oordelen waartegen geen hoger beroep mogelijk is. Vrijwel allemaal zijn ze van de hoogste rechter in het economisch bestuursrecht, het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). De NS-zaak valt hier niet onder: de ACM is in hoger beroep gegaan.

Te veel willen

De opvallendste nederlaag voor de ACM is de zaak rond het veronderstelde kartel van huizenhandelaren. In 2011 en 2013 legde de mededingingsautoriteit zo'n 13 miljoen euro aan boetes op aan zeventig handelaren op executieveilingen. Daar worden huizen verkocht van mensen die hun hypotheek niet meer betalen. Handelaren zouden jarenlang hebben samengehouden - voor 2.328 veilingen, zo telde de ACM - om de prijzen zo laag mogelijk te houden. Vervolgens verhandelden ze op een 'naveiling' de huizen opnieuw en verdeelden onderling de winst.

Nadat zo'n zestig huizenhandelaren in beroep waren gegaan, vernietigde het CBB de boetes in 2017. Bij ruim tweehonderd veilingen was volgens de rechter weliswaar samengewerkt om prijsvorming te frustreren. Maar voor „één voortdurende overtreding” zoals de ACM beweerde, was onvoldoende bewijs. Vorig jaar Kerst ontvingen de huizenhandelaren een excuusbrief van (de toen net aangetreden) ACM-bestuursvoorzitter Martijn Snoep.

De zaak is opvallend om twee redenen. Terwijl de ACM nagenoeg nooit schadevergoedingen betaalt, trok ze voor zo'n vijftig huizenhandelaren wél de portemonnee en maakte 35.000 euro over per handelaar. Daarnaast was de nederlaag te voorkomen geweest als de toezichthouder niet zo hoog had ingezet.

„Als de ACM bescheidener in ambitie was geweest, hadden ze hier gewoon een kartel aangetoond, zij het beperkter in omvang”, zegt mededingingsadvocaat Kees Schillemans van Allen&Overy (niet betrokken bij de zaak). De ACM koos echter voor de strategie om jarenlange samenwerking, bij ruim tweeduizend huizenveilingen, te beboeten. Door die langdurige overtreding zette de rechter een streep. De beperktere prijsafspraken die de rechter constateerde, mochten niet meer worden bestraft. Schillemans: „Als je te veel wilt, kun je met niks eindigen.”

Geen verlies

Op het kantoor van de ACM in Den Haag wil bestuursvoorzitter Martijn Snoep niet op specifieke zaken ingaan. Maar in zijn algemeenheid: „Soms is het beter om voor een kleinere overtreding te gaan die over-eind blijft dan voor een grotere overtreding die kwetsbaar is.”

De voormalig topadvocaat van Zuidas-kantoor De Brauw legt uit dat hij het aantal verloren ACM-zaken juist vindt „meevalen”. Een mededingingswaakhond is er om kartels op te rollen, en daar slaagt de ACM volgens hem goed in. „In het overgrote deel van de zaken blijft de conclusie dat de mededingingswet is overtreden overeind.”

Snoep maakt een drieling met betrekking tot de uitspraken. In een „heel beperkt gedeelte” van de kartelzaken had de ACM het volgens Snoep „achteraf gezien beter kunnen doen”. Daarnaast zijn er gevallen waar de toezichthouder het oneens is met uitspraak. „De rechter heeft het daar in onze ogen fout. Dat is supervervelend, maar wij moeten ons er dan bij neerleggen.” De grootste categorie is die van zaken waarbij de rechter de boete verlaagt maar, net als de ACM, constateert dat de mededingingswet is overtreden.

Het meest recente voorbeeld van zo'n verlaagde boete is die voor het leesmappenkartel, waarin distributeurs en verkopers afspraken maakten over het werven van nieuwe klanten. In augustus verlaagde het CBB die boete van 5,6 naar 3,1 miljoen euro. „Die zaken zien wij niet als een verlies”, zegt Snoep. Dat er sprake is geweest van een overtreding, blijft immers staan. En dan heeft de ACM haar werk dus goed gedaan. Snoep trekt de vergelijking met het OM. „Als zij twaalf jaar



De Autoriteit Consument en Markt (ACM) behandelde in de afgelopen jaren onder meer zaken rondom **de NS in Limburg** (boven), **huizenveilingen** (midden) en de **leesmap** (onder). Het gebeurde herhaaldelijk dat de ACM in hoger beroep verloor.

gevangenisstraf eisen en de rechter legt er acht op, dan is dat ook geen verlies.”

Advocaat Van de Hel, die de huizenhandelaren vertegenwoordigde, vindt het te makkelijk hoe de ACM de verlaagde boetes beoordeelt. „In 2016 is de wet aangepast zodat de ACM hogere boetes op kan leggen. Als je vervolgens steeds wordt teruggefloten door de rechter, ben je niet in je doel geslaagd.”

Ook advocaat Schillemans plaatst kanttekeningen: „De ACM kan wel zeggen dat ze een zaak in de kern alsnog gewonnen heeft als de boete verlaagd wordt, maar voor de [beboete] onderneming geldt dat vaak compleet de andere kant op. Als de boete van 3 naar 1 miljoen verlaagd wordt, is dat een enorm succes.” Hij wijst erop dat het frequente verlagen van boetes door de rechter bedrijven enorm prikkelt om hun boetes aan te vechten.

Kosten-batenanalyse

Dat bedrijven handelen naar die prikkel, komt naar voren in het proefschrift van Annalies Outhuijse die afgelopen zomer aan de Rijksuniversiteit Groningen promoveerde op de effectiviteit van de kartelaanpak in Nederland en de grote hoeveelheid (succesvolle) rechtszaken van bedrijven tegen kartelboetes. „Ondernemingen maken een duidelijke kosten-batenanalyse, waarbij onder meer de hoogte van de boete en grote kans op succes in acht worden genomen”, licht ze toe.

In haar onderzoek nam Outhuijse alle Nederlandse kartelzaken sinds 2003 onder de loep. Ze constateert dat het aantal aangevochten kartelboetes tot 2013 op 70 procent lag en daarna zelfs steeg naar 90 procent. Het contrast met andere economisch-bestuursrechtelijke boetes (zoals van toezichthouder AFM) is groot. Daarvan wordt gemiddeld slechts zo'n 30 tot 40 procent aangevochten.

Outhuijse, nu bestuursrechtadvocaat bij Stibbe, weet ook na vier jaar onderzoek niet welk wondermiddel de ACM-boetes beter overeind kan houden. Verlagen is niet de oplossing: van boetes moet volgens de wetgever een afschrikkende werking uit gaan en de wet is juist aangepast zodat de ACM hogere boetes op kan leggen.

Duitsland lijkt een effectief systeem te hebben: daar kan de rechter boetes van de kartelwaakhond ook verhogen, zoals gebeurde bij een gaskartel waar de boete van 180 miljoen naar 240 miljoen euro ging. Het risico van zo'n hogere straf schrikt bedrijven af al te snel in beroep te gaan. Overigens is de remmende werking van een mogelijk hogere boete beperkt. In Frankrijk en Engeland kan de rechter ook hogere boetes vaststellen, maar daar gebeurt het nooit.

Het meeste heil ziet Outhuijse in twee andere opties. Het CBB zou als hoogste rechter in uitspraken „duidelijkere lijnen” kunnen uitzetten om zo jurisprudentie te creëren die in toekomstige zaken houvast biedt. Daarnaast zou de ACM vaker een minder riskante strategie (zoals bij de huizenhandelaren) moeten kiezen. Ook zou de toezichthouder in boetesbesluiten transparanter moeten zijn over welke juridische insteek ze heeft gekozen en waarom alternatieven zijn afgefallen. „Nu wordt een zaak soms heel eenzijdig ingestoken waardoor het makkelijker is om er gaten in te schieten.”

”

Als je steeds wordt teruggefloten door de rechter, ben je niet in je doel geslaagd

Martijn van de Hel advocaat