

Artikel

'Wij staan op het punt om uit het peloton te demarreren naar de koplopers'

Interview met Martijn Snoep door redactie Markt & Mededinging, 18 april 2019

Cees Dekker, Anna Gerbrandy en Gunnar Niels*

Inleiding

Totdat hij in september 2018 voorzitter werd van de ACM, was Martijn Snoep naast advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek ook een van de vaste columnisten van *Markt & Mededinging*. Van 2013 tot in 2018 liet hij met enige regelmaat zijn licht schijnen over allerhande onderwerpen die het mededingingsrecht en -beleid raken. In verband met zijn benoeming tot voorzitter eindigde Martijn Snoep zijn bijdragen als columnist aan ons blad. Dat leek de redactie van *Markt & Mededinging* een goede reden om de columns van Martijn Snoep nog eens te herlezen en (mede) aan de hand daarvan hem in zijn nieuwe functie te interviewen over zijn kijk op de ontwikkelingen in het mededingingsrecht en de rol van de ACM.

Redactie: In een van uw columns sprak u over 'de dode hoek in het mededingingsrechtelijke debat', namelijk oververtegenwoordiging van beroepsmatig betrokken personen, die vanwege hun beroep redelijkerwijs niet onbegrensd kritisch en onafhankelijk kunnen zijn.¹ Voelt u zich nu onbe-

grensd kritisch en onafhankelijk om aan de debatten deel te nemen, en ook aan dit interview?

Antwoord: Nee! Want ik ben nu weliswaar op een andere manier beroepsmatig betrokken bij het mededingingsrecht, maar spreek wel als vertegenwoordiger van de ACM en niet noodzakelijkerwijs over wat ik als privépersoon vind. Ik vind ook dat mij enige terughoudendheid past als het gaat over hoe de Mededingingswet in elkaar zit, want dat is de keuze van de wetgever geweest. En waar ik daar misschien in het verleden van alles van vond, en er geen enkel probleem in zag om dat te zeggen, moet ik daar nu terughoudender in zijn. Dus ben ik onbegrensd kritisch en onafhankelijk? Nee. Zo zou ik mezelf niet willen kwalificeren. Maar dat geeft ook precies aan wat ik bedoelde met die column, dat we ons er rekenschap van moeten geven dat er weinig auteurs en sprekers zijn die alles kunnen zeggen wat zij vinden. Alleen van onafhankelijke academici mag dat worden verwacht.

R: Maar in het algemeen er is wel een verschil met toen u advocaat was? Dat noemt u ook in de column. Als toezichthouder heeft u andere beperkingen?

A: Het is eigenlijk een vergelijking van twee ongelijke grootheden. Je kan die twee niet vergelijken. Ik vind het moeilijk om te zeggen dat ik als advocaat vrijer was dan nu, of net andersom. Ik was toen niet helemaal vrij, en ik ben nu niet helemaal vrij om te zeggen wat ik vind. Ik kan ze moeilijk vergelijken.

* Mr. C.T. Dekker is advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen N.V. en redacteur van dit tijdschrift. Prof. dr. mr. A. Gerbrandy is hoogleraar mededingingsrecht aan de Universiteit Utrecht en redacteur van dit tijdschrift. Dr. G. Niels is partner bij Oxera en redacteur van dit tijdschrift.

1. M. Snoep, 'De dode hoek van het mededingingsrechtelijke debat', *M&M* 2017/5-6.

Mededingingsrecht en mededingingsbeleid

R: U schreef over verticale prijsbinding in uw column ‘In de kartelhel is nog plaats’.² Je ziet nu in de praktijk van de Europese Commissie een actievere opstelling ten aanzien van verticale prijsbinding, wat ook als hardcore inbreuk wordt aangemerkt. Bij de ACM zagen we dat de afgelopen jaren niet. Hoe kijkt u daar tegenaan?

A: We hebben in februari jl. een nieuwe leidraad verticale overeenkomsten uitgebracht.³ Daarin hebben we duidelijk gezegd: we volgen de lijn van de Europese Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarin we een verticale prijsbinding als een strekkingsbeding beschouwen en als zodanig zullen behandelen. Het is een bewuste keuze geweest van de ACM om geen uitzonderingspositie in de EU in te nemen. Los van de vraag of we dat in het verleden wel deden, willen we nu gewoon in de Europese pas lopen. Het Nederlandse mededingingsrecht is nou eenmaal een kopie van het Europese mededingingsrecht, en het is goed dat het Europese mededingingsrecht en het Nederlandse mededingingsrecht ook op een uniforme wijze worden toegepast.

R: U verbond daar in uw column ‘In de kartelhel is nog plaats’ de consequentie aan dat als er harder wordt opgetreden tegen verticale afspraken, in het bijzonder verticale prijsbinding, bedrijven eigenlijk ook de mogelijkheid zouden moeten krijgen om clementie aan te vragen voor verticale prijsafspraken.

A: Dat is typisch een vraag voor de toezichthouder: is het nodig om een clementieregeling op te zetten voor verticale prijsbinding? Maar als ACM gaan we eerst het beleid helder neerzetten, en als dan blijkt dat dat voldoende tips over mogelijke overtredingen oplevert, dan hoeven we de clementieregeling niet open te stellen, want dat zorgt namelijk ook wel weer voor allerlei complicaties. Wij denken dat het op dit moment een voldoende duidelijke verduidelijking is geweest dat verticale prijsbinding wordt behandeld als een strekkingsbeding. De eerste signalen die we terugkrijgen uit de markt is dat dat zodanig verhelderend werkt dat daar waar die praktijken nog plaatsvonden, die misschien worden heroverwogen.

R: Maar is het ook niet logisch te verwachten dat de ACM zo’n signaal opvangt? De ACM zou immers niet gauw iets anders horen uit de markt.

A: Dat is waar, maar we hebben ook geen moeite om tips binnen te krijgen dat er overtredingen zijn. We krijgen een gestage stroom binnen van ‘hier klopt iets niet’. Die tips gaan door de prioriteringstrechter heen en als daar interessante prijsbindingszaken tussen zitten, dan pakken we die

zaken ook op. Dus vooralsnog is het niet nodig om het clementieprogramma open te stellen voor verticale prijsafspraken, maar dat kan veranderen.

R: U schreef ook, onder andere in uw column, ‘Het weer, Trump en stilzwijgende coördinatie’, over stilzwijgende coördinatie tussen concurrenten.⁴ Ziet u daar een noodzaak om strenger op te treden?

A: Ook aan stilzwijgende coördinatie tussen concurrenten hebben we iets meer richting gegeven in de leidraad horizontale afspraken die we in februari jl. naar buiten hebben gebracht. Dat is ook om te laten zien dat we daar naar kijken.⁵ Dat past in de beweging van de afgelopen 10 à 15 jaar van klassieke, strak geregisseerde prijskartels naar kartels die bestaan uit de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie. De vraag is natuurlijk tot hoever die informatie-uitwisseling mag gaan en wanneer er geen sprake meer is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Waar zit die grens precies, wanneer kun je bijvoorbeeld spreken van verboden price signaling en waar is het gewoon informatie-verstrekking aan de markt? Dat is een lijn die we nu aan het exploreren zijn. We hebben ook daadwerkelijk zaken die zich op dat grensvlak begeven, en daar moeten we onze weg in vinden. De Europese Commissie en andere mededingingsautoriteiten zijn daar ook mee bezig. Dus het heeft zeker onze aandacht.

R: U zegt dat u met een aantal horizontale zaken bezig bent. Ziet u in dit stadium al of het huidige wettelijke kader geschikt is om dat soort zaken aan te pakken, of dat je tegen problemen daarin aanloopt?

A: Ik denk dat het huidige wettelijke kader daarvoor geschikt is. Of laat ik het anders formuleren: de mogelijkheden binnen het huidige wettelijke kader zijn nog lang niet uitgeput. Dit is een algemener thema: ik denk dat je voordat je het wettelijke instrumentarium gaat uitbreiden, en vooral voordat je nieuwe wettelijke begrippen gaat introduceren, je er echt 100 procent zeker van moet zijn dat je het probleem met het huidige instrumentarium niet kan aanpakken. We zijn nog in de exploratiefase. Ik kan mij nog wel voorstellen dat we naar aanleiding van de beweging naar poortwachterplatforms, behoefte krijgen aan een ex ante instrument dat erop gericht is om misbruik door die platforms te voorkomen. Het gaat dan om een instrument waarbij verplichtingen dwingen tot bepaalde gedragingen, zoals datadeling, data-toegang of interoperabiliteit. Zeker in de zich snel ontwikkelende digitale economie kan het verstandig zijn om snel te kunnen interveniëren voordat door misbruik de resterende marktwerking onomkeerbaar de nek is omgedraaid. We moeten de put kunnen dempen voordat het kalf is verdronken.

2. M. Snoep, ‘In de kartelhel is nog plaats’, M&M 2016/3.

3. www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-afspraken-tussen-leveranciers-en-afnemers.

4. M. Snoep, ‘Het weer, Trump en stilzwijgende coördinatie’, M&M 2018/3.

5. www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten.

R: Neem nou het voorbeeld van algoritmische collusie; is dat misschien ook zo'n geval waarbij het niet duidelijk is waar de grenzen liggen van de huidige regels en wat je daarom kunt doen?

A: Algoritmes worden geprogrammeerd door iemand, daar zit nog wel een intentie achter. Met self-learning algoritmes heb je een volgende stap in de ontwikkeling van algoritmes, maar in de huidige, wat meer eenvoudigere algoritmes moet je collusie (bewust) inbouwen. Dat is wel gewoon een persoon die daarover een beslissing neemt. Als die persoon daar transparant over is, en beide zijden – beide ondernemingen – weten van elkaar welk algoritme wordt gebruikt en wat dat algoritme doet, dan is er een duidelijke zaak. Als je dat niet weet dan zit je veel dichterbij price signaling, en dan kom je in dat grensgebied uit. Interessant is dat een van onze medewerkers van het Economisch Bureau zijn proefschrift schrijft over algoritmische collusie. Het onderwerp staat heel erg in de belangstelling en er zijn veel mensen mee bezig, maar als je ernaar kijkt hoeveel er nu in de praktijk echt al gebeurt, dan lijkt het nog wel mee te vallen. Het is goed om erop voorbereid te zijn, maar ik denk ook dat we heel goed moeten kijken naar de problemen van nu en niet alleen maar naar de problemen van morgen.

R: In uw column 'Creative destruction' schreef u dat het argument dat op de lange termijn de markt veel problemen oplost moeilijk te accepteren is 'voor een mkb'er wiens essentiële distributiecontract door de leverancier wordt opgezegd, voor een patiënt die zijn dure medicijnen niet kan betalen, voor een afnemer die zijn keuze verminderd ziet worden tot nog maar drie opties, voor een consument die bij alle retailers dezelfde prijs betaalt, en voor een film liefhebber die op Netflix zijn favoriete films niet in Nederland te zien krijgt'.⁶ U spreekt in dat verband ook over het begrip 'fairness'. Wat betekent dit begrip voor het beleid van de ACM op korte termijn en op langere termijn?

A: Er zitten verschillende aspecten in deze vraag. Voor het aspect van fairness kijk ik ook heel erg vanuit de breedte van de ACM. Wij zijn, ik kan het niet anders zeggen, gezegend met een multifunctionele toolbox: we hebben zowel het mededingingsrecht, als een reguleringstaak, als consumentenbescherming. Doordat we die grote toolbox hebben, kunnen we de notie van fairness veel meer centraal zetten in onze handhaving. Dat hoeven we niet per se in het mededingingsrechtelijke kader te proppen, maar we kunnen dat ook in regulering of consumentenbescherming stoppen. Ik schreef die column in de tijd dat Commissaris Vestager veel begon te spreken over fairness. Daar was toen heel veel kritiek op. Toen dacht ik: het is ook goed dat even de andere kant wordt belicht. Ik vind het eigenlijk wel goed, want het idee van fairness resoneert enorm bij de consument waarvoor wij het linksom of rechtsom allemaal doen. Wij merken dat als we praten met de samenleving: dan is 'eerlijke' en 'oneerlijke'

ke' concurrentie echt iets. Eerlijkheid is een van de diepste emoties van mensen. Dus op het moment dat je als instituut, als overheid, mededinging propageert, moet je ook op dat gevoelsniveau heel duidelijk kunnen uitleggen dat de uitkomst daarvan eerlijk is. Of je zegt, die uitkomst is misschien niet eerlijk, maar dan hebben wij of een andere toezichthouder of de wetgever een taak om te zorgen dat er wel een eerlijke uitkomst komt.

R: Het grote probleem zal zijn het definiëren van wat dan eerlijk is en wat niet.

A: Dat is natuurlijk in heel belangrijke mate een politieke vraag. De ACM gaat niet over de herverdeling van geld, dus uiteindelijk is de rol van de wetgever natuurlijk belangrijk; dat die zegt wat eerlijk is en daar vervolgens voor zorgt. Maar veel normen die wij handhaven, zijn open en daar moeten wij richting gaan geven. Wij zijn bijvoorbeeld nu in de consumentenbeschermingstak bezig met een uitwerking van het begrip eerlijkheid in een nieuwe leidraad. We komen dit jaar met een leidraad over hoe wij de open norm van misleiding en agressieve verkoopmethoden in de online omgeving gaan invullen. De open norm is: 'gij zult niet misleiden'. Daar kan iedereen zich iets bij voorstellen, maar met de geraffineerde marketingtechnieken en 'dark patterns' die nu in de online omgeving worden toegepast, is het nog niet helemaal duidelijk wat dit precies betekent. We zijn nu bezig te inventariseren, en we praten met heel veel individuele spelers, om daar invulling aan te geven. We willen een debat op gang brengen met de sector om te praten over wat eerlijke online marketing is en wat wij beschouwen als misleidend of agressief. Daar gaan we vervolgens ook op handhaven. Zo proberen we het begrip 'eerlijkheid' in de discussie te krijgen, waarbij we de ene keer het mededingingsinstrumentarium inzetten en de andere keer het consumentenbeschermingsinstrumentarium, en soms ook regulering als het gaat om de gereguleerde markten.

R: Toch zit er wel een gat tussen fairness en de bescherming van consumentenwelvaart in de zin van het mededingingsrechtelijke kader, zoals Commissaris Vestager dat ook vaak zegt.

A: Dat hangt ervan af. Onze taak als ACM is markten goed laten werken. Dat doen we door marktfalen te bestrijden met het mededingingsinstrumentarium, het reguleringsinstrumentarium en door consumentenbescherming, want dat leidt tot goed werkende markten, en daar bedoelen we mee markten die eerlijke uitkomsten hebben voor mensen en bedrijven. Natuurlijk kunnen we zelfs met ons brede instrumentarium niet elk marktfaal aanpakken. De wetgever en andere toezichthouders spelen ook een belangrijke rol.

R: Iets dat misschien in dat gat valt, is de inkoopmacht van supermarkten, waar vaak kritiek op is. Dat wordt soms gezien als onfaire uitkomsten opleverend voor de kleine producenten. Dan kom je er niet met consumentenbescherming, niet met het mededingingsrecht en ook niet met de reguleringsinstrumenten die de ACM nu heeft.

6. M. Snoep, "'Creative destruction' van het mededingingsrecht", M&M 2017/1.

A: Maar daar stapt de wetgever nu in met de richtlijnen oneerlijke handelspraktijken in de landbouwsector. Dat is de landbouwsector, en daar zegt de wetgever nu: 'Oké we hebben niet alleen consumenten die beschermd moeten worden, maar ook boeren die beschermd moeten worden'. Het is niet aan de ACM om te bepalen welke groepen beschermd moeten worden, maar op het moment dat de overheid dat bepaalt, dan past ons die taak, inclusief bescherming van boeren. Dat past prima in onze missie om markten goed te laten werken voor mensen en bedrijven. Maar uiteindelijk kunnen wij niet zelf zeggen, wij vinden het oneerlijk voor die boeren dat zij zo weinig krijgen voor hun producten, dus nu moeten de supermarkten maar iets meer aan de boeren betalen en de consumenten iets meer aan de supermarkten, zodat er een inkomensoverheveling plaats kan vinden. Dat is aan de politiek; de ACM gaat daar niet over.

Rol van de ACM in bredere beleidskwesties

R: Het thema duurzaamheid is springlevend: de energietransitie, het klimaatakkoord, nieuwe convenanten. De vorige ronde is nog maar net afgerond en er komen weer nieuwe aan. De Raad van State maakt in dit verband in zijn jaarverslag interessante opmerkingen, waarin hij de wetgever nog weer even fijntjes wijst op zijn taak, en dat de wetgever niet alles bij de partijen van het maatschappelijk middenveld moet neerleggen, maar zelf daarin zijn taak moet nemen.⁷ Wat is hierin de rol van de ACM, en zit er een verschuiving in hoe de ACM zich nu opstelt ten opzichte van de beslissingen in de zaken 'kip van morgen' en het energieakkoord?⁸

A: Ik weet niet of er echt een verschuiving plaatsvindt. We hebben natuurlijk gewoon het Europese en Nederlandse mededingingsrechtelijke kader waaraan we gehouden zijn. In de Europese setting is daar ten aanzien van duurzaamheid steeds meer afstemming over; hoe we nou 101 lid 3 moeten toepassen bij duurzaamheidsafspraken, daar hebben we ons aan te houden. Er was een tijd dat de ACM-organisatie een naam had van: 'Ja, die moet je niet vragen want ze geven toch geen antwoord'. Ik denk dat wat we nu willen zeggen is: bij die grote maatschappelijke vraagstukken willen we best een actieve rol spelen, maar het kan natuurlijk ook zijn dat je het antwoord niet prettig vindt. Maar we gaan in ieder geval bij die grote maatschappelijke vraagstukken niet zeggen: zoek het zelf maar uit. We moeten het wel van geval tot geval blijven beoordelen. Een voorbeeld – niet ten aanzien van duurzaamheid maar ook een groot maatschappelijk thema – is de vraag van de juiste zorg op de juiste plek. Er is grote discussie over de herschikking van het zorglandschap, zowel horizontaal als verticaal in de

keten. Nou, daar willen wij graag over meedenken, door duidelijk te maken wat onze rol is en wat het wettelijk kader voor mogelijkheden biedt om binnen de mededingingsrechtelijke grenzen afspraken te maken, en waarover niet.

R: U zegt eigenlijk dat het gaat om 'gewone' toepassing van artikel 6 lid 3 Mw (en 101 lid 3 VWEU), maar er is wel discussie over de precieze reikwijdte daarvan. Vindt de ACM haar eigen weg in deze discussie, of laat ze zich leiden door wat er bij de Commissie gebeurt?

A: Ik denk dat het dezelfde discussie is als bij verticale prijsverbinding. Er moet toch een Europees gedeeld beeld zijn hoe je omgaat met duurzaamheid en mededingingsrecht. En gelukkig is dat beeld er ook.

R: In Nederland is die discussie wel het verst gevoerd.

A: Ja dat klopt. En de discussie is hier ook het meest geprotonceerd, omdat Nederland een wat uitzonderlijke positie inneemt. Het is denk ik aan ons ook de taak om de Nederlandse positie in de Europese discussie heel duidelijk voor het voetlicht te brengen. We merken ook wel dat er bereidheid is daarnaar te luisteren, maar ook wordt er met enige verwondering gekeken naar hoe dat in Nederland gaat. We zijn daar redelijk uniek in, daar ben ik inmiddels achter. Dat betekent ook dat we daar heel hard aandacht voor moeten vragen en voor moeten blijven vragen. Ik vind de discussies zoals die nu gaan ook goed. Die zijn fair en open; er worden dilemma's gedeeld. En naast het wetgevend kader hebben we natuurlijk ook nog ons eigen prioriteringsbeleid. Maar, daar los je het probleem niet mee op, want bij deze grote maatschappelijke thema's speelt meer dan alleen de vraag of de ACM een afspraak gaat beboeten of niet. De civielrechtelijke afdwingbaarheid van afspraken speelt ook een belangrijke rol, en daar hebben wij niets over te zeggen. Ik zie het prioriteringsbeleid dan ook als remedy of last resort. Liever zou ik de inhoudelijke discussie voeren binnen de kaders van 101 lid 3.

R: Het thema digitalisering: hier spelen mededingingsrechtelijke vragen een rol maar ook is privacy een belangrijk thema. Hoe ziet u daarin de rol van de ACM? Is de ACM hierin voortouwnemer, of volger? Hoe ziet u de link tussen privacy en mededingingsrecht, en de rol van digitale technieken bij opsporing?

A: We hebben als ACM in de afgelopen twee tot drie jaar veel geïnvesteerd in het onderwerp digitale economie. Die investeringen beginnen nu ook vruchten af te werpen. Hoe wij onze eigen rol zien, is dat wij hier in de voorhoede in Europa willen lopen, omdat de digitale economie in Nederland ten opzichte van andere lidstaten heel ver ontwikkeld is. Dat betekent dat de problemen die zich voordoen ook bij ons het snelst zichtbaar zullen zijn. Mededingingsrecht, consumentenbescherming en regulering, ook hier is weer het hele brede scala van belang. Op dit moment denk ik dat we op dit vlak nog net niet in de voorhoede zitten. We lopen ook niet achter, maar we zitten – in welertermen – in het

7. <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2018/>.

8. www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13758/Analyse-ACM-van-duurzaamheidsafspraken-Kip-van-Morgen.

peloton: maar wel in de voorhoede van het peloton dat de achtervolging inzet naar de koplopers. Wij staan op het punt om uit het peloton te demarreren naar de koplopers. Een goed voorbeeld daarvan is het onderzoek dat we recent hebben aangekondigd naar de Apple App Stores.⁹ Daar waren we al enige tijd mee bezig, maar dat konden we nu naar buiten brengen. Hier is ook weer de Europese dimensie belangrijk. Dit gaat in goede afstemming met de Europese Commissie. Het is duidelijk dat de Europese Commissie nu nadruk legt op de muziekindustrie. Dat is complementair aan wat wij doen. Wij pakken dan een andere invalshoek: die van de nieuws-apps.

R: Is dat nou iets dat je in de ECN afspreekt, wie wat oppakt?

A: Ja. Dit wordt typisch binnen ECN gemeld en in het bijzonder afgestemd met de Europese Commissie.

R: De App Stores-zaak die de ACM is gestart past binnen het klassiek mededingingsrechtelijke kader. Je zou kunnen zeggen dat dat niet zo avontuurlijk is als wat het Bundeskartellamt in de Facebook-zaak heeft gedaan. Willen jullie ook in die zin de voorhoede bereiken door de grenzen van het mededingingsrecht mee op te zoeken?

A: De App Stores vloeit voort uit een heel breed opgezette marktverkenning naar de werking van app stores. Daar had ook een consumentenbeschermingszaak of een reguleringszaak uit kunnen komen. Maar wij hebben inderdaad gekozen voor een klassieke mededingingszaak. Een bepaald marktfalen dat in strijd is met de privacywetgeving zouden wij niet snel oppakken als een mededingingszaak, zelfs als wij dat wel zouden kunnen. We hebben bovendien een heel goede autoriteit hier schuin tegenover die over privacy gaat (de Autoriteit Persoonsgegevens (AP)). Dat maakt onze situatie anders dan de Duitse situatie waar een veel complexere handhavingsstructuur van de privacyregels geldt. Ik begrijp in de Duitse context zo'n actie van de Bundeskartellamt beter. In de Nederlandse context zie ik het niet snel gebeuren.

R: Dan zegt u eigenlijk dat wat er op het vlak van privacy en mededingingsrecht gebeurt niet zozeer afhangt van de interpretatie van het mededingingsrecht, maar meer van de toezichtstructuur die toevallig zo gegroeid is in een bepaalde jurisdictie.

A: We zien met z'n allen een probleem. Wie is nou de meest geëigende toezichthouder om dat probleem aan te pakken? Ik zou zeggen dat het probleem dat het Bundeskartellamt zag bij Facebook in Duitsland nou typisch een probleem is dat bij ons veel meer bij de AP thuishoort. Laat de AP dat dan ook doen.

R: Terug naar de wieleraanalogie: veel van de problemen die we bespraken en veel van deze mark-

ten zijn wereldomspannend. De autoriteiten die vooraan in het peloton zitten, die iedereen uit de wind kunnen houden, dat zijn de heel grote autoriteiten. Zelfs het Bundeskartellamt is redelijk klein in vergelijking met de Europese Commissie. Denkt u dat de ACM als kleine autoriteit in een relatief kleine economie daar toch invloed kan hebben?

A: Ja dat denk ik zeker. Door bij te dragen aan het debat, door goede economische analyses te doen, door empirisch onderzoek te doen. We doen op die manier ook mee aan het debat. Tegelijkertijd geldt dat als wij de enige zouden zijn die de App Stores zouden onderzoeken, Apple zou kunnen denken 'Nou, dan zetten we de App Stores in Nederland wel uit'. Dus we moeten ook in Europees verband elkaars hand blijven vasthouden. We doen een dergelijk onderzoek ook in de wetenschap dat we op deze manier bijdragen aan een in ieder geval in Europa gevoerd debat. Het is denk ik ook zo dat alleen als de Europese toezichthouders gezamenlijk optreden zij beweging in de discussie kunnen krijgen.

R: Een ander element van digitalisering is algoritmische collusie (hiervoor al even aan de orde), maar ook andere vormen van collusie die in de digitale economie kunnen plaatsvinden. Die kunnen mede door digitale opsporingsmethodes aan het licht komen. Wordt daar ook in geïnvesteerd door de ACM? En zit daar niet ook een lastig dilemma tussen effectiviteit en efficiëntie van opsporing enerzijds en rechtsbescherming voor degene op wie je toezicht houdt anderzijds?

A: Ik ga eerst even terug naar wat we nou precies doen. Er wordt bij de ACM geïnvesteerd in infrastructuur. Er wordt geïnvesteerd in mensen. Er is een grote groep data scientists, inmiddels zeven personen sterk, aangenomen. Die groep is groeiende en wordt steeds verder ingezet en ingewerkt in alle processen. We hebben een apart datalab, dat meer doet dan alleen maar bewijs analyseren. Het is een heel actieve groep binnen de organisatie. Maar waar we tegenaan lopen, en waar we nog niet het goede antwoord op hebben, is hoe we precies de werking van een algoritme van een onderneming kunnen controleren.

R: Maar ook het opsporingsalgoritme van je eigen organisatie?

A: Ja, ook van ons zelf, maar daar kom ik zo op terug. Een deel van het probleem is eigenlijk dat je niet zomaar naar een onderneming toe kunt gaan en vragen of ze even het algoritme op deze usb-stick zet, die wij meenemen om te kijken of het algoritme inderdaad neiging tot collusie heeft, of discrimineert. Daar zijn we nu heel druk mee bezig: hoe krijgen we dat voor elkaar, hoe kunnen we dat controleren? Dat is ontzettend ingewikkeld. Er is bij mijn weten nog geen autoriteit die daar de sleutel van heeft. Dus werken we ook samen met andere autoriteiten: hoe moeten we dit aanpakken? Het tweede is: hoe zetten we zelf deze kennis en data-analyse in voor het kijken naar bewijs? We staan op het punt om gebruik te gaan maken van algoritmische onder-

9. www.acm.nl/nl/publicaties/acm-start-onderzoek-misbruik-machtspatie-apple-app-store.

steuning voor datareview, van e-mails en documenten, om te kijken of we algoritmes kunnen trainen om veel van het menselijk werk over te nemen. Dat leidt uiteindelijk tot een selectie van documenten, die we nu ook al hebben, dus ik zie daar het rechtsbeschermingspunt eigenlijk niet zo direct in. Dan hebben we de volgende stap, maar dat staat nog heel erg in de kinderschoenen: hoe kunnen we grote hoeveelheden data analyseren om op basis daarvan een voorspelling te kunnen doen of ergens in een bepaalde zaak of sector of aanbesteding collusie heeft plaatsgevonden? Er wordt nu wel veel onderzoek naar gedaan, ook intern, naar hoe dat zou kunnen. Het kan dan zo zijn dat het (ACM-)algoritme zegt: je zou eens naar die aanbesteding moeten kijken. Dan vraag ik mij wel sterk af of dat voldoende grond is om een inval te doen. Ik denk dat er wel iets meer nodig is dan dat. Maar hoeveel meer dan nodig is, dat moeten we nog zien. Op dit moment zien we algoritmische data-analyses vooral als een screeningtool om te kijken waar we verder gaan onderzoeken. Zo gaan we het inzetten, maar, nogmaals, het staat nog in de kinderschoenen.

R: Even afgezien van waar je je prioriteiten wilt leggen bij je onderzoeken heeft de ACM bestuursrechtelijk natuurlijk een bevoegdheid om toezicht uit te oefenen; daarvoor hoeft geen concrete aanleiding te zijn.

A: Maar als je algoritmes zou gebruiken voor karteldetectie, dan moet er wel iets meer zijn.

R: Mededingingsbeleid komt in Europa en elders onder steeds grotere politieke druk te staan. Zie bijvoorbeeld de reactie op het Commissiebesluit in de fusiezaak *Siemens/Alstom*.¹⁰ Hoe gaat u om met politieke druk vanuit Den Haag?

A: Ik kan daar heel snel antwoord op geven. Een van de dingen die mij enorm zijn meegevallen in mijn nieuwe rol bij de ACM is dat onafhankelijkheid echt wordt gerespecteerd, ook in ingewikkelde dossiers. Daar maak ik me geen enkele zorg over. Soms zou je verwachten dat iemand [uit de politiek] zegt: we vinden het wel echt heel ongelukkig dat je dit zo doet. Politici mogen ook best hun mening geven. Dat vind ik ook niet tornen aan de onafhankelijk van de ACM. Want het is ook een feit dat de minister (van Economische Zaken) iemand als ik benoemd heeft als bestuursvoorzitter. Dan haal je een onafhankelijke geest binnen, iemand die niet een bepaalde carrière bij het Rijk ambieert. Dat ze daarvoor hebben gekozen, vind ik eigenlijk ook bewijs dat onafhankelijkheid echt serieus wordt genomen.

De ACM-organisatie, aanpak, en interactie met de mededingingswereld

R: Uw voorganger had als beleidslijn dat advocaten niet welkom waren bij gesprekken tussen de voorzitter en vertegenwoordigers van ondernemingen. Houdt de ACM daaraan vast?

A: Nee, daar houd ik niet aan vast. Ik denk wel dat het belangrijk is om te erkennen dat een gesprek anders kan zijn als er een advocaat bij is, maar het hangt ook erg van de advocaat af, natuurlijk. Het hangt ervan af wat ondernemingen zelf willen. Als de onderneming zegt, ik wil eigenlijk opnieuw pleiten en daarvoor neem ik graag mijn advocaat mee, want die pleit beter dan ik, nou, dan is dat prima. Dat is ook goed, maar het is wel een heel ander gesprek. Als de onderneming zegt, ik wil eigenlijk toch nog een keer mijn ei kwijt, dan kan dat ook. Dan kan je je advocaat meenemen, maar als je advocaat dan de hele tijd het woord voert, dan kan jij je ei niet kwijt. Ik vind het de verantwoordelijkheid van de onderneming zelf: zij vraagt om een gesprek en zij mag wat mij betreft meenemen wie ze wil. Maar dan wel in de wetenschap dat de onderneming met de advocaat moet afstemmen wat ze nou aan dat gesprek wil hebben en wat daarin de rol is van de advocaat.

R: Een vraag over interactie met de advocatuur. Het secondment programma viel ons op. Kunt u daar wat meer over zeggen?

A: Zeker! We hebben nu twee kandidaten die als proefpersoon in een secondment programma gaan meedraaien. Het is nog een experiment en we kijken hoe dat gaat uitwerken. Misschien moet er nog wat getweakt worden, maar op het moment dat het voor beide kanten bevredigend werkt, dan zetten we het volgend jaar open voor iedereen. We willen het straks overigens ook voor economen openstellen. Uiteindelijk zie ik dit als een goed model om wederzijds begrip en vertrouwen te creëren: het is voor ons belangrijk marktken- nis over de buitenwereld naar binnen te halen en het is mis- schien een begin van een revolutie door.

R: Zou u het ook andersom willen doen?

A: Ik zou dat op zich wel mooi vinden, maar feit is dat we nu al weinig capaciteit hebben voor de dingen die we willen bereiken. Dat maakt het lastig want hoewel we nog de dingen kunnen doen die we moeten doen, zitten we echt tegen de grenzen van de capaciteit aan. Je moet wel een heel sterk verhaal hebben naar de belastingbetaler als je dan voorstelt dat ACM-mensen nu een tijdje voor een advocatenkantoor gaan werken.

R: Past hier ook het versterken van de verbinding tussen ACM-mensen en de wetenschap bij?

A: Dat heeft hetzelfde doel. Ik ga ook gastcolleges geven en het is goed als anderen dat ook doen – dat wil ik ook intern

10. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_en.htm.

in de organisatie uitdragen. Er moet ruimte bestaan om dat te doen voor iedereen die dat leuk vindt.

R: Laten we even op economen inzoomen, en dan met name partij-economen. Wat zou u zien als het beste model om een open en productieve interactie te hebben met economische adviseurs van partijen? Ziet u iets in ‘economist meetings’ met het case team, ‘data rooms’, of het wederzijds delen van data en resultaten?

A: De situatie van partij-economen is vergelijkbaar met die van advocaten, in die zin dat het soms ook handig is om even als advocaten en juristen bij elkaar te zitten om een bepaald punt te bespreken. Datzelfde geldt voor economen; het kan dan prettig zijn om dat niet met alle cliënten en iedereen eromheen te doen. Soms is dat wel nodig. Een open uitwisseling van ideeën en standpunten op die manier is goed. Ik heb begrepen, en wat ik tot nu toe heb gezien bevestigt dat, dat er over het algemeen een open gesprek is, een dialoog. Maar daar waar dat beter kan, moeten we dat vooral beter maken. Er moet geen sprake van gaming zijn van dat soort relaties: het gaat toch echt om de inhoud en kracht van de argumenten en de kracht van het bewijs.

R: Wat is de rol van de chief econoom?

A: Zoals bekend komt er een nieuwe chief economist, en ja, ik zie de chief economist echt als het ‘industriële organisatie’-geweten van de ACM. En ook als iemand die een beetje afstand heeft ten opzichte van specifieke zaken, iemand die wel betrokken is, maar door enige afstand input kan geven op zaken. Ook op dit moment zijn de leden van het Economisch Bureau binnen de ACM actief betrokken in de interne reviewprocedures op zaken, maar ze helpen soms ook mee in de voorfase, wanneer het op bewijs aankomt. Maar de chief economist is er ook om de hele organisatie en ook het bestuur scherp te houden. Met name de empirische grondslag van de dingen die we vinden: is het nou ook echt zo? En door ons te wijzen op de (economische) consequenties van besluiten en de link te leggen met de economische wetenschap.

R: In een van u columns schreef u: ‘we kunnen het niet leuker maken, maar wel makkelijker.’¹¹ Daarbij doelde u op het Engels als voertaal. Gaat de ACM daar ook iets in veranderen?

A: Dit is ook een kwestie van prioriteitstelling binnen de organisatie: je kunt maar zoveel dingen veranderen in een korte tijd en ik heb inmiddels ook wel gezien dat dit niet het grootste probleem is voor de ACM. Zoveel multijurisdictionele zaken waar we door een Engelstalige melding mogelijk te maken de markt enorm zouden helpen zijn er niet. Iets anders is het perspectief van de organisatie zelf. Ik zou het wel goed vinden, en dat doen we inmiddels ook, om de deuren wat wijder open te zetten voor niet-Nederlandstalige juristen en economen in de organisatie. In de beginjaren van de NMa waren er meer, en ik denk dat we dat ook in de huidige krappe arbeidsmarkt meer moeten doen. We hebben

fantastische masteropleidingen in Nederland die getalenteerde internationale studenten aantrekken die hier soms na afloop van de masteropleiding graag willen blijven. We moeten kijken of we het werk zo kunnen organiseren dat je ook met minder vaardig Nederlands toch een heel eind komt. De voertaal in de organisatie blijft Nederlands. We communiceren uiteraard ook naar buiten in het Nederlands, maar we hebben nu al een paar posities die worden ingenomen door niet-Nederlandstaligen met een heel basale kennis van het Nederlands en die we nu verder helpen om het Nederlands vloeiend te beheersen. De komende jaren gaan we sterker inzetten op het aanspreken van dit deel van de arbeidsmarkt.

R: Dan een vraag over de relatie met de rechterlijke macht. Hoe ziet u die relatie nu en wat kan er beter?

A: Ik vind het eigenlijk wel goed gaan hoe het nu loopt. De ACM is een onafhankelijke, maar niet democratisch gelegitimeerde, toezichthouder. Dus is streng rechterlijk toezicht nodig. Dat hoort. Dat wil niet zeggen dat ik het met alle uitspraken eens ben, maar ook dat is eigenlijk wel goed. De rechter moet streng en deskundig zijn op dat wat we doen, en is dat ook. De vraag daaronder is: wat moet er beter? Maar ik zou niet direct kunnen aangeven wat er dan precies hier of daar beter zou moeten. Behalve: sneller. Maar dan steek ik ook de hand in eigen boezem: wij moeten ook sneller. Eigenlijk moet alles wat sneller. Dat kan ook wel; ook het CBb is daar erg mee bezig.

R: Er zijn vrij veel besluiten in het verleden van de ACM onderuitgegaan bij de rechter. Is er nou ook nog iets dat intern bij de ACM zou kunnen veranderen?

A: We hebben wel intern iets veranderd. Er bestond een informele reviewcultuur. Er werd goed gereviseerd, maar we hebben die procedure iets geformaliseerd, hopende dat daarmee de besluiten robuuster worden. We hebben ook geleerd van de zaken die mis zijn gegaan bij de rechter. En er zijn gevallen waar we het gewoon fundamenteel oneens zijn met wat de rechter besloten heeft. Die laatste categorie zaken zal altijd blijven bestaan.

R: Hoe ziet u de relatie tussen private enforcement en public enforcement? Dat heeft misschien ook te maken met de prioriteringstrechter. Zeggen jullie weleens tegen bedrijven die naar jullie komen met een b2b-dispuut, dit is niet onze prioriteit, ga maar naar een rechter?

A: Dat gebeurt. Zeker als wij worden getrokken in wat eigenlijk een contractueel geschil is tussen twee partijen. Daar proberen we dan vandaan te blijven. We zeggen: dat kunnen jullie onderling beter oplossen en zo nodig via de civiele rechter. Uiteindelijk is een belangrijk leidend thema voor ons: wat is de maatschappelijke schade van wat er gebeurt? Dat is een van de criteria waar we ons optreden aan toetsen.

11. M. Snoep, ‘Buitenlandse bedrijven, leuker kunnen we het niet maken, wel makkelijker’, M&M 2017/3.

Over Martijn Snoep

R: De persoon Martijn Snoep is natuurlijk naar de ACM gekomen met een bepaalde ervaring en achtergrond. Zoals u zei, er is een keuze gemaakt voor iemand met een onafhankelijke mindset. Zie u zichzelf als ‘poacher turned gamekeeper’?

A: Ik moet daar even over nadenken. Mijn eerste gedachte is: maar ik was toch helemaal geen poacher? Ik heb dat in het verleden als advocaat ook weleens tegen de ACM gezegd: je moet niet onderschatten hoeveel preventieve werking uitgaat van advocaten, hoe vaak wij niet het gospel van de Mededingingswet prediken en bedrijven ertoe aanzetten om zich compliant te gedragen. Dat is echt gigantisch vaak. Advocaten spelen hierin een rol in de voorhoede. Daarom is er ook niet zo'n grote tegenstelling tussen de advocatuur en de ACM. Natuurlijk hebben we andere rollen, maar de meeste mededingingsadvocaten, zoals ik zelf ook, hebben hart voor mededinging en het mededingingsrecht en geloven in de missie van de ACM. De tweede kant van deze vraag is of er wel zoveel verandert door mijn komst hier bij de ACM. Ik draag weliswaar mijn kennis en ervaring bij, maar aan een organisatie die al heel goed in de verf staat. Mijn voorganger heeft op een heel goede manier drie verschillende organisaties samengesmeed tot één geheel. Je merkt dan ook eigenlijk niet, of hooguit in een soort folkloristische manier, dat er nog bloedgroepen zijn. Dat is totaal weg, wat na pas zes jaar echt bijzonder is. De ACM is een stevig, robuust instituut. De kwaliteit van de mensen, toewijding, de manier waarop ze werken is echt hartstikke goed, dus enige bescheidenheid over mijn bijdrage is wel gepast.

R: U noemde de voordelen van de revolutie door, van het betere wederzijdse begrip. Dat brengt u natuurlijk in zeer grote mate in relatie tot wat er voordien in de ACM was.

A: Natuurlijk, maar er zijn wel meer mensen van buiten naar binnen gekomen. Ik zie het ook wel als onderdeel van mijn taak, hier intern, om uit te leggen welke gevolgen sommige acties buiten zullen hebben. Maar ook om af en toe te zeggen ‘ja die advocaten blazen nu heel hard, maar dat moet je ook niet al te serieus nemen’.

R: Wat zou u nou echt graag bij de ACM willen bewerkstelligen, en – als u in de toekomst terugkijkt – wat heeft u dan daadwerkelijk bewerkstelligd?

A: Wat ik echt zou willen bewerkstelligen is dat er meer zaken en onderzoeken zijn en dat ze sneller afgerond worden. Dat betekent soms ook niet meer dan dat eerder een eindbeslissing wordt genomen. Bijvoorbeeld de beslissing dat er toch niks in zit en om dan over te gaan tot het bestrijden van ander onrecht. Dat is heel lastig, want net als iedereen heb je een soort sunk cost bias: je werkt aan iets, en als ik nou dan even nog een maandje verder zoek dan heb ik waarschijnlijk wel genoeg. Nog even dat interview doen of misschien daar nog wat halen of dat nog nader onderzoeken.

Het wordt dan steeds moeilijker om te stoppen omdat er al zoveel werk inzit. Ik zie het als een belangrijke taak voor mij en de organisatie om eerder te zeggen: ‘Hier zit nu te weinig in, we gaan door naar de volgende zaak’. En andersom ook te zeggen: ‘Dit is heel mooi, dit is goed genoeg voor een overtreding’ en een besluit te nemen. We hoeven niet eindeloos door te gaan om het nog beter en beter te maken; of de overtreding nog groter te maken. Daarin moeten keuzes worden gemaakt. Daardoor kun je snelheid in de organisatie krijgen. De reden daarvoor is niet alleen vanuit een oogpunt van effectiviteit – hoe zet je publieke middelen het meest effectief in – maar ook doordat de ACM te maken heeft met verschillende markten die heel snel in ontwikkeling zijn. Als je een probleem ziet, moet je ook heel snel dat probleem proberen op te lossen. Dat is een van de redenen waarom we ook kijken, in een aantal gevallen, of we in plaats van een boete een last onder dwangsom kunnen opleggen, want dat gaat sneller. Dan hebben we weliswaar niet die boete, maar dan lossen we het probleem wel sneller op. Er wordt weleens gesuggereerd dat we afscheid hebben genomen van onze probleemoplossende toezichtstijl, maar dat is ten onrechte. Als problemen informeel kunnen worden opgelost, zoals met een simpel telefoontje, dan is dat natuurlijk nog steeds het beste. We hoeven geen boetes om de boetes op te leggen. Kortom: het is niet zo dat we alleen nog maar boetes gaan opleggen, maar we blijven problemen op de meest effectieve en efficiënte manier, en vooral snel, aanpakken.

R: Europees rechter Marc van der Woude heeft vorig jaar op het mededingingscongres het gebrek aan boetes ook aangekaart, en dat in het kader van de discussie rond de legitimiteit van de autoriteit gezet.

A: Klopt, en daar heeft hij een punt. Ik heb het zo geïnterpreteerd: een autoriteit met een omvang als de onze, die moet ook af en toe boetewaardige zaken doen. Dat betekent in de manier waarop je trechtert en waar je prioriteiten legt, dat je ook af en toe bewust zaken moet pakken waarvan je denkt dat die weleens tot een boete kunnen leiden. Maar het is niet zo dat een zaak die je anders informeel zou hebben gedaan nu tot een boete moet leiden. Het heeft te maken met het portfolio van marktproblemen dat wordt aangepakt, en in dat portfolio moeten ook zaken zitten die kunnen leiden tot een boete (dus een soort portfoliomanagement). Daar wordt een deel van de maatschappelijke legitimiteit aan ontleend. Bovendien is de generale preventie van het opleggen van een boete groot.

Julie vraag ging ook nog over wat ik wil hebben bewerkstelligd, mijn legacy als ik later terugkijkt. Ik kom terug op wat ik al eerder zei: de toezichthouder in de voorhoede brengen van de ontwikkelingen in de digitale economie in Europa. Maar dat heb ik ook niet helemaal zelf verzonnen! Het thema digitale economie stond al op de agenda en bouwde voort op allerlei initiatieven die allang voor mijn tijd bezig waren. Ik zie het vooral als mijn taak om die verder te brengen, maar mogelijk te versnellen of van nieuwe energie te voorzien. Dat gaat ons de komende tijd naar de voorhoede brengen.

R: Ten slotte, heeft u nog suggesties voor *Markt & Mededinging* als tijdschrift of als instituut?

A: Het is goed om een platform te hebben waar een open mededingingsdebat kan worden gevoerd. Ik denk dat voor Markt & Mededinging de dode hoek ook iets is dat in de gaten moet worden gehouden. Is er wel genoeg ruimte voor dissonante meningen? Ik denk dat in de academische wereld de publicatiedruk ligt op internationale peer reviewed articles, waardoor M&M weleens irrelevant voor die doelgroep is. M&M moet niet alleen een blad worden van advocaten en economen voor advocaten en economen. Dan bevestigt iedereen zichzelf en elkaar in het eigen gelijk, en dat is zonde. Dus ik hoop dat het blad dat behoudt. En natuurlijk dat het lekker kritisch blijft!