

25 268 Zelfstandige bestuursorganen

Nr. 195 Brief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 12 februari 2021

In artikel 39 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is bepaald dat de doelmatigheid en doeltreffendheid van het functioneren van een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) elke vijf jaar wordt geëvalueerd door de verantwoordelijke minister. In dat kader heeft mijn ministerie onderzoeksbureau Andersson Elffers Felix (AEF) de opdracht gegeven een evaluatie op hoofdlijnen naar de Autoriteit Consument en Markt (ACM) uit te voeren over de evaluatieperiode van 1 april 2015 tot en met 31 maart 2020. Naast de doeltreffendheid en doelmatigheid heeft AEF ook de toekomstbestendigheid van de ACM onderzocht.

Met deze brief informeer ik uw Kamer over de bevindingen uit deze evaluatie. Het onderzoeksrapport is als bijlage bij deze brief gevoegd¹. AEF constateert dat de ACM in de evaluatieperiode in een complex en dynamisch speelveld een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan goed functionerende markten, ordentelijke marktprocessen en de bescherming van consumenten. Ik onderschrijf deze conclusie volkomen. De ACM is een goed functionerende, kundige toezichthouder waar consumenten, bedrijven, overheden en andere samenwerkingspartners over het algemeen tevreden over zijn. Natuurlijk is er ook altijd ruimte voor verbetering. In het vervolg van deze brief ga ik nader in op de werkwijze die gehanteerd is door AEF en specifieke bevindingen en aanbevelingen uit de evaluatie.

Methode en werkwijze

De ACM heeft een breed werkveld dat betrekking heeft op zowel handhaving van de generieke regels voor het beschermen van consumenten en de mededinging als op het reguleren van een aantal sectoren. Daarom heeft AEF een evaluatie op hoofdlijnen uitgevoerd, met verdieping via casuïstiek op onderdelen die aansluiten op belangrijke ontwikkelingen in de evaluatieperiode.

Om de doelmatigheid, doeltreffendheid en toekomstbestendigheid van de ACM te beoordelen, is per thema bekeken hoe de ACM tijdens de evaluatieperiode presteerde op acht criteria. Aanvullend op de criteria van de Kaderstellende Visie op Toezicht (KVOT) - te weten slagvaardigheid, selectiviteit, samenwerking, onafhankelijkheid, transparantie en professionaliteit - zijn op basis van een publicatie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) de criteria missiegerichtheid en reflectiviteit door AEF toegevoegd aan het onderzoek.²³

¹ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

² Bijlage «Minder last, meer effect» bij Kamerstuk 27 831, nr. 15.

³ Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid (2013). Toezien op publieke belangen: naar een verruimd perspectief op Rijkstoezicht. Amsterdam: Amsterdam University Press, LITER-principes van Ottow (2015), de OECD Best Practice Principles for Regulatory Enforcement and Inspections (2014).

Naast het bestuderen van documentatie en bedrijfsvoeringsinformatie van de ACM heeft AEF voor het uitvoeren van de evaluatie gesproken met vertegenwoordigers van ministeries, bedrijven, branche- en koepelorganisaties, collega-toezichthouders en experts uit de wetenschap en advocatuur. Het onderzoek is begeleid door vertegenwoordigers van de meest bij de ACM betrokken ministeries (EZK, VWS en IenW), het Centraal Planbureau (CPB), de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en een wetenschappelijk expert (UU/WRR). De ACM heeft een rol als toehoorder vervuld tijdens de begeleiding.

Algemene conclusies

Doeltreffendheid

De onderzoekers concluderen dat de ACM vanuit een heldere en gedragen missie en toezichtsstijl handelt, met een steeds betere balans tussen de toepassing van wettelijke kaders en het meewegen van publieke belangen. AEF stelt ook dat de ACM haar instrumentarium overwegend doeltreffend inzet, bijvoorbeeld door onderzoeken te doen en handhavingsbesluiten te nemen. De ACM wordt gezien als een toegankelijke, deskundige en navolgbare toezichthouder. De ACM is recent meer gaan sturen op de afschrikwekkende werking bij het bepalen hoe zij ingrijpt om overtredingen van de regels waarop zij toezicht houdt bij voorbaat te voorkomen. Het effect hiervan is binnen de evaluatieperiode nog niet zichtbaar.

De onderzoekers bevinden verder dat de ACM kwetsbaar is door negatieve beeldvorming over de juridische resultaten (output en outcome). De onderzoekers concluderen echter dat die resultaten over de hele linie redelijk zijn en dat de beeldvorming bepaald wordt door het verlies van een aantal spraakmakende zaken en soms door verschillen van inzicht tussen de ACM, veldpartijen en de wetenschap over hoe de ACM bepaalde sectoren reguleert.

Doelmatigheid

AEF heeft het beeld dat de ACM haar taken doelmatig heeft uitgevoerd. De ACM functioneert in het algemeen als een professionele organisatie en heeft actie ondernomen om integrale samenwerking binnen de organisatie te versterken. Ondanks constante druk op de organisatie is de ACM met bestaande middelen haar taken blijven verrichten, wat volgens AEF aannemelijk maakt dat zij kostenbewuste afwegingen maakt.

De ACM is de afgelopen jaren bewuster gaan sturen op aspecten van doelmatigheid, zoals administratieve lasten, niet-wettelijke doorlooptijden en op de kansrijkheid van onderzoeken. De onderzoekers bevinden echter dat dit vooralsnog alleen op het gebied van het tijdig stopzetten van niet-kansrijke onderzoeken tot een positieve verandering heeft geleid.

Toekomstbestendigheid

AEF concludeert dat de ACM relevant is als toezichthouder in een snel veranderend toezichtsdomein en als adviseur voor beleidsmakers. De ACM gaat daarbij proactief en steeds beter om met maatschappelijke ontwikkelingen zoals digitalisering en duurzaamheid. De onderzoekers stellen dat kanttekeningen van sommige bedrijven en brancheorganisaties bij de snelheid waarmee de ACM zich aan enkele

veranderingen in het toezichtsdomein heeft weten aan te passen het belang onderstrepen voor de ACM om ontwikkelingen tijdig te blijven signaleren.

Verder ziet AEF dat de ACM haar bedrijfsvoering actief en bewust voorbereidt op de toekomst, bijvoorbeeld door te investeren in deskundigheid die nodig is om toekomstbestendig te blijven. Hierbij wordt opgemerkt dat de huidige financieringsconstructie van de ACM begrenzungen kent als het gaat om het aangaan van meerjarige investeringen. Met meer sturingsinstrumenten die inzicht geven in de organisatiebehoefte op de lange termijn kan de ACM meer ruimte krijgen om keuzes te maken in haar taakuitoefening.

Aanbevelingen voor de ACM

Op basis van het hierboven geschetste algemene beeld doet AEF zes aanbevelingen voor de ACM. Ik schets deze aanbevelingen en geef vervolgens bij iedere aanbeveling een appreciatie vanuit het kabinet.

1. Blijf binnen het wettelijk kader oog houden voor publieke belangen

AEF stelt dat het noodzakelijk is om aan te blijven sluiten bij het debat over publieke belangen om relevant te blijven als toezichthouder en moedigt de ACM aan om op de ingeslagen weg door te gaan, waarbij de ACM richting geeft over hoe zij hierin een rol kan spelen bij het handhaven van de regels. Ook benadrukt AEF het belang van een zorgvuldige analyse en duidelijke communicatie door de ACM over wat haar formele rol is en de grenzen daarvan.

Appreciatie

Ik constateer met de onderzoekers dat de maatschappij steeds meer van de ACM verwacht dat zij oog heeft voor meer publieke belangen dan in haar taakomschrijving zijn vervat. Die zijn natuurlijk primair de rol en verantwoordelijkheid van politiek en beleid. In sommige gevallen heeft de ACM echter de ruimte om (indirect) andere publieke belangen betrekken in haar taakuitoefening. Ik waardeer dat de ACM die ruimte pakt wanneer deze er onder het wettelijk kader is. Ik vind het ook belangrijk dat de ACM aangeeft wanneer het niet mogelijk is om een publiek belang mee te wegen doordat dit de primaire taakuitvoering van de ACM zou belemmeren. Dat zie ik tevens als belangrijke signalen die duidelijk maken dat er voor politiek en beleid werk aan de winkel is.

Hierbij kan vaker met de ACM, de markt en de overheid samen in gesprek worden gegaan om te zoeken naar oplossingen, wanneer de wetgeving onvoldoende oplossingsruimte biedt.

Een aansprekend voorbeeld vind ik de duidelijkheid die de ACM eind 2019 met een beleidsregel heeft gegeven aan partijen in de zorg onder welke voorwaarden samenwerking onder de mededingingsregels mogelijk is in het kader van het beleidsinitiatief 'de Juiste Zorg op de Juiste Plek' (JZOJP).⁴ Met het introduceren van deze beleidsregel geeft de ACM aan wanneer ze niet tegen samenwerking die

⁴ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-beleidsregel-juiste-zorg-op-de-juiste-plek-jzojp>

noodzakelijk is om de zorg toekomstbestendig te maken zal optreden en ondersteunt zij dus dit publieke belang, zonder daarbij het doel van concurrentie uit het oog te verliezen.

Een ander voorbeeld is dat de ACM bij de vaststelling van de inkomsten van netbeheerders rekening houdt met de toename van kosten als gevolg van de energietransitie. De ACM geeft hiermee het belang van het bereiken van een duurzame energievoorziening meer gewicht bij afweging met de publieke belangen die in de huidige wetgeving verankerd zijn. Netbeheerders krijgen hiermee meer ruimte om de energietransitie te faciliteren terwijl de primaire doelen van sectorregulering eveneens geborgd blijven.

2. Communiceer duidelijk over de redenering achter gemaakte keuzes en verschillende rollen

De onderzoekers concluderen dat de ACM duidelijk en transparant opereert, maar in haar externe communicatie meer kan inzetten op het verduidelijken van de redenering achter keuzes en vanuit welke rol de ACM deze maakt. Door expliciet te zijn over waarom een vernieuwde focus bijdraagt aan haar taakuitvoering en aan mogelijke toekomstige ontwikkelingen waar zij mee te maken heeft, kan een foutieve of ongewenste beeldvorming weg worden genomen.

Appreciatie

Ik vind het positief en herkenbaar dat ACM helder communiceert over haar keuzes. Het is zeker ook goed om hier verder op te blijven inzetten, specifiek wanneer zij keuzes maakt die af lijken te wijken van eerdere. In zulke gevallen kan een proactieve communicatiestrategie wenselijk zijn. Indien de communicatie over de gekozen strategie helder is, kan ook eventuele negatieve beeldvorming over bijvoorbeeld door de ACM behaalde resultaten beter worden uitgelegd. Dit geeft de ACM meer ruimte om complexe en meer risicovolle zaken op te pakken en te innoveren om marktproblemen met bestaande wetgeving op te lossen. Ik ga bij mijn appreciatie van de zesde aanbeveling nader in op het belang van het hebben van deze ruimte. Als laatste is heldere communicatie randvoorwaardelijk om oog te kunnen hebben voor publieke belangen zonder dat daarmee de onafhankelijkheid van de ACM onder druk zou komen te staan.

3. Breng output en outcome van toezicht beter in beeld

AEF geeft aan dat meting van de resultaten van het toezicht nog onvoldoende in bruikbare kwantitatieve indicatoren worden gevat.

Daarom bevelen ze de ACM aan om kritisch te kijken naar hoe instrumentinzet en hoger beroep op een systematische manier kunnen worden gemeten.

De onderzoekers plaatsen ook enige kanttekeningen bij de outcomeberekeningen van de ACM en het gebruik daarvan. Deze zouden slechts grofweg de directe

effecten van haar toezicht op de korte termijn geven. De berekeningen verdienen daarom op zijn minst een betere 'ondertiteling' waarin deze beperkingen worden benoemd. Daarnaast kunnen meer kwalitatieve inzichten over de effecten van haar toezicht op de lange termijn worden opgenomen.

Appreciatie

Ik zie nut en noodzaak van inzicht in de resultaten en effecten van het toezicht van de ACM in. Ik onderken tegelijkertijd dat sommige effecten, zoals langetermijneffecten van ingrijpen op de innovatie en investeringen, lastig meetbaar kunnen zijn. Waar mogelijk kan het toegevoegde waarde hebben om zoals AEF aanbeveelt om 'ondertiteling' over de beperkingen toe te voegen en om meer kwalitatieve inzichten over de langere termijn mee te nemen.

De ACM zou ook kunnen onderzoeken voor welke effecten van haar toezicht er eventueel methodes bestaan om deze preciezer in kaart te brengen. De ACM heeft mij hierover gemeld dat zij zonder meer oog heeft voor de methoden die bijvoorbeeld toezichthouders in het buitenland hanteren en in internationaal verband al tot de koplopers behoort op het gebied van het meten van outcome en effecten van toezicht. De ACM maakt ook actief gebruik van *peer reviews* door o.a. het CPB en academici en is voornemens om meer effectonderzoek te (laten) doen om beter inzicht te verkrijgen in de effectiviteit van haar toezicht.

4. Werk verder aan zelfreflectie en het zelflerend vermogen van de organisatie
AEF ziet dat de ACM actief inbreng uit haar omgeving zoekt en de laatste twee jaar vaker andere keuzes maakt naar aanleiding van rechterlijke uitspraken, maar nog geen lerende organisatie is op alle niveaus. Daarom bevelen zij aan om op een structurele manier invulling te geven aan het verbeteren van zelfreflectie. Zij stellen voor om te overwegen vijfjaarlijks een inhoudelijke evaluatie van bijvoorbeeld ACM-besluiten uit te (laten) voeren. Daarmee kan ook publieke beeldvorming over de ACM worden geholpen.

Appreciatie

Ik herken het beeld dat de ACM actief inbreng vanuit haar omgeving zoekt. De ACM is ook een voorloper waar het gaat om internationale kennisdeling met andere toezichthouders, zoals bijvoorbeeld in OESO-vergaderingen of in de Europese overlegorganen voor nationale toezichthouders zoals ECN en BEREC. Met verschillende publicaties levert zij relevante bijdrages aan internationale toezichtsdiscussies, zoals bijvoorbeeld met het memorandum over ex ante-regulering van *big tech*-platforms samen met de Benelux-autoriteiten⁵ en de bijdrage aan de internationale discussie op het gebied van mededinging en duurzaamheid.

Verdere ontwikkeling van het zelflerende vermogen van de ACM, bijvoorbeeld door experts en belanghebbenden te betrekken, steun ik van harte. Een aanvullende evaluatie van de wijze waarop ACM haar toezicht op het wettelijk kader toepast kan haar mogelijk helpen te leren van haar eigen praktijk.

De ACM maakt al actief gebruik van evaluaties door externe experts, zoals de eerder genoemde *peer reviews* door het CPB. Ook heeft zij bijvoorbeeld een analyse

⁵ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/benelux-memorandum-over-toezicht-mededinging-digitale-economie>

van de toetsing van besluiten van de ACM door de bestuursrechter op grond van de Mededingingswet die ACM heeft laten uitvoeren door professor Ottervanger.

5. Stel een integrale langetermijnplanning op

De onderzoekers stellen vast dat het belangrijk voor de ACM is om op ontwikkelingen te kunnen anticiperen om effectief te blijven. Daar zijn personeel en middelen voor nodig. De ACM moet daarbij goed inzichtelijk kunnen maken wat zij nodig heeft en waarom. De ACM kan dit onderbouwen door een integrale langetermijnplanning op te stellen, waarbij zij inhoudelijke ontwikkelingen koppelt aan de bedrijfsvoering en haar toekomstige inzet.

Appreciatie

Ik deel het belang van een ACM die op een toekomstbestendige manier effectief is en daar voldoende middelen voor heeft. Zo blijft de toezichthouder relevant, ook als er disruptieve ontwikkelingen plaatsvinden. Dat de ACM dit goed doet, blijkt uit haar voortvarende toezicht in de digitale economie. Denk bijvoorbeeld aan de marktstudie⁶ die zij naar App Stores uitvoerde en waaruit een mededingingsonderzoek naar Apple voortkwam.⁷ Of de leidraad voor online consumentenbescherming die de ACM publiceerde om duidelijk te maken welke grenzen er zitten aan het online beïnvloeden van consumenten.⁸ Ik wil dat zij in staat blijft om dit te kunnen doen, bijvoorbeeld als het gaat om het toezicht op algoritmes in de digitale economie. Een langetermijnplanning kan bijdragen aan het voorsorteren op ontwikkelingen en middelen die de ACM hiervoor nodig heeft.

Ik zie daarbij mogelijkheden voor het verder professionaliseren van de sturingsrelatie van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK) met de ACM. Daar is professionele interne sturing bij de ACM randvoorwaardelijk voor, net als inzet vanuit EZK in haar rollen als eigenaar en beleidsverantwoordelijke. Er is ruimte voor meerjaren- en planningsgesprekken, ook binnen de huidige financieringsstructuur. Extra openheid over de globale inzet van middelen kan bijdragen aan het integraal en op langere termijn bekijken wat de ACM voor haar taakuitvoering en bedrijfsvoering nodig heeft. Hetzelfde geldt voor het verder ontwikkelen van overleggen in de driehoek van beleid, toezicht en eigenaar. Dit zal ik in mijn periodieke gesprekken met de ACM aan de orde laten komen.

6. Kijk met bedrijven hoe de doelmatigheid van het toezicht verder kan worden versterkt

AEF constateert dat, ondanks de inspanningen van de ACM, de doorlooptijd van onderzoeken niet significant is gedaald. Het kan daarom zinvol zijn om samen met bedrijven en brancheorganisaties te onderzoeken waar er knelpunten zitten op het gebied van doorlooptijd en administratieve lasten. Daarnaast geven de onderzoekers de suggestie voor de ACM om te verkennen of zij in de toekomst doelmatigheidsonderzoek wil verrichten en welke indicatoren daarvoor geschikt zouden kunnen zijn.

Appreciatie

⁶ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/marktstudie-appstores>

⁷ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-start-onderzoek-misbruik-machtspositie-apple-app-store>

⁸ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-publiceert-vuistregels-voor-online-platformen>

Deze aanbeveling sluit goed aan bij aanbeveling 4 over het zelflerend vermogen van de ACM. Beide onderstrepen het belang van het meenemen van de inzichten van ervaringsdeskundigen.

Een belangrijke manier waarop de ACM aan versterking van haar besluitvorming werkt, is het gebruik van interne tegenspraak en het betrekken van expertise uit andere directies. Zo wordt ingezet op interne advisering vanuit Juridische Zaken. Inzichten van marktpartijen worden opgehaald met de gebruikelijke fase voor raadpleging en zienswijzen. Indien nodig, betreft de ACM externe expertise voorafgaand aan de besluitvorming. Bij telecomregulering vormt beoordeling door de Europese Commissie een verplichte stap. Zoals opgemerkt in het evaluatierapport (p. 57) is in de NS-zaak in de besluitfase overleg geweest met de Europese Commissie en met de Landsadvocaat.

De ACM analyseert iedere uitspraak om te zien hoe zij haar besluiten kan verbeteren. Daarbij kan ook gebruik worden gemaakt van extern advies. Sinds vorig jaar communiceert de ACM drie maal per jaar op haar website over haar *track record*. Zij is daarmee volledig transparant over de gehele beroepsportefeuille. De ACM is verder voornemens om daaraan toe te voegen tegen welke uitspraken namens het bestuur van de ACM hoger beroep is ingesteld en waarom.

Het toezicht van de ACM moet doelmatig zijn. Tegelijkertijd vind ik het belangrijk dat de ACM de ruimte heeft en neemt om zaken op te pakken waarbij op voorhand niet zeker is of deze zullen slagen. Ik vind het daarom positief dat de ACM geen risicomijdende organisatie is. Innoveren om nieuwe marktproblemen aan te pakken en het niet uit de weg gaan van complexe zaken is immers belangrijk om als toezichthouder in staat te blijven ook bij nieuwe ontwikkelingen te kunnen handhaven. Dat kan betekenen dat de ACM soms een zaak verliest, bijvoorbeeld omdat de toepasbaarheid van wetgeving op nieuwe ontwikkelingen niet eenduidig is. Dit kan het zelflerend vermogen van de ACM verbeteren en ook een waardevol en informatief signaal aan beleid zijn over de grenzen van het wettelijke kader.

Tot slot

Het is belangrijk dat markten goed functioneren, marktprocessen ordentelijk en transparant zijn en dat consumenten correct worden behandeld. De wetten die dat borgen moeten goed worden gehandhaafd. Ik ben daarom blij dat deze evaluatie uitwijst dat de ACM een toezichthouder is die dit doeltreffend, doelmatig en op een toekomstbestendige manier doet. Ik heb er vertrouwen in dat de ACM voortvarend aan de slag gaat met de aanbevelingen uit het rapport om haar rol als toezichthouder verder te professionaliseren. Daarnaast blijf ik graag met de ACM in gesprek over de wijze waarop het kabinet haar hierbij kan ondersteunen.

De ACM heeft ook een eigen reactie op het rapport geformuleerd en op haar website gepubliceerd, waarin zij aangeeft hoe zij verder gaat met de aanbevelingen uit het rapport. Deze reactie stuur ik hierbij ook naar uw Kamer⁹. Ik heb hier met interesse kennis van genomen en vind het goed dat zij voortvarend met de aanbevelingen aan de slag gaat.

⁹ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

De staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer