
Vergaderjaar 2006–2007

31 055

Toezicht op mededinging door de NMa

Nr. 1

BRIEF VAN DE ALGEMENE REKENKAMER

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 30 mei 2007

Hierbij bieden wij u het op 10 mei 2007 door ons vastgestelde rapport «Toezicht op mededinging door de NMa» aan.

Algemene Rekenkamer

drs. Saskia J. Stuiveling,
president

Jhr. mr. W.M. de Brauw,
secretaris

Vergaderjaar 2006–2007

31 055 Toezicht op mededinging door de NMa

Nr. 2

RAPPORT

Inhoud

Deel I: conclusies, aanbevelingen en bestuurlijke reacties

5

Deel II: onderzoeksbevindingen

29

DEEL I: CONCLUSIES, AANBEVELINGEN EN BESTUURLIJKE
REACTIES

Inhoud

1	Over dit onderzoek	9
1.1	Achtergrond	9
1.2	Over de NMa	9
1.3	Probleem- en doelstelling	12
1.4	Reikwijdte van het onderzoek	12
1.5	Leeswijzer	12
2	Conclusies en aanbevelingen	14
2.1	Algemeen beeld functioneren NMa	14
2.2	Opzet en uitvoering van het toezicht	14
2.3	Kwaliteitsborging en integriteit	15
2.4	Effecten van het toezicht	16
2.5	Rol van andere publieke belangen	17
2.6	De NMa in haar omgeving	18
2.7	Toezicht en verantwoording minister	18
3	Bestuurlijke reactie en nawoord Algemene Rekenkamer	20
3.1	Bestuurlijke reacties	20
3.1.1	Minister van EZ	20
3.1.2	Raad van Bestuur NMa	21
3.2	Nawoord Algemene Rekenkamer	23
3.2.1	Minister van EZ	23
3.2.2	NMa	24
Bijlage 1	Belangrijkste conclusies, toezeggingen en aanbevelingen	26

1 OVER DIT ONDERZOEK

1.1 Achtergrond

Het algemeen toezicht op mededinging en het toezicht op sectorale «markten» als bank- en verzekeringswezen, post- en telecommunicatie, energie en zorg, heeft de laatste jaren een sterke ontwikkeling doorgemaakt. Onder invloed van het Europese mededingingsbeleid en de invoering van marktwerking in diverse sectoren is de rol van bestaande toezichthouders, zoals de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), versterkt en zijn nieuwe toezichthouders zoals de Consumentenautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit opgericht.¹ Vanwege het maatschappelijk belang van goed functionerend toezicht en de publieke verantwoording daarover startte de Algemene Rekenkamer in 2004 een onderzoeksreeks naar deze markttoezichthouders. De basis hiervoor is gelegd in de achtergrondstudie *Toezicht op markten* (Algemene Rekenkamer, 2005) waarin een algemeen kader is opgesteld aan de hand waarvan het functioneren van markttoezichthouders kan worden beoordeeld.² De NMa is de eerste die diepgaand is onderzocht, omdat die het *algemeen* toezicht op marktwerking uitoefent.³

1.2 Over de NMa

De Nma is een belangrijk instrument bij de uitvoering van het algemeen mededingingsbeleid. De minister van Economische Zaken (EZ) is voor dat beleid verantwoordelijk. Het mededingingsbeleid is gericht op versterking van concurrentie met als doel economische efficiëntie en technologische en economische vooruitgang te stimuleren. Het gaat daarbij uiteindelijk om het behalen van voordeel voor de consument.

De NMa is in 1998 opgericht, tegelijk met het van kracht worden van de nieuwe Mededingingswet (Mw), en heeft drie hoofdtaken:

- handhaving van het verbod van mededingingsafspraken (kartels);
- handhaving van het verbod van misbruik van economische machtsposities;
- toetsing van voorgenomen fusies en overnames.⁴

In de volgende figuur wordt een overzicht gegeven van de taken en instrumenten van de NMa in relatie tot prestaties en (intermediaire) effecten.

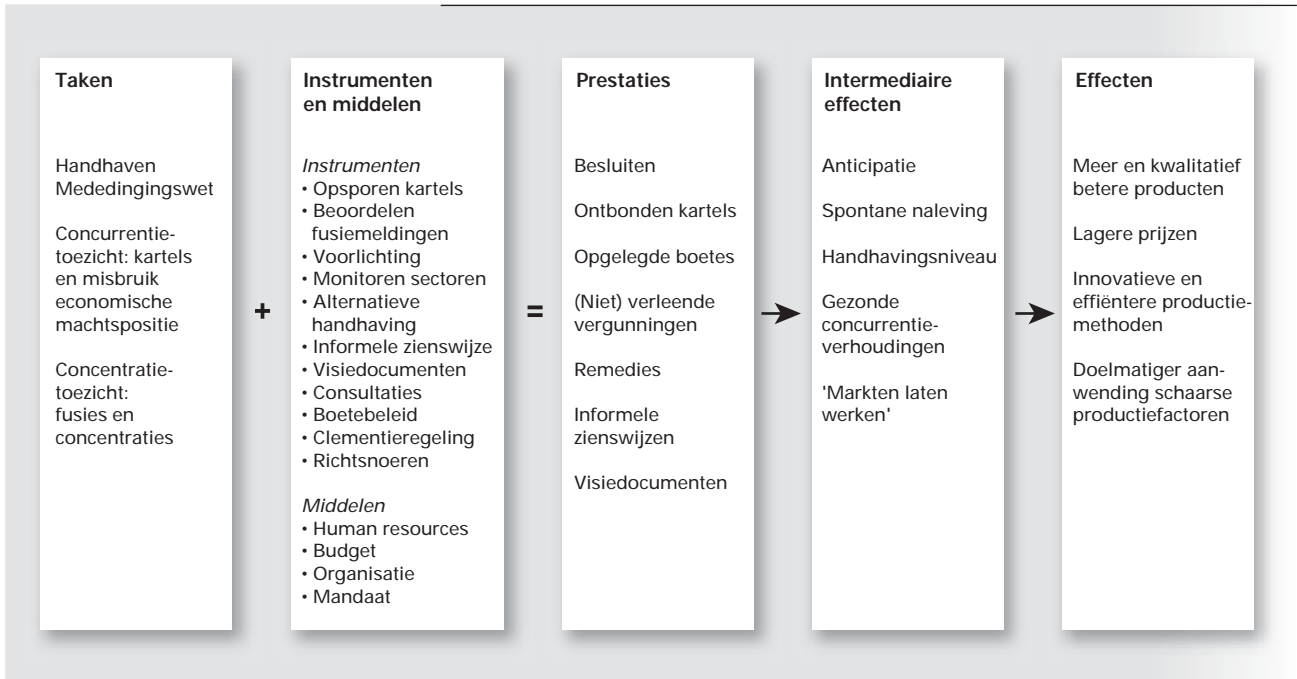
¹ Dit zijn organen die wettelijke taken uitvoeren en die gefinancierd worden met publiek geld.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–05, 29 960, nrs. 1–2.

³ Eerder verscheen al een rapport over de AFM (Algemene Rekenkamer 2004), maar dat was beperkter van opzet dan dit onderzoek.

⁴ Zie bijlage 2 voor begrippenlijst.

Figuur 1

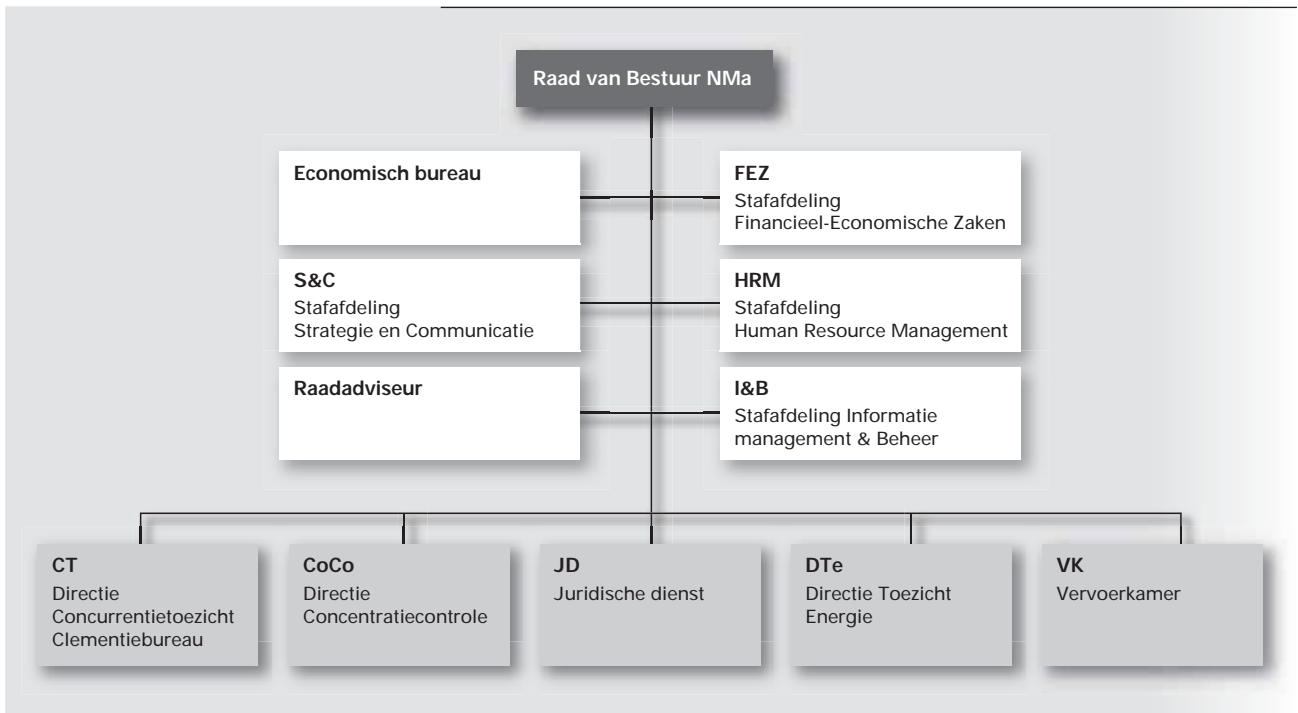


De NMa is in relatief korte tijd uitgegroeid tot een organisatie met een formatie van 297 fte en een budget van € 29,9 miljoen (exclusief de Vervoerkamer en de Directie Toezicht energie, DTe) in 2006.⁵ Sinds 1 juli 2005 heeft de NMa een Raad van Bestuur (RvB). De RvB is een zelfstandig bestuursorgaan (zbo⁶) maar de organisatie zelf is nog steeds onderdeel van het Ministerie van EZ. In de volgende figuur is het organogram van de NMa weergegeven.

⁵ Cijfers begroting 2006.

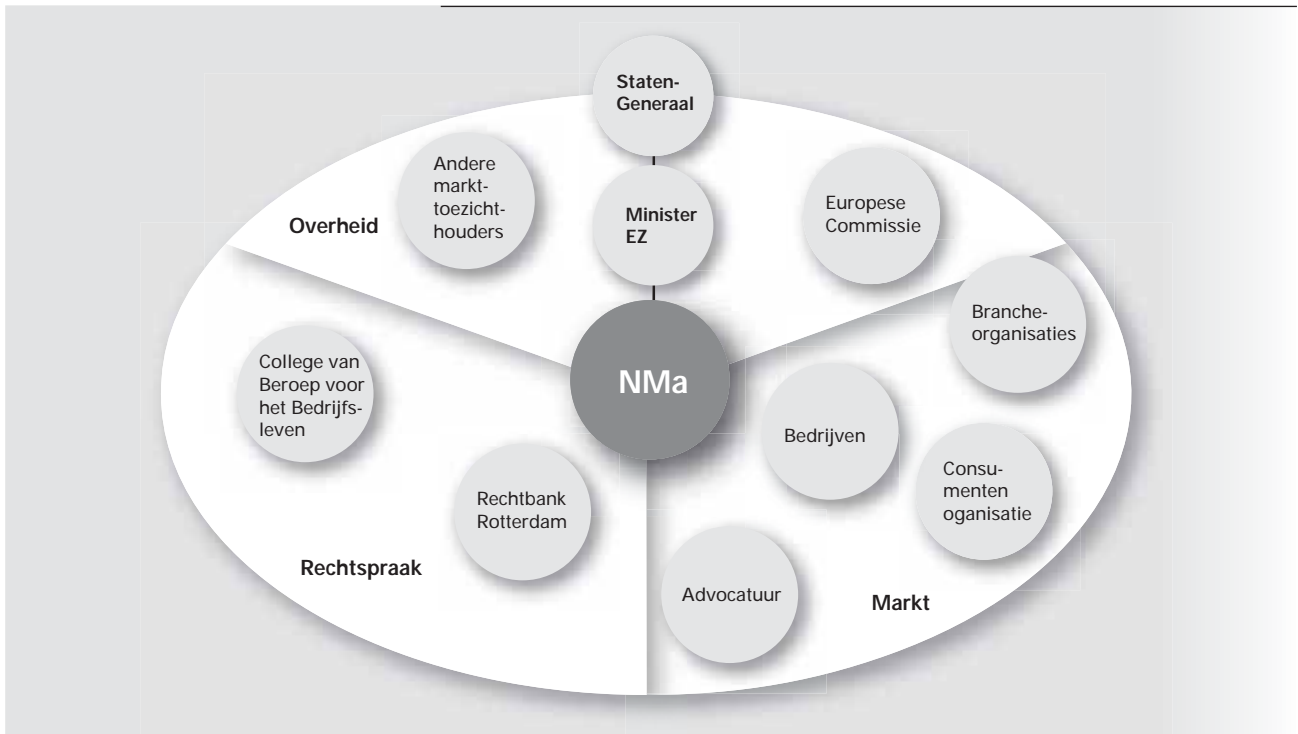
⁶ Een bestuursorgaan van de centrale overheid (dat bij of krachtens de wet met openbaar gezag is bekleed en) dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan de minister.

Figuur 2



De omgeving van de NMa kent een groot aantal stakeholders. De belangrijkste daarvan staan in onderstaande figuur.

Figuur 3



1.3 Probleem- en doelstelling

De eerste en belangrijkste onderzoeksvraag van het onderzoek is: zijn er voldoende waarborgen voor een onafhankelijke, integere, transparante, rechtmatige, doelmatige en doeltreffende uitvoering van het algemeen mededingingstoezicht door de NMa en vindt over dit toezicht voldoende publieke verantwoording plaats?

De tweede onderzoeksvraag luidt: vult de minister van EZ zijn⁷ verantwoordelijkheid voor het mededingingstoezicht, inclusief de verantwoording aan de Staten-Generaal, voldoende in?

Deze vragen zijn uitgewerkt in een normenkader waarover we met de NMa en het Ministerie van EZ overeenstemming hebben bereikt. Aspecten die in het NMa-deel aan de orde komen staan in onderstaand overzicht.⁸

Organisatie	<ul style="list-style-type: none">• Onafhankelijkheid en functiescheiding• Organisatiestructuur• Deskundigheid personeel• Integriteit en onpartijdigheid• Kwaliteitsborging• Planning en control
Opzet van het toezicht	<ul style="list-style-type: none">• Toezichtbeleid en meerjarig kader• Risico- en marktanalyse• Beoordelingscriteria
Uitvoering van het toezicht	<ul style="list-style-type: none">• Informatieverzameling• Oordeelsvorming/besluitvorming• Interventies• Voorlichting• Samenwerking andere toezichthouders
Toezichtproduct	<ul style="list-style-type: none">• Prestaties• Effecten/outcome
Publieke verantwoording	<ul style="list-style-type: none">• Jaarverslag• Stakeholdersdialoog

Met dit onderzoek willen we een bijdrage leveren aan het verbeteren van het functioneren van de NMa en aan de invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid. Bovendien willen we inzicht bieden in hoe het algemeen mededingingstoezicht in de praktijk functioneert.

1.4 Reikwijdte van het onderzoek

Ons onderzoek heeft betrekking op het functioneren van de NMa voor wat betreft haar taken op het terrein van de algemene Mw. Het functioneren van de DTe en de Vervoerkamer, onderdelen van de NMa-organisatie met sectorspecifieke taken, blijven in dit onderzoek buiten beschouwing.

Het onderzoek naar de NMa is uitgevoerd van maart tot juli 2006 en het onderzoek naar de invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid door de minister van EZ van augustus tot november 2006.

1.5 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 van deel I gaan we in op de belangrijkste conclusies en aanbevelingen van ons onderzoek. In hoofdstuk 3 staat de bestuurlijke reactie van de minister van EZ en van de NMa, en het nawoord van de

⁷ Waar «zijn» staat wordt in voorkomende gevallen ook «haar» bedoeld.

⁸ Het volledige normenkader is te vinden op de website van de Algemene Rekenkamer, www.rekenkamer.nl. Dit kader is o.m. ontleend aan de rekenkamerpublicatie «Toezicht op markten» (Algemene Rekenkamer, 2005) en de «Kaderstellende visie op toezicht» (Ministerie van BZK, 2005) en verder uitgewerkt voor het algemeen mededingingstoezicht. Zie ook Kovacic 2005 en 2006, waarin het belang van de aspecten in het normenkader voor de institutionele ontwikkeling van markttoezichthouders wordt benadrukt.

Algemene Rekenkamer. In bijlage 1 wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste conclusies, aanbevelingen, reacties en nawoord. Deel II van dit rapport bevat de onderbouwing van de conclusies en aanbevelingen.

2 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

2.1 Algemeen beeld functioneren NMa

De NMa heeft in haar relatief korte bestaan een grote ontwikkeling doorgemaakt en al veel bereikt. De NMa geeft ook blijk van de ambitie zich verder te ontwikkelen. Op een groot aantal door ons onderzochte aspecten is het beeld van het functioneren positief. Uit ons onderzoek blijkt wel dat er nog verbeterpunten zijn, maar we hebben vastgesteld dat de NMa op een groot deel van die punten al bezig is met het ontwikkelen van plannen en het uitvoeren van activiteiten ter verbetering. De uitkomsten van dit onderzoek zijn een aansporing daarmee door te gaan.

In dit deel van het rapport zullen we met name ingaan op de verbeterpunten. Voor uitgebreidere informatie over het functioneren van de NMa verwijzen we naar deel II.

2.2 Opzet en uitvoering van het toezicht

We hebben onderzocht hoe de NMa de primaire toezichtstaken uitvoert. We hebben geconcludeerd dat de NMa haar toezichtinstrumentarium op de meeste punten goed heeft ontwikkeld. De aanpak van de bouwfraude is een goed voorbeeld van een effectieve instrumentenmix. De criteria op grond waarvan zij zaken beoordeelt, zijn ook behoorlijk uitgewerkt in openbaar gemaakte richtsnoeren. Waarborgen voor de wettelijk verplichte functiescheiding tussen onderzoek naar en sancties bij kartel- en misbruikzaken zijn voldoende aanwezig en werken ook in de praktijk. Verbeterpunten zien we nog bij aspecten van opsporing en selectie van kartel- en misbruikzaken, inzet van instrumenten anders dan een boete, beheersing van doorlooptijden en follow-up van zaken. Op deze punten gaan we hierna verder in.

Opsporing, selectie en prioritering

Voorwaarde voor effectief toezicht is dat de NMa onderbouwde keuzes maakt bij de opsporing, selectie en prioritering van zaken. Hiervoor benoemt de NMa jaarlijks prioritaire sectoren en heeft zij verder een systeem van het prioriteren van kartel- en misbruikonderzoek. Klachten, tips en meldingen (door overtreders, in het kader van de clementieregeling), zijn tot op heden de belangrijkste aanleiding voor kartel- en misbruikonderzoek door de NMa. Het gebruik en de inzet van deze middelen is de laatste jaren goed ontwikkeld. De NMa maakte tot nu toe nog maar beperkt gebruik van opsporing door eigen marktanalyses. We bevelen aan om hierin de komende jaren meer te investeren. De onderzoeksplannen van medio 2006 bieden hiertoe al wel enige aanzetten.

Alternatieve handhaving

Een relatief nieuwe aanpak in het kartel- en misbruiktoezicht, naast het opleggen van een boete, is de zogenaamde «alternatieve handhaving». De invulling van deze alternatieve handhaving varieert van het maken van afspraken met bedrijven over maatregelen, tot het voeren van een waarschuwend gesprek. De NMa ziet grote voordelen aan dit soort handhaving, zoals tijdsbesparing en snelle verandering van gedrag en daarmee direct voordeel voor de consument. De aanpak is nog in ontwikkeling en de NMa heeft tot nu toe alleen nog enkele uitgangspunten vastgelegd. Met het oog op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevelen we aan de richtlijnen voor de inzet van alternatieve handhaving verder te ontwikkelen en deze richtlijnen openbaar te maken.

Doorlooptijden

Voor de effectiviteit van het toezicht is ook de beheersing van doorlooptijden van zaken van belang. De NMa haalde in bijna alle gevallen in 2005 en 2006 de wettelijke termijnen voor concentratiezaken. Voor kartel- en misbruikzaken ligt dat anders. Voor deze zaken heeft de NMa zichzelf normen gesteld, bij gebrek aan wettelijke normen. Deze werden in 2005 en 2006 bij lange na niet gehaald. De norm voor de doorlooptijd van de onderzoeksfase is dat 90% van de zaken binnen 365 dagen moet zijn afgerond. Deze doorlooptijd werd in 50% van de in 2006 gerapporteerde kartel- en misbruikzaken gehaald. De beheersing van doorlooptijden behoeft aandacht van de NMa. We bevelen de NMa verder aan de normen voor de doorlooptijd van kartel- en misbruikzaken op haar website te publiceren.

Follow-up

In het instrumentarium van het toezicht op kartels en misbruik van economische machtspositie ontbreekt een systematische follow-up van die zaken waar eerder een overtreding is vastgesteld. Het gaat er daarbij om om na enige tijd vast te stellen of de overtreding zich niet herhaald of voortgezet heeft. Incidenteel doet de NMa dit wel en zij is van plan dit vaker te gaan doen. Ook bij het maken van afspraken in het kader van alternatieve handhaving zal een systematische follow-up moeten plaatsvinden. We bevelen aan om dit een vaste plaats te geven in het instrumentarium.

2.3 Kwaliteitsborging en integriteit

Het waarborgen van kwaliteit en integriteit zijn belangrijke aandachtspunten voor toezichthouders als de NMa. We hebben onderzocht hoe de NMa deze zaken heeft georganiseerd. We concluderen dat de NMa veel aandacht heeft voor het garanderen van de kwaliteit van besluiten op verschillende niveaus in de organisatie. We zien nog verbeterpunten bij aspecten van interne advisering en externe evaluatie alsmede op het gebied van het integriteitsbeleid.

Kwaliteitsborging

Het organiseren van het interne adviesproces rondom zaken is ten eerste van belang om optimaal gebruik te kunnen maken van aanwezige kennis, en ten tweede om discussie en tegenspraak te organiseren en te stimuleren. Beide beogen ook het risico op «tunnelvisie» van direct betrokken zaakbehandelaars te verminderen. We stelden in ons onderzoek vast dat de NMa hier aandacht voor heeft. Het proces van de zaakbehandeling is verder gebaat met een tijdige inbreng van «buitenstaanders». De NMa organiseert die inbreng vooral in de eindfase van processen, zoals bij de vaststelling van een conceptrapport of -besluit. We bevelen aan om te bekijken of er nog (doelmatigheids)winst te behalen is door dit te vervroegen. Daardoor zou bijvoorbeeld het risico verminderen dat onderzoek zonder perspectief te lang door gaat. Ook het onlangs opgerichte Economisch bureau (zie het organogram in paragraaf 1.2) kan hierin mogelijk een functie vervullen.

Voor het waarborgen en verder ontwikkelen van de kwaliteit van de zaakbehandeling is het van belang dat de NMa besluiten en processen in- en extern evalueert en naar aanleiding daarvan verbeteracties onderneemt. We hebben vastgesteld dat de systemen van terugkoppeling en evaluatie bij de NMa in opzet behoorlijk goed zijn ontwikkeld: de NMa evalueert haar eigen processen en producten tamelijk systematisch en

bevraagt ook haar omgeving frequent over het eigen functioneren. Daar waar we dat hebben onderzocht, wordt er ook wat met deze (externe) evaluaties gedaan. In aanvulling op deze evaluaties verdient het aanbeveling periodiek aspecten van het eigen functioneren te laten reviewen door collega-mededingingsautoriteiten (een zogeheten peer review). De NMa doet dat al incidenteel bij besluiten.

Integriteit

De NMa-organisatie valt als dienstonderdeel van het Ministerie van EZ direct onder het integriteitsbeleid en de gedragscode van dat ministerie. Voor zover we dat hebben onderzocht, leeft de NMa de EZ-regels ook na. Omdat zich volgens de NMa tot op heden geen integriteitsincidenten hebben voorgedaan, hebben ze die ook niet aan het ministerie hoeven melden. Het is overigens nog onduidelijk of het integriteitsbeleid en de gedragscode ook gelden voor de leden van de RvB, die geen medewerkers zijn van het Ministerie van EZ. We bevelen aan de positie van de RvB op dit punt nader te regelen.

Het is verder nog een vraag of het integriteitsbeleid van het Ministerie van EZ ook volstaat voor de NMa. Met name de risico's op «regulatory capture», waarbij de toezichthouder zich te veel laat leiden door de belangen van derden, door marktpartijen en/of door het ministerie zijn niet expliciet afgedekt in de gedragscode. Die risico's schat de NMa bij navraag weliswaar niet hoog in, maar zij heeft tot op heden geen eigen analyse uitgevoerd. We bevelen de NMa aan een eigen risicoanalyse op te stellen die rekening houdt met de NMa-specifieke aspecten en haar integriteitsbeleid daar eventueel aan aan te passen.

2.4 Effecten van het toezicht

Het gaat bij toezicht uiteindelijk om de maatschappelijke effecten ervan. We hebben onderzocht wat de NMa doet om inzicht te krijgen in de effecten van haar toezicht. We concluderen dat de NMa hier veel aandacht voor heeft en zelfs internationaal voorop loopt. We zien nog wel een aantal ontwikkelpunten voor de toekomst. Deze hebben betrekking op de (presentatie van de) effectmeting van individuele zaken, de mate waarin gemeten effecten aansluiten op de doelen van het toezicht en het inzicht in mogelijke negatieve welvaartseffecten. Op deze punten gaan we hieronder nader in.

Effecten: outcome

De NMa is in 2004 begonnen met het meten van de effecten van haar optreden in individuele zaken en publiceert hierover in haar jaarverslag. Effectmeting is van belang voor de keuze van prioriteiten (vooraf) in de handhaving, voor de legitimiteit van de NMa (wat doet de NMa, en waarom) en voor het vaststellen van de effectiviteit van het toezicht (achteraf). De NMa geeft bij de presentatie van haar effectberekeningen aan dat sprake is van onzekerheden in de uitkomsten, en welke dat zijn. We hebben waardering voor de prudente wijze waarop dit tot nu toe is gedaan en bevelen de minister van EZ en de RvB van de NMa aan hieraan in de toekomst vast te houden. We bevelen tevens aan de (presentatie van) effectberekeningen op de een of andere manier door externe onafhankelijke deskundigen te laten valideren.

Aansluiting op doelen

De tot nu toe berekende en gerapporteerde bedragen sluiten nog niet aan op de in het beleid geformuleerde beoogde maatschappelijke effecten:

meer en kwalitatief betere producten, lagere prijzen, innovatieve en efficiëntere productiemethoden, en doelmatige aanwending van schaarse productiefactoren. Daardoor is het ook onduidelijk welke precieze betekenis de als effect gerapporteerde bedragen hebben: het zijn slechts deels lagere prijzen voor de consument. Zoals de NMa zelf ook aangeeft, is er nog veel werk te verrichten om inzicht te krijgen in de mate waarin de beoogde maatschappelijke effecten bereikt worden. We bevelen aan hier aandacht aan te blijven besteden.

De NMa onderzoekt niet achteraf of fusies die zij heeft tegenhouden toch de maatschappelijke welvaart hadden kunnen verhogen en of haar optreden tegen misbruik van machtsposities terecht is geweest. Evenmin onderzoekt zij of haar beslissingen om niet op te treden tegen samenwerking tussen bedrijven of concurrentiebelemmerende fusies, achteraf gezien terecht waren. Vanwege de potentieel negatieve welvaartseffecten van verkeerde beslissingen door de NMa bevelen we aan af en toe te (laten) onderzoeken in welke mate hiervan sprake is geweest en wat de negatieve welvaartseffecten daarvan waren.

2.5 Rol van andere publieke belangen

De NMa kan bij de uitvoering van haar toezicht te maken krijgen met andere publieke belangen die mogelijk conflicteren met het mededingingsbelang. Zo kunnen samenwerkingsverbanden tussen ondernemingen gericht op het inzamelen van afval (die wel in het belang van het milieu zijn) niet in het belang zijn van eerlijke concurrentie. We concluderen dat wet- en regelgeving en Europese jurisprudentie de NMa enige ruimte bieden om deze belangen te betrekken bij haar afwegingen in zaken. We zien nog wel verbeterpunten in de wijze waarop de NMa dit in de praktijk doet en de wijze waarop zij zich daarover verantwoordt.

Transparantie uitvoering NMa

Voor zover we hebben kunnen nagaan speelden andere publieke belangen sinds 1998 in de praktijk van de NMa maar bij een relatief beperkt aantal (circa vijftientig) zaken. Het betrof vooral kartelzaken, en het grootste deel van deze zaken dateerde van vóór 2002: tot dat jaar moesten ontheffingen van het kartelverbod worden aangevraagd. Onderdeel van de beoordeling door de NMa of er andere publieke belangen in het geding zijn, is de vraag of de concurrentiebeperking noodzakelijk en evenredig is met het oog op het andere publieke belang (de zogeheten proportionaliteitstoets). De besluiten van de NMa waren op dit punt niet altijd transparant. We bevelen aan dit te verbeteren, zo mogelijk door het formuleren en publiceren van een afwegingskader (richtsnoer).

Verantwoording over aanpak

We hebben vastgesteld dat de NMa – anders dan door de publicatie van individuele besluiten – sinds 2001 geen algemene verantwoording aflegt over haar benadering van andere publieke belangen. We vinden het onderwerp zo belangrijk dat we aanbevelen hier aandacht aan te besteden in het jaarverslag en/of op de NMa-website. De NMa was ten tijde van de afronding van ons onderzoek al bezig te bekijken hoe de transparantie en verantwoording op dit thema verbeterd zouden kunnen worden.

2.6 De NMa in haar omgeving

We hebben een aantal aspecten van de relatie van de NMa met haar omgeving onderzocht. We concluderen dat de NMa veel werk maakt van de dialoog met stakeholders en ook actief is op het vlak van de nationale en internationale samenwerking met collega-toezichhouders. Op aspecten van samenwerking en van verantwoording in het jaarverslag zien we nog een enkel verbeterpunt.

Samenwerking met andere toezichhouders

De NMa werkt samen met de verschillende sectorale markttoezichthouders en heeft met de meeste daarvan afspraken gemaakt in de vorm van samenwerkingsprotocollen. Deze ontbreken nog voor de samenwerking met AFM en het Commissariaat voor de media. Hoewel we de samenwerking met deze toezichhouders niet nader onderzocht hebben, bevelen we aan om ook met hen afspraken vast te leggen. We juichen het initiatief van de NMa toe om te komen tot een code voor markttoezicht.

Verantwoording in het jaarverslag

De NMa verantwoordt zich door haar jaarverslag aan de minister, aan stakeholders en aan de samenleving als geheel. We hebben vastgesteld dat de NMa veel aandacht besteedt aan de inhoud en vormgeving van haar jaarverslagen. Ze zijn informatief, toegankelijk en goed leesbaar. Op een aantal punten kunnen de jaarverslagen nog verbeterd worden. We bevelen de NMa aan prestaties zoveel mogelijk af te zetten tegen toetsbare doelen. Bovendien kan de NMa in haar jaarverslag systematischer aandacht besteden aan integriteitszorg, kwaliteitszorg, prestaties in relatie tot inzet van middelen en stakeholderdialoog.

2.7 Toezicht en verantwoording minister

De minister van EZ is verantwoordelijk voor het mededingingsbeleid en heeft een systeemverantwoordelijkheid voor het functioneren van de NMa. We concluderen dat de minister voldoende bevoegdheden heeft om deze verantwoordelijkheid waar te kunnen maken. De onafhankelijkheid van de NMa is in opzet voldoende gewaarborgd en blijkt, voor zover we hebben kunnen vaststellen, ook in de praktijk. We zien nog verbeterpunten bij de invulling van het toezicht op de NMa door de minister en zijn verantwoording hierover aan de Staten-Generaal.

Toezicht minister

Vanwege het toezicht van de minister op de NMa, de werkplancycclus van departementale diensten en zijn verantwoordelijkheid voor het mededingingsbeleid, is er veel periodiek overleg tussen het Ministerie van EZ en de NMa. Het ministerie is dan ook goed op de hoogte van wat er speelt bij de NMa. Het Ministerie van EZ kan in zijn toezicht op de NMa wel systematischer aandacht besteden aan een aantal aspecten die belangrijk zijn voor het functioneren van de NMa. We bevelen het ministerie aan om hieruit jaarlijks een beredeneerde keuze te maken. Wat ons betreft gaat het daarbij om het functioneren van checks-and-balances (zoals bezwaar en beroep), integriteit, functiescheiding, kwaliteitsborging, strategie, risico- en marktanalyse, kwaliteit van genomen besluiten en inzicht in effecten.

Verantwoording aan Staten-Generaal

In zijn departementale jaarverslag verantwoordt de minister zich over de uitgaven en ontvangsten van de NMa en over de bedrijfsvoering van het

ministerie als geheel, met inbegrip van de NMa. De minister verantwoordt zich niet over zijn toezicht op de NMa. Ook geeft de minister geen expliciet oordeel over relevante aspecten van het functioneren van de NMa. We bevelen aan dat de minister van EZ zich verantwoordt over het toezicht, zich een oordeel vormt over relevante aspecten van het functioneren en daarover met de Tweede Kamer communiceert, bijvoorbeeld in de brief bij het jaarverslag van de NMa.

Het jaarverslag van het ministerie geeft indicaties voor het realiseren van de operationele doelstelling «versterken van concurrentie op Nederlandse markten», maar geeft geen informatie over de bijdrage van de NMa hieraan. De minister van EZ zou in zijn jaarverslag zoveel mogelijk moeten ingaan op de bijdrage van de NMa aan het realiseren van de doelstelling die gericht is op het versterken van de concurrentie op Nederlandse markten.

3 BESTUURLIJKE REACTIE EN NAWOORD ALGEMENE REKENKAMER

Het concept van dit rapport is ter commentaar toegestuurd aan de minister van Economische Zaken en de Raad van Bestuur (RvB) van de NMa. Beiden stuurden een reactie (Ministerie van EZ 2007 en NMa 2007a). Zowel de minister als de RvB reageerden positief op het rapport. Zij nemen de meeste aanbevelingen over en doen toezeggingen om ze te realiseren. Beiden complimenteren ons met het onderzoek en met de wijze waarop het is uitgevoerd.

De reacties hebben we in de volgende paragraaf samengevat en daaronder van een nawoord voorzien. De volledige tekst van de brieven staat op onze website, www.rekenkamer.nl.

3.1 Bestuurlijke reacties

3.1.1 Minister van EZ

De minister van EZ onderschrijft in haar brief het maatschappelijk belang van goed functionerend markttoezicht en van publieke verantwoording daarover. Het verheugt de minister dat ons algemene beeld van het functioneren van de NMa positief is. Zij beperkt haar reactie tot de conclusies en aanbevelingen over het toezicht door de minister van EZ op de NMa en de verantwoording daarover aan de Staten-Generaal. Zij verwijst naar de reactie van de RvB voor wat betreft de overige aanbevelingen.

Aanbeveling: meer systematische aandacht aspecten in toezicht minister

De minister onderschrijft de aanbeveling om in haar toezicht op de NMa systematischer aandacht te besteden aan de door ons gesuggereerde aspecten⁹, voor zover die nog geen onderdeel uitmaken van de reguliere P&C-cyclus. Jaarlijks zal het ministerie één aspect systematisch in kaart brengen. Met ingang van het werkplan 2008 van de NMa maakt het ministerie hierover jaarlijks afspraken met de NMa.

Aanbeveling: jaarlijks verantwoording over toezicht minister

De minister neemt de aanbeveling over om jaarlijks verantwoording af te leggen over de wijze waarop zij toezicht heeft uitgeoefend op de NMa. Zij zal dat doen in de brief van de minister aan de Staten-Generaal bij het jaarverslag van de NMa. Deze verantwoording zal betrekking hebben op de wijze waarop de minister haar bevoegdheden met betrekking tot de NMa heeft uitgeoefend en de wijze waarop het relatiestatuuut met de NMa is ingevuld. Daarnaast kan de minister in deze verantwoording ingaan op de uitkomsten van toezicht op eerder genoemde specifieke aspecten.

Aanbeveling: oordeel uitspreken over functioneren NMa

De minister zal bekijken in hoeverre het kader dat door het Ministerie van VWS is ontwikkeld voor de toetsing van de onder het ministerie ressorterende zbo's, een bruikbare basis kan vormen voor toetsing van de NMa.¹⁰ De beoordeling van de doeltreffendheid en doelmatigheid van de NMa vindt volgens de minister vooral plaats in de vijfjaarlijkse evaluaties.¹¹ Deze evaluaties stuurt de minister aan de Staten-Generaal.

Aanbeveling: informatie opnemen over bijdrage NMa aan realisatie beleidsdoelen

De minister zegt toe in het departementale jaarverslag te zullen ingaan op

⁹ In onze aanbeveling noemen we daarbij het functioneren van checks-and-balances (zoals bezwaar en beroep), integriteit, functiescheiding, kwaliteitsborging, strategie, risico- en marktanalyse, kwaliteit van genomen besluiten en inzicht in effecten.

¹⁰ Zie Ministerie van VWS 2006.

¹¹ Zie artikel 5h, eerste lid, van de Mededingingswet.

de bijdrage van de NMa aan het realiseren van de beleidsdoelstelling «het versterken van de concurrentie op Nederlandse markten».

3.1.2 Raad van Bestuur NMa

De RvB van de NMa heeft met instemming kennisgenomen van het rapport. De RvB constateert dat het rapport positieve conclusies bevat over onderwerpen die de NMa zelf van het grootste belang acht. Wel betreurt de NMa het dat de internationale vergelijking die we ons hadden voorgenomen en die naar haar verwachting de conclusies zou ondersteunen, uiteindelijk niet in het onderzoek is meegenomen.

De RvB beschouwt het rapport en de aanbevelingen als een extra stimulans om door te gaan met verbeteracties. De RvB zal daarbij, mede in het licht van een mogelijk krimpende formatie, wel kosten-batenafwegingen moeten maken. Bij sommige aanbevelingen spelen afwegingen tussen het belang van transparantie en belangen op het vlak van opsporing een rol. Transparantie stopt volgens de RvB daar waar het de opsporingstaak van de NMa ondermijnt.

De RvB is voornemens ons tijdens het uitwerken van de volgende punten te informeren en te raadplegen.

Aanbeveling: meer investeren in opsporing door eigen marktanalyses

De RvB stelt in zijn reactie dat de NMa op het niveau van specifiek benoemde sectoren veel aandacht heeft voor detectie door marktanalyses. Die marktanalyses vormen een onderdeel van de sectorale handhavingprogramma's. Voor de inzet van de analyses voor detectie ontbrak volgens de RvB een tijdlang de benodigde capaciteit vanwege de omvangrijke bouwaffaire. De oprichting van het Economisch bureau binnen de NMa heeft deze detectiemethodiek ook vanuit een meer theoretische invalshoek mogelijk gemaakt. De RvB ziet onze aanbeveling dan ook als een aansporing om deze praktijk voort te zetten. De RvB plaatst overigens wel de kanttekening dat marktanalyses altijd aangevuld moeten worden met andere aanwijzingen, zoals tips en klachten, om voldoende basis te kunnen vormen voor het starten van onderzoek.

Aanbeveling: verder ontwikkelen en openbaar maken van richtlijnen voor alternatieve handhaving

De RvB neemt de aanbeveling over voor de verdere ontwikkeling van richtlijnen, maar acht terughoudendheid geboden met het openbaar maken daarvan. Alternatieve handhaving is geen recht voor een onderneming, maar een mogelijkheid van handhaving die de NMa naar eigen inzicht kan inzetten. Aan alternatieve handhaving zijn wel bepaalde voorwaarden verbonden. Eén van die voorwaarden is dat er geen risico op rechtsongelijkheid mag zijn. De NMa heeft de voorwaarden die zij op dit moment stelt, openbaar gemaakt in speeches, interviews en haar jaarverslag. Het risico van het verder openbaar maken van het beleid op dit punt is dat de ruimte en flexibiliteit voor de NMa om de aanpak te kiezen die zij in een bepaalde situatie het meest effectief acht, wordt ondermijnd.

Aanbeveling: follow-up van kartelzaken een vaste plaats geven in het instrumentarium

De NMa voert follow-uponderzoeken al op ad-hocbasis uit. In 2006 hebben uitgebreide nacontroles plaatsgevonden in de sectoren groot- en detailhandel en in de bouwsector. Mede naar aanleiding van de hiermee opgedane ervaring, neemt de RvB de aanbeveling over.

Aanbeveling: blijvende aandacht voor doorlooptijden en publiceren normen op de website

De RvB neemt de aanbeveling over aandacht te blijven geven aan de beheersing van doorlooptijden. De afgelopen jaren is volgens de RvB veel winst geboekt bij de beheersing en verkorting van de doorlooptijden en voor 2007 zijn maatregelen genomen om de doorlooptijden van onderzoek verder terug te brengen. De aanbeveling om interne (streef)normen te publiceren op haar website, neemt de RvB echter niet over. Hij ziet deze normen voor doorlooptijden vooral als een intern sturingsinstrument. De RvB merkt overigens op dat doorlooptijden voor een deel bepaald worden door externe factoren.¹²

Aanbeveling: periodiek aspecten van het (intern) functioneren laten reviewen door collega-mededingingsautoriteiten

De RvB staat positief tegenover deze aanbeveling en zal in ECN- en ECA-verband onderzoeken of dit, zowel in praktische als inhoudelijke zin, tot de mogelijkheden behoort.

Aanbeveling: nagaan of doelmatigheidswinst te behalen valt door eerdere inbreng van buitenstaanders in het onderzoeksproces

De RvB noemt in haar reactie enkele waarborgen op dit vlak. De juridische en economische experts van de directie Concurrentietoezicht vervullen in een vroeg stadium van het kartelonderzoek de rol van advocaat van de duivel, namelijk op het moment dat de vraag voorligt of een onderzoek «rapportwaardig» is. Daarnaast is eind 2006 vooral bij toetsing van fusiemeldingen een experiment gestart met het uitvoeren van een review door NMa-medewerkers die niet bij een zaak betrokken zijn en/of door medewerkers van het kantoor van de landsadvocaat. Mogelijkheden om niet-NMa-medewerkers bij kartelonderzoek te betrekken zijn volgens de RvB overigens beperkt omdat het onderzoeksbelang zich hier veelal tegen verzet, of omdat de vertrouwelijkheid van het onderzoek in het geding kan raken.

Aanbeveling: uitvoeren risicoanalyse integriteit en positie RvB in het integriteitsbeleid regelen

Het Ministerie van EZ heeft recent een Gedragscode Integriteit opgesteld. De RvB zal onderzoeken in hoeverre deze gedragscode voldoet voor de NMa. Zij zal daar zo nodig – en zo mogelijk – op basis van een eigen risicoanalyse aspecten aan toevoegen. Hij zal daarbij vooral kijken naar risico's op «regulatory capture».¹³ De RvB beschouwt het regelen van zijn positie in het integriteitsbeleid als een aanbeveling voor de minister van EZ. Overigens is de RvB bereid daaraan alle medewerking te verlenen. De NMa gedraagt zich op dit moment naar de voor medewerkers van het Ministerie van EZ geldende regels.

Aanbeveling: verdere ontwikkeling effectmeting door externe validering, betere aansluiting op doelen en onderzoek naar verkeerde beslissingen

De RvB is verheugd over onze positieve waardering voor haar inspanningen voor het meten van het effect van het werk van de NMa. De RvB doet naar aanleiding van ons rapport nog geen definitieve toezeggingen over de verdere ontwikkeling van de effectmeting vanwege een voorgenomen eigen evaluatie van de NMa-methode. Die evaluatie vindt plaats in samenspraak met deskundigen en collega-toezichthouders. De door ons geformuleerde aanbevelingen zullen hierbij aan de orde komen. In een eerste inhoudelijke reactie op onze aanbevelingen geeft de RvB aan positief te staan tegenover een onafhankelijke validering van de effectberekening. De RvB zet echter kanttekeningen bij de aanbeveling om de

¹² De NMa noemt daarbij factoren zoals de opstelling van de partij die onderzocht wordt, de wettelijk voorgeschreven zorgvuldigheid van de diverse procedures en de door de jurisprudentie geformuleerde onderzoekseisen.

Soms wordt ook mede op verzoek van partijen de verdere behandeling van een zaak aangehouden, bijvoorbeeld in afwachting van een uitspraak in een vergelijkbare zaak.

¹³ Het risico dat de toezichthouder zich te veel laat leiden door belangen van derden en daardoor niet onafhankelijk optreedt.

effectmeting beter aan te laten sluiten bij de geformuleerde maatschappelijke doelen. Het zou namelijk kunnen dat dit een grote onderzoeksinspanning met zich meebrengt met vooralsnog beperkt zicht op wetenschappelijk verantwoorde en bruikbare onderzoeksresultaten. Het gaat bij de NMa om moeilijk te meten effecten, die zich pas na verloop van tijd kunnen voordoen, wat het moeilijk maakt de causaliteit vast te stellen. De RvB staat verder positief tegenover de aanbeveling om achteraf onderzoek te doen naar de effecten van verkeerde beslissingen in concrete zaken. Zij maakt ook daarbij het voorbehoud van de beschikbaarheid van mensen en middelen voor dergelijk onderzoek. In totaal wordt door de NMa ruim twee fte op effectmeting ingezet. Bovendien wil de RvB zich eerst oriënteren op de mogelijke consequenties, zoals processen over schadeclaims.

Aanbeveling: Transparantie en verantwoording verbeteren van de wijze waarop de NMa andere publieke belangen betreft in haar besluiten
Hoewel onderzochte partijen volgens de RvB nooit hebben geageerd tegen de motivering van besluiten waarbij andere publieke belangen een rol speelden, neemt hij de aanbeveling over om de transparantie van besluiten op dit punt te verbeteren. In voorkomende gevallen zullen in besluiten de overwegingen ten aanzien van andere publieke belangen zo transparant mogelijk worden weergegeven. Dit doet volgens de RvB ook recht aan het feit dat sprake is van een uitzondering op de algemene regel, waarmee restrictief moet worden omgegaan. Om die reden neemt de RvB de aanbeveling niet over om hiervoor een afwegingskader te ontwikkelen. Wel zal aan dit aspect aandacht worden besteed in de jaarverslagen van de NMa.

Aanbeveling: vastleggen van samenwerkingsverbanden en ontwikkelen van code markttoezicht

De NMa streeft al naar het vastleggen van afspraken. De RvB beschouwt deze aanbeveling als een verdere aanmoediging en neemt deze over. De RvB zal onderzoeken of collega-toezichthouders en betrokken departementen hieraan hun medewerking willen geven.

Aanbeveling: meer aandacht voor specifieke onderwerpen in jaarverslag en prestaties zoveel mogelijk afzetten tegen doelen

De RvB neemt deze aanbeveling over, maar voorziet, onder verwijzing naar opmerkingen bij de aanbevelingen over effectmetingen, dat het afzetten van de prestaties tegen de doelen in het geval van de NMa moeilijk en in ieder geval arbeidsintensief zal zijn.

3.2 Nawoord Algemene Rekenkamer

3.2.1 Minister van EZ

Wij zijn verheugd dat de minister al onze aanbevelingen overneemt. Wij zetten nog wel een kanttekening bij de toezegging van de minister dat zij systematischer toezicht gaat houden op specifieke aspecten. De keuze om dit bij voorbaat te beperken tot één aspect per jaar lijkt ons arbitrair. Wij bevelen aan om de mogelijkheid van meer aspecten per jaar, afhankelijk van een risico-inschatting, niet uit te sluiten.

De minister zegt verder toe jaarlijks verantwoording te zullen afleggen over haar toezicht op de NMa. Dat doet zij in haar brief aan de Staten-Generaal bij het jaarverslag van de NMa. Wij vinden het belangrijk dat daarnaast een samenvatting van deze activiteiten van de minister in het jaarverslag van haar ministerie wordt opgenomen.

Wij zullen de verdere uitwerking van het kader om het functioneren van de NMa te toetsen met aandacht blijven volgen.

3.2.2 NMa

Wij zijn verheugd dat de NMa het merendeel van onze aanbevelingen overneemt. Wij hebben begrip voor de kosten-batenafwegingen die de RvB bij de verdere uitwerking en implementatie van sommige aanbevelingen moet maken. Met name bij de ontwikkeling van de effectmeting is dit inderdaad een punt, gezien de hoeveelheid werk die dat met zich meebrengt. De RvB merkt verder terecht op dat er een spanningsveld kan bestaan tussen het belang van transparantie en belangen op het vlak van opsporing. Naar onze mening speelt dit echter niet of nauwelijks bij de aanbevelingen die wij gedaan hebben. Wij merken voorts op dat is afgezien van een internationale vergelijking omdat er grote verschillen zijn in de organisatie en de context van het markttoezicht tussen Europese lidstaten en landen buiten Europa. Daardoor is het lastig het functioneren van toezichthouders op enigszins harde indicatoren te vergelijken.¹⁴ De reactie van de RvB op specifieke aanbevelingen geeft ons nog aanleiding tot de volgende opmerkingen.

De RvB stelt in zijn reactie dat hij op het niveau van specifiek benoemde sectoren veel aandacht heeft voor detectie van kartels door middel van marktanalyses en dat onze aanbeveling om meer te investeren in opsporing door eigen marktanalyse, wordt gezien als een aansporing om deze praktijk voort te zetten. Wij merken daarbij op dat met de huidige praktijk inderdaad stappen zijn gezet in de goede richting, maar dat verdere ontwikkeling van marktanalyses – in combinatie met andere instrumenten – van groot belang blijft voor de opsporing (zie ook paragraaf 2.3 in deel II).

De RvB neemt de aanbeveling over om richtlijnen voor alternatieve handhaving verder te ontwikkelen, maar acht terughoudendheid geboden bij openbaarmaking ervan. Er kan inderdaad een zekere spanning bestaan tussen effectiviteit en transparantie, zoals de RvB aangeeft. Wij zijn echter van mening dat de rechtsgelijkheid (en rechtszekerheid) onvoldoende gegarandeerd is door de verzekering van de RvB dat rechtsgelijkheid een belangrijk uitgangspunt is bij alternatieve handhaving. Daarvoor is ook inzicht nodig in de uitwerking van de richtlijnen of beleidsregels die zij hanteert.

De RvB ziet de interne (streef)normen voor doorlooptijden vooral als een intern sturingsinstrument en neemt de aanbeveling deze te publiceren niet over. Wij blijven van mening dat publicatie bijdraagt aan de transparantie van het proces.¹⁵ Dit onder de voorwaarde dat goed gecommuniceerd wordt dat het om streefnormen gaat en dat er allerlei externe factoren van invloed kunnen zijn op de doorlooptijd.

De RvB meldt verschillende initiatieven om de doelmatigheid van het onderzoeksproces te vergroten door inbreng van «buitenstaanders». Wij geven daarbij nog in overweging om bij kartelzaken ook personen van buiten de behandelende directie – bijvoorbeeld van het Economisch bureau – in een vroeg stadium in te schakelen.

De RvB neemt de aanbeveling over om de wijze waarop zij andere publieke belangen betreft in haar besluiten, transparanter te maken. De RvB voelt echter niet voor de ontwikkeling van een afwegingskader,

¹⁴ Het is uiteraard wel mogelijk te leren van «best practices». Op sommige onderdelen refereren we dan ook aan voorbeelden uit het buitenland.

¹⁵ Zie ook de praktijk van de Britse Office of Fair Trading (paragraaf 2.9 deel II).

omdat het een uitzondering is op de algemene regel, waarmee terughoudend moet worden omgegaan. Wij vinden dit geen overtuigend argument. Wij geven de RvB in overweging om als eerste stap voor de ontwikkeling van een dergelijk kader de relevante wet- en regelgeving (inclusief bestaande jurisprudentie) toegankelijk te maken. In ons rapport wordt daartoe een aanzet gegeven. Onderdeel daarvan is ook het expliciteren van de beleidskeuze om restrictief met de toepassing van wettelijke ruimte om te gaan. Op termijn kan bekeken worden of dit kader met behulp van (nieuwe) jurisprudentie verder kan worden ingevuld.

De RvB merkt op dat het afzetten van de prestaties tegen de doelen in het geval van de NMa (in het jaarverslag) moeilijk is en in ieder geval arbeidsintensief zal zijn. Dat klopt voor de doelen in termen van de uiteindelijk te bereiken effecten (lagere prijzen, innovatie en dergelijke). Voor wat betreft de prestatiedoelen (zie onder andere bij output in figuur 1 van dit rapport) is dit niet het geval. Deze informatie is al opgenomen in de (half)jaarrapportages aan het ministerie. We zullen de verdere ontwikkeling rond de effectmeting met interesse volgen en we leveren, waar mogelijk, graag een bijdrage aan de uitwerking van de aanbevelingen op dit aspect en/of op andere terreinen van ons onderzoek.

I. Functioneren NMa

Conclusies	Aanbeveling	Toezegging NMa (en minister van EZ)	Nawoord Algemene Rekenkamer
De belangrijkste aanleidingen voor kartel- en misbruikzaken zijn klachten, tips en clementie. Nog beperkte opsporing door eigen marktanalyses.	Meer investeren in opsporing door eigen marktanalyses.	RvB ziet aanbeveling als aansporing om door te gaan met haar activiteiten – in combinatie met inzet van andere instrumenten – op dit vlak.	Investeren in verdere ontwikkeling van marktanalyses blijft van groot belang.
Alternatieve handhaving is een relatief nieuwe aanpak waarvoor alleen enkele uitgangspunten zijn vastgelegd.	Richtlijnen voor alternatieve handhaving verder ontwikkelen	RvB neemt aanbeveling over.	Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn gediend met openheid van de NMa.
	Deze richtlijnen openbaar maken.	RvB acht terughoudendheid hier geboden. Openbaarmaking verkleint de mogelijkheid tot flexibele inzet van het instrumentarium.	
Systematische follow-up van kartelzaken ontbreekt. Incidenteel gebeurt dat wel.	Follow-up van kartelzaken een vaste plaats geven in het instrumentarium.	RvB neemt aanbeveling over.	
Eigen norm voor doorlooptijden van onderzoek van kartel- en misbruikzaken wordt lang niet gehaald.	Blijvende aandacht gewenst voor beheersing van doorlooptijden.	RvB neemt aanbeveling over.	
	Normen publiceren op de website.	RvB neemt aanbeveling niet over. Externe publicatie van interne streefnormen niet gewenst.	Goede communicatie over streefnormen draagt bij aan transparantie van onderzoeksproces.
Systemen van evaluaties zijn behoorlijk goed ontwikkeld. Peer reviews vinden incidenteel plaats bij besluiten.	Periodiek aspecten van het (intern) functioneren laten reviewen door collegamededingsautoriteiten.	RvB zal mogelijkheden onderzoeken voor peer review binnen ECN- en ECA-verband.	
Er is aandacht voor interne advisering op bepaalde technische terreinen en het betrekken van kritische buitenstaanders. Accent ligt daarbij op de eindfase van het onderzoeksproces.	Nagaan of doelmatigheidswinst te behalen valt door eerdere inbreng van buitenstaanders in het onderzoeksproces.	RvB is gestart met het organiseren interne tegenspraak in vroeg stadium. Inbreng van externen in eerder stadium is problematisch vanwege onderzoeksbelang en vertrouwelijkheid.	Overwegen ook buitenstaanders van buiten de behandelende directie hierbij in te schakelen.
De NMa valt als dienstonderdeel direct onder het integriteitsbeleid en de gedragscode van het Ministerie van EZ. De NMa heeft geen eigen risicoanalyse voor haar organisatie uitgevoerd. De positie van de RvB is niet formeel geregeld in het integriteitsbeleid.	Eigen risicoanalyse uitvoeren die rekening houdt met NMa-specifieke aspecten en het integriteitsbeleid daarop aanpassen.	RvB zal nieuwe gedragscode van Ministerie van EZ analyseren en deze waar nodig – en mogelijk – op basis van eigen risicoanalyse aanvullen.	
	De positie van de RvB in het integriteitsbeleid regelen.	De RvB beschouwt dit als een aanbeveling aan de minister. De RvB is bereid hieraan alle medewerking te verlenen.	

Conclusies	Aanbeveling	Toezegging NMa (en minister van EZ)	Nawoord Algemene Rekenkamer
De NMa meet de effecten van haar optreden in individuele zaken en communiceert hierover op prudente wijze. Op een aantal punten is verdere ontwikkeling mogelijk.	Jaarlijkse (presentatie van) berekeningen door onafhankelijke deskundigen laten valideren. Aansluiting van de effectmeting op de geformuleerde doelen verder verbeteren. Af en toe (laten) onderzoeken in welke mate de NMa verkeerde beslissingen neemt en wat de (negatieve) maatschappelijke effecten daarvan zijn.	Nog geen definitieve toezegging op dit thema. Hangt mede af van eigen evaluatie. RvB zal onze aanbevelingen daarbij betrekken. Voorlopige reactie: RvB staat positief tegenover validering van effectberekening en – onder voorbehoud – onderzoek naar maatschappelijke effecten van verkeerde beslissingen. De RvB zet kanttekeningen bij aansluiting van effectmeting op geformuleerde doelen. Dit is vaak moeilijk.	We wachten verdere ontwikkelingen met interesse af.
De NMa heeft enige ruimte om andere publieke belangen te betrekken bij haar afwegingen in zaken. De besluiten waarbij dit speelt zijn niet altijd transparant en de NMa verantwoordt zich hier verder ook niet over.	Transparantie van besluiten op dit punt verbeteren.	RvB neemt aanbeveling over.	
	Zo mogelijk afwegingskader hiervoor opstellen.	RvB neemt aanbeveling niet over. Algemeen afwegingskader niet geschikt, want betreft uitzonderingen waarmee de NMa restrictief omgaat.	We vinden dit geen overtuigend argument. Eerste stap zou kunnen zijn de relevante wet- en regelgeving en jurisprudentie toegankelijk te maken.
	Verantwoording verbeteren door informatie op te nemen in jaarverslag of op website over hoe de NMa in het algemeen met die belangen omgaat.	RvB gaat aandacht aan dit aspect besteden in de jaarverslagen van de NMa.	
De NMa werkt samen met verschillende toezichthouders en heeft met de meeste afspraken gemaakt in de vorm van protocollen. NMa heeft initiatief genomen tot de ontwikkeling van een code voor markttoezicht.	Afspraken (protocollen) vastleggen voor de samenwerking met de AFM en het CvdM. De code markttoezicht voortvarend verder ontwikkelen.	RvB neemt aanbeveling in zoverre over dat zij zal onderzoeken of collega-toezichthouders en betrokken departementen hieraan hun medewerking willen geven.	
De jaarverslagen van de NMa zijn informatief. Op een aantal punten is verbetering mogelijk.	Prestaties zoveel mogelijk afzetten tegen toetsbare doelen. Meer aandacht besteden aan integriteitszorg, kwaliteitszorg, functioneren RvB, en prestaties in relatie tot kosten.	RvB neemt aanbeveling over, maar verwacht dat dit arbeidsintensief is.	RvB verschaft prestatiegegevens (output) al aan Ministerie van EZ in haar jaarlijkse verantwoording, dus kan deze ook in publieksjaarverslag opnemen.

II. Toezicht en verantwoording minister van EZ

Conclusies	Aanbeveling	Toezegging (NMa en) minister van EZ	Nawoord Algemene Rekenkamer
Het Ministerie van EZ is goed op de hoogte van wat er speelt bij de NMa. Het ministerie kan in zijn toezicht op de NMa wel systematischer aandacht besteden aan een aantal aspecten.	In het toezicht meer aandacht besteden aan aspecten die belangrijk zijn voor het functioneren van de NMa. Het gaat daarbij onder meer om: checks-and-balances, integriteit, kwaliteitsborging, strategie, risico- en marktanalyse, kwaliteit genomen besluiten en inzicht in effecten. Jaarlijks daarin een beredeneerde keuze maken.	Minister neemt aanbeveling over. Jaarlijks zal het Ministerie van EZ één aspect systematisch in kaart brengen. Met ingang van werkplan 2008 van de NMa zullen hierover met de NMa afspraken worden gemaakt.	Wij zijn verheugd dat de minister meer systematisch toezicht gaat houden op belangrijke aspecten. De beperking bij voorbaat tot één aspect per jaar lijkt ons echter arbitrair. We bevelen aan om de mogelijkheid van meer aspecten per jaar, afhankelijk van risico-inschatting, niet uit te sluiten.
De minister verantwoordt zich in zijn jaarverslag over de uitgaven en ontvangsten van de NMa en over de bedrijfsvoering van zijn ministerie als geheel. Er ontbreken een verantwoording over het toezicht op de NMa en oordelen op (andere) relevante aspecten van het functioneren. Het jaarverslag geeft verder geen informatie over de bijdrage van de NMa aan de doelen van het beleid.	<p>In het jaarverslag verantwoording afleggen over het toezicht op de NMa.</p> <p>Oordelen uitspreken over relevante aspecten van het functioneren van de NMa, bijvoorbeeld in de brief aan de Tweede Kamer over het jaarverslag NMa.</p> <p>Informatie opnemen over bijdrage NMa aan beleidsdoelen.</p>	<p>Minister zegt toe dat zij in de brief bij het jaarverslag van de NMa zal aangeven op welke wijze het toezicht op de NMa is uitgeoefend.</p> <p>Minister zal bekijken in hoeverre het VWS-kader ter toetsing van onder het ministerie ressorterende zbo's een bruikbare basis vormt voor toetsing van de NMa.</p> <p>Minister neemt aanbeveling over.</p>	<p>Wij vinden het belangrijk dat daarnaast een samenvatting van deze activiteiten van de minister in het jaarverslag van haar ministerie wordt opgenomen.</p> <p>Wij zullen de verdere ontwikkelingen blijven volgen.</p>

DEEL II: BEVINDINGEN

Inhoud

1	Inleiding	33	4.4	Evaluaties	58
1.1	Achtergrond van het onderzoek	33	4.5	Dossievorming	59
1.2	Context: de NMa en haar omgeving	33	4.6	Integriteit	59
1.3	Probleem- en doelstelling	36			
1.4	Reikwijdte van het onderzoek	37	5	Effecten van het toezicht	61
1.5	Inhoud en opbouw deel II	37	5.1	Inleiding	61
			5.2	Anticipatie en naleving	61
			5.3	Maatschappelijke effecten	62
2	Toezicht op kartels en misbruik van economische machtspositie	38			
2.1	Inleiding	38	6	Rol van andere publieke belangen	65
2.2	Het verloop van zaken	38	6.1	Inleiding	65
2.3	Aanleiding en opsporing	40	6.2	Wettelijke speelruimte	65
2.4	Selectie en prioritering	41	6.3	Uitvoering NMa	67
2.5	Instrumenten en bevoegdheden	42			
2.6	Beoordelingscriteria	45	7	De NMa in haar omgeving	69
2.7	De functiescheiding tussen onderzoek en sanctie	47	7.1	Inleiding	69
2.8	Bezwaar en beroep	48	7.2	Samenwerking met toezichhouders en opsporingsinstanties	69
2.9	Doorlooptijden	48	7.3	Internationale samenwerking	70
			7.4	Stakeholderdialogoog	71
			7.5	Verantwoording	71
3	Toezicht op concentraties	50			
3.1	Inleiding	50			
3.2	Verloop van een concentratiezaak	50	8	Toezicht en verantwoording minister	73
3.3	Aanleiding van een concentratiezaak	51	8.1	Inleiding	73
3.4	Prioritering	52	8.2	NMa als ZBO én dienstonderdeel	73
3.5	Instrumenten en bevoegdheden	52	8.3	Bevoegdheden minister	73
3.6	Beoordelingscriteria	54	8.4	Toezicht minister	74
3.7	Bezwaar en beroep	55	8.5	Verantwoording	75
3.8	Doorlooptijden	56			
			Bijlage 1	Verantwoording onderzoek	76
4	Kwaliteitsborging en integriteit	57	Bijlage 2	Begrippenlijst	77
4.1	Inleiding	57	Bijlage 3	Lijst met afkortingen	80
4.2	Rol Raad van Bestuur	57		Literatuur	81
4.3	Interne advisering	57			

1 INLEIDING

1.1 Achtergrond van het onderzoek

Het algemeen toezicht op mededinging en het toezicht op sectorale «markten» als bank- en verzekeringswezen, post- en telecommunicatie, energie en zorg, heeft de laatste jaren een sterke ontwikkeling doorgemaakt. Onder invloed van het Europese mededingingsbeleid en de invoering van marktwerking in diverse sectoren is de rol van bestaande toezichthouders, zoals de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), versterkt en zijn nieuwe toezichthouders zoals de Consumentenautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit opgericht.¹⁶ Vanwege het maatschappelijk belang van goed functionerend toezicht en de publieke verantwoording daarover startte de Algemene Rekenkamer in 2004 een onderzoeksreeks naar deze markttoezichthouders. De basis hiervoor is gelegd in de achtergrondstudie *Toezicht op markten* (Algemene Rekenkamer, 2005) waarin een algemeen kader is opgesteld aan de hand waarvan het functioneren van markttoezichthouders kan worden beoordeeld. De NMa is de eerste die diepgaand is onderzocht, omdat die het *algemeen* toezicht op marktwerking uitoefent.¹⁷

1.2 Context: de NMa en haar omgeving

De NMa is een belangrijk instrument bij de uitvoering van het algemeen mededingingsbeleid. De minister van EZ is voor dat beleid verantwoordelijk. Het mededingingsbeleid is gericht op versterking van concurrentie met als doel economische efficiëntie en technologische en economische vooruitgang te stimuleren. Het gaat daarbij uiteindelijk om het behalen van voordeel voor de consument (Tweede Kamer 1996, 2004, 2005a).

De NMa is in 1998 opgericht, tegelijk met het van kracht worden van de nieuwe Mededingingswet (Mw), en heeft drie hoofdtaken:

- handhaving van het verbod van mededingingsafspraken (kartels);
- handhaving van het verbod van misbruik van economische machtsposities;
- toetsing van voorgenomen fusies en overnames (concentraties).¹⁸

Deze taken zijn sinds de oprichting niet wezenlijk veranderd. Ook de onlangs gewijzigde Mw heeft daar geen veranderingen in gebracht. Wel zijn er enige aanpassingen aangebracht in het wettelijk instrumentarium, zoals het boetesysteem en de onderzoeksbevoegdheden. Sinds 2004 voert de NMa – net als andere nationale mededingingsautoriteiten in de EU – ook het Europees mededingingsbeleid uit.

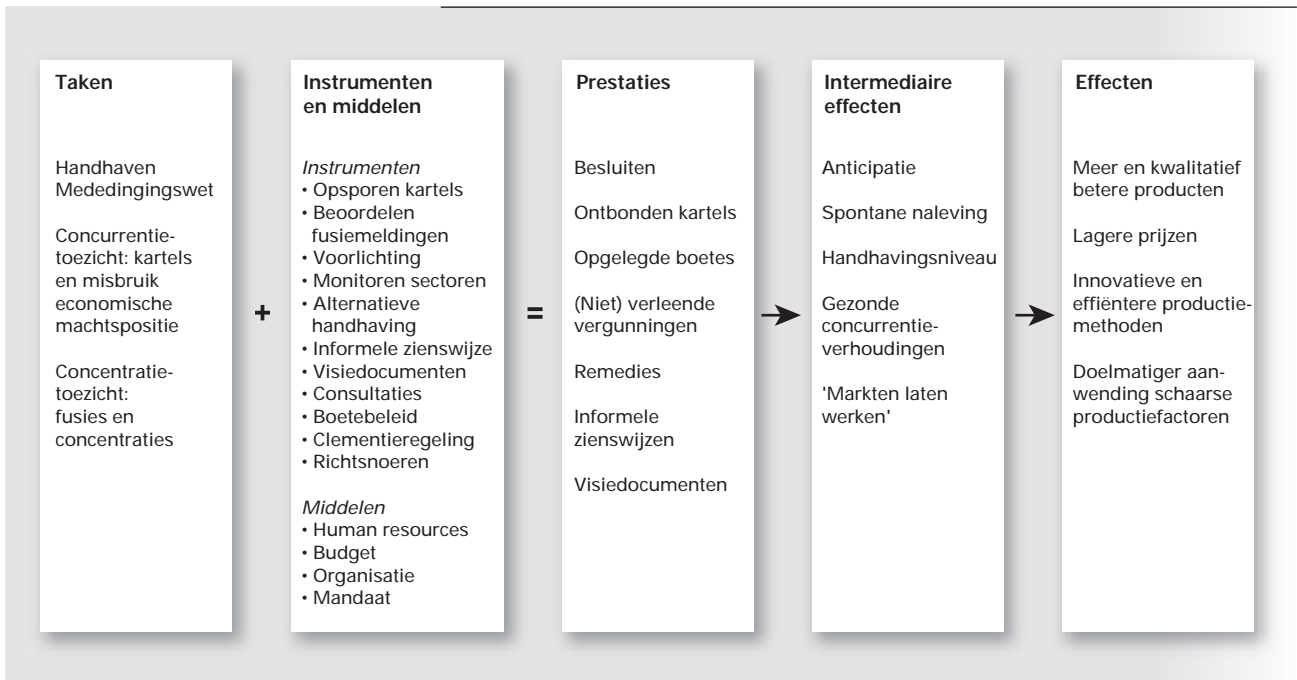
¹⁶ Dit zijn organen die wettelijke taken uitvoeren en die gefinancierd worden met publiek geld.

¹⁷ Eerder verscheen al een rapport over de AFM (Algemene Rekenkamer, 2004), maar dat was beperkter van opzet dan dit onderzoek.

¹⁸ Zie bijlage 2: Begrippenlijst.

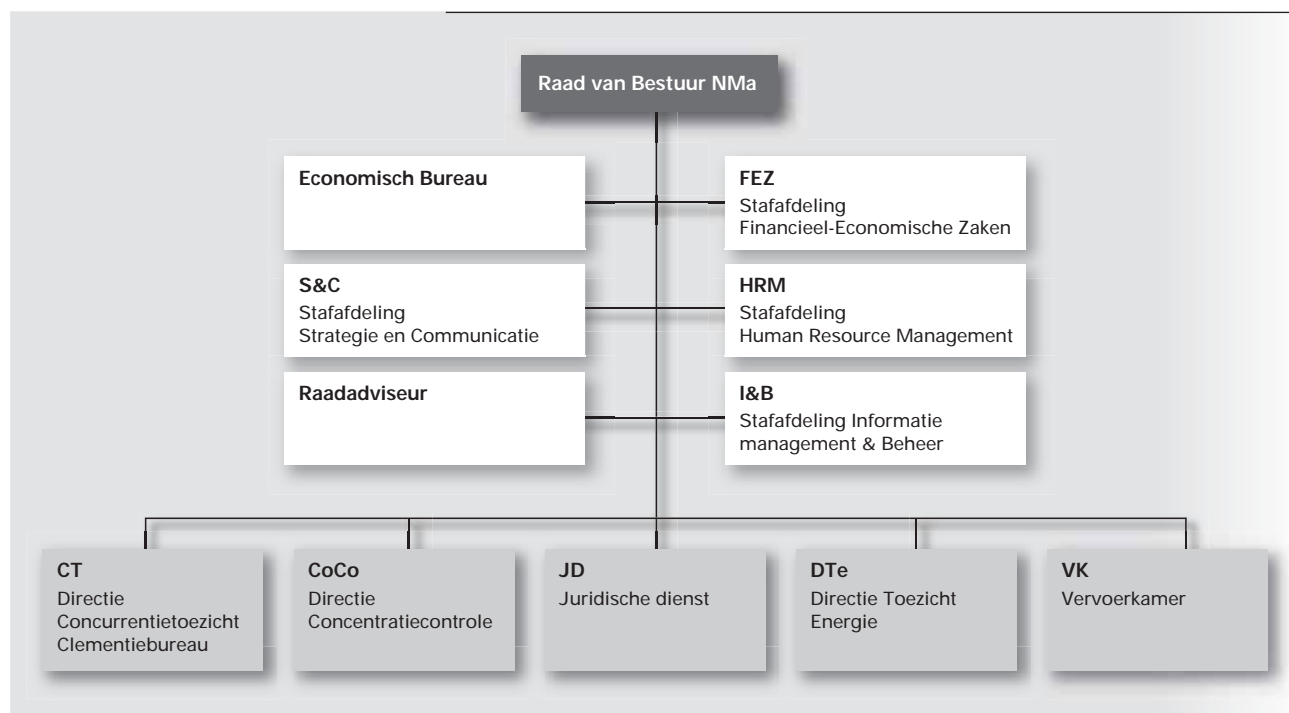
In de volgende figuur staat een overzicht van de taken en instrumenten van de NMa in relatie tot prestaties en (intermediaire) effecten.

Figuur 1



De NMa functioneert in een integraal systeem van bestuursrechtelijke handhaving: zij doet onderzoek en legt ook boetes op. Tegen besluiten van de NMa kan bezwaar en beroep worden aangetekend. Om de onafhankelijkheid van de NMa beter te kunnen waarborgen is de Raad van Bestuur (RvB) sinds juli 2005 een zelfstandig bestuursorgaan (zbo). De minister heeft sindsdien geen bevoegdheid meer om besluiten van de NMa te vernietigen. De organisatie zelf is nog steeds een onderdeel van het Ministerie van EZ. In de volgende figuur is het organogram van de NMa weergegeven.

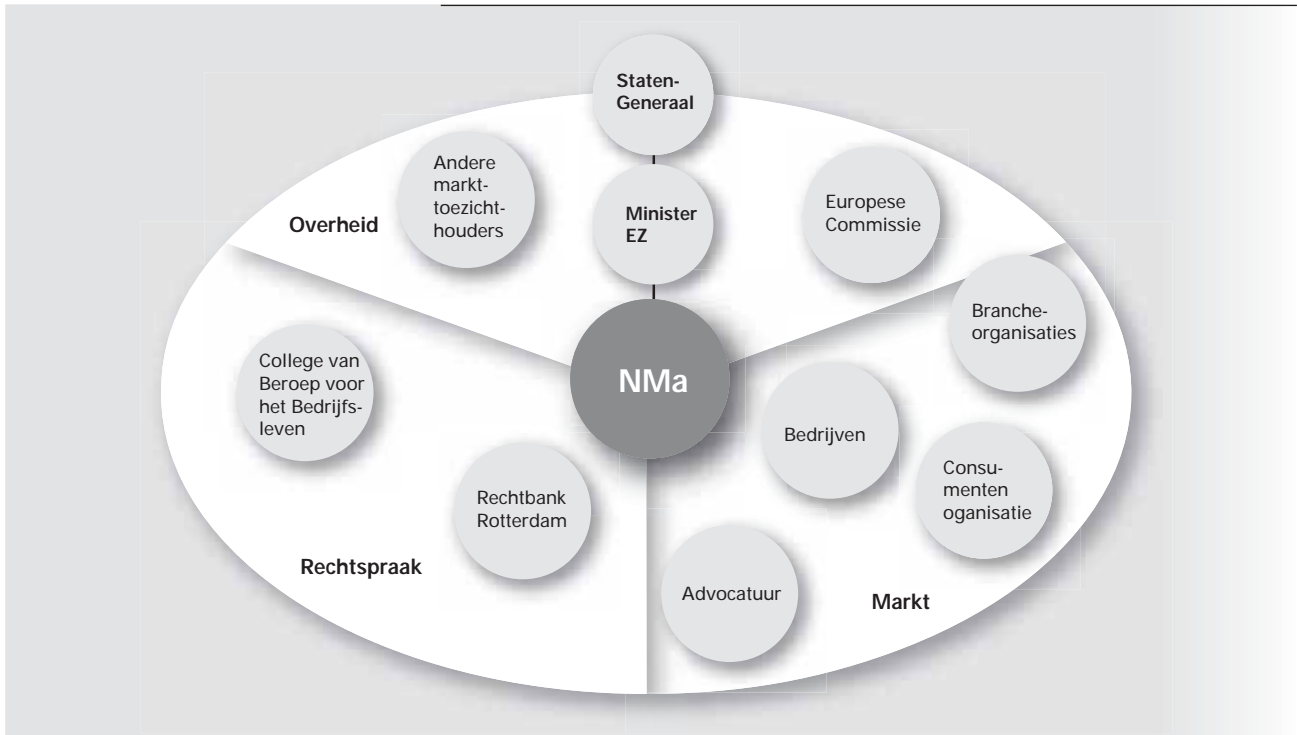
Figuur 2



De NMa is in relatief korte tijd uitgegroeid tot een organisatie met een formatie van 297 fte en een budget van € 29,9 miljoen (exclusief de Vervoerkamer en de Directie Toezicht energie, DTe) in 2006.¹⁹ De NMa functioneert in een dynamische omgeving met een groot aantal stakeholders (zie figuur 3).

¹⁹ Cijfers begroting 2006.

Figuur 3



1.3 Probleem- en doelstelling

De eerste en belangrijkste vraag van het onderzoek is: zijn er voldoende waarborgen voor een onafhankelijke, integere, transparante, rechtmatige, doelmatige en doeltreffende uitvoering van het algemeen mededingings-toezicht door de NMa en vindt over dit toezicht voldoende publieke verantwoording plaats?

De minister van EZ is verantwoordelijk voor het mededingingsbeleid en heeft een systeemverantwoordelijkheid voor het functioneren van de NMa.

De tweede onderzoeksvraag luidt daarom: vult de minister van EZ zijn²⁰ verantwoordelijkheid voor het mededingingstoezicht, inclusief de verantwoording aan de Staten-Generaal, voldoende in?

Deze vragen zijn uitgewerkt in een normenkader waarover we met de NMa en het Ministerie van EZ overeenstemming hebben bereikt.²¹ Globaal staan daarin de volgende (kritische) aspecten van het functioneren van de Nma²²:

²⁰ Waar «zijn» staat wordt in voorkomende gevallen ook «haar» bedoeld.

²¹ Het volledige normenkader is te vinden op de website van de Algemene Rekenkamer, www.rekenkamer.nl. Dit kader is o.m. ontleend aan de rekenkamerpublicatie *Toezicht op markten* (Algemene Rekenkamer 2005) en de *Kaderstellende visie op toezicht* (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) 2005) en verder uitgewerkt voor het algemeen mededingingstoezicht.

²² zie ook Kovacic 2005 en 2006, waarin het belang van deze aspecten voor de institutionele ontwikkeling van markttoezichthouders wordt benadrukt.

Organisatie	<ul style="list-style-type: none"> • Onafhankelijkheid en functiescheiding • Structuur • Deskundigheid personeel • Integriteit en onpartijdigheid • Kwaliteitsborging • Planning en control
-------------	---

Organisatie Opzet van het toezicht	<ul style="list-style-type: none"> • Onafhankelijkheid en functiescheiding • Toezichtbeleid en meerjarig kader • Planning en control • Risico- en marktanalyse • Beoordelingscriteria
Uitvoering van het toezicht	<ul style="list-style-type: none"> • Informatieverzameling • Oordeelsvorming/besluitvorming • Interventies • Voorlichting • Samenwerking andere toezichthouders
Toezichtproduct	<ul style="list-style-type: none"> • Output • Effecten/outcome • Neveneffecten
Publieke verantwoording	<ul style="list-style-type: none"> • Jaarverslag • Stakeholdersdialoog

Met dit onderzoek willen we een bijdrage leveren aan het verbeteren van het functioneren van de NMa en aan de invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid. Bovendien willen we inzicht bieden in hoe het algemeen mededingingstoezicht in de praktijk functioneert.

1.4 Reikwijdte van het onderzoek

Ons onderzoek heeft betrekking op het functioneren van de NMa voor wat betreft haar taken op het terrein van de Mw. Het functioneren van de DTe en Vervoerkamer, onderdelen van de NMa-organisatie met sector-specifieke taken, blijven in dit onderzoek buiten beschouwing.

Het onderzoek naar de NMa is uitgevoerd van maart tot juli 2006 en het onderzoek naar de invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid door de minister van EZ van augustus tot november 2006.

1.5 Inhoud en opbouw deel II

De volgorde van de hoofdstukken is gebaseerd op de volgorde waarin we de conclusies in deel I hebben besproken. Daarbij komt een groot aantal zaken aan de orde die hierboven in het normenkader genoemd staan. Het betreft enerzijds uitdagingen waar de NMa of het ministerie voor staan, anderzijds bevindingen die het inzicht in het functioneren van de NMa op belangrijke aspecten verduidelijken.

2 TOEZICHT OP KARTELS EN MISBRUIK VAN ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk gaan we in op de taken van de NMa die samenhangen met het toezicht op kartelvorming en misbruik van economische machtsposities. In dergelijke zaken gaat het om het opsporen, onderzoeken, doen beëindigen en beboeten van overtredingen en het behandelen van bezwaar en beroepsschriften. Om inzicht te kunnen bieden in de praktijk van de NMa, sluit de paragraafindeling zoveel mogelijk aan bij het chronologisch verloop van een zaak.

Definities

Kartelafpraak: een afspraak tussen ondernemingen die de concurrentie verhindert, beperkt of vervalst. Dit is verboden.

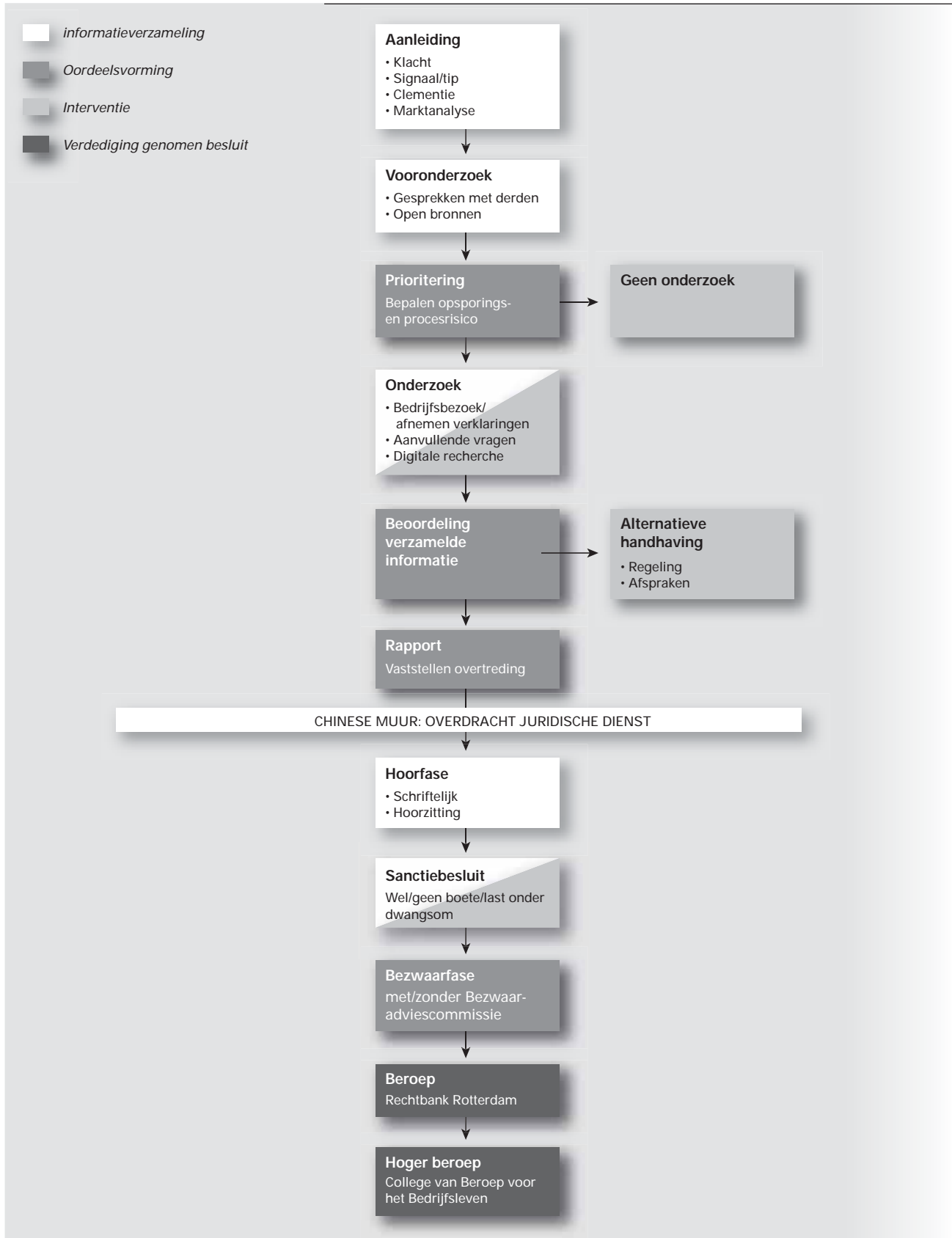
Economische machtspositie: een onderneming heeft een economische machtspositie als deze over een zo sterke positie beschikt dat het bedrijf zich onafhankelijk van zijn concurrenten en afnemers kan gedragen.

Misbruik: het hebben van een economische machtspositie is op zichzelf niet verboden. Misbruik daarvan wel. Als een onderneming een economische machtspositie heeft, mag deze andere ondernemingen niet «uitbuiten» of «uitsluiten».

2.2 Het verloop van zaken

Figuur 4 geeft een overzicht van de belangrijkste stappen in de zaakbehandeling. Wanneer de NMa besluit een kartel- of misbruikzaak te behandelen, maakt zij na onderzoek doorgaans een rapport op, waarna de zaak wordt overgedragen aan de juridische dienst voor het voorbereiden van de sanctie. Deze overdracht gebeurt vanwege de wettelijk verplichte functiescheiding tussen onderzoek en het opleggen van de sanctie (Chinese muur, zie paragraaf 2.7).

Figuur 4 Toezicht op kartelverbod en misbruik economische machtspositie



Kartel- en misbruikzaken volgen (vrijwel) hetzelfde stramien. De NMa heeft sinds haar start echter veel minder misbruikzaken dan kartelzaken behandeld. Dit komt overeen met het internationale beeld. De oorzaak daarvoor is dat het juridisch erg lastig is om aan te tonen dat een onderneming daadwerkelijk misbruik maakt van een economische machtspositie. De NMa pakt in de regel daarom alleen misbruikzaken op naar aanleiding van een klacht (zie volgende paragraaf). De beschrijving van de praktijk van de NMa in dit rapport heeft dan ook vooral betrekking op kartelzaken.

2.3 Aanleiding en opsporing

Een onderzoek naar een (vermeende) overtreding van het kartelverbod of het verbod op misbruik van een economische machtspositie kan verschillende aanleidingen hebben.

- **Clementie**
Bedrijven die betrokken zijn geweest bij een kartel, kunnen zich vrijwillig bij de NMa melden met informatie over een kartel en hun betrokkenheid daarbij om vrijstelling of verlaging van de boete («clementie») te krijgen. De boetevermindering hangt af van het aangedragen bewijsmateriaal, de hoeveelste karteldeelner het bedrijf is dat zich meldt en of de NMa al een onderzoek naar het bewuste kartel was gestart. De clementieregeling was een cruciaal instrument bij de afhandeling van de bouwzaken.
- **Tips**
De NMa heeft uitgebreide beslisschema's om te bepalen of een tip aanleiding geeft tot nader onderzoek. Meestal start een onderzoek pas als er verschillende tips binnenkomen.
- **Klachten**
De NMa is verplicht een besluit te nemen over klachten als de klagende partij als belanghebbende is aan te merken. Zij kan een klacht afwijzen op inhoudelijke of prioritaire gronden of voortzetten als onderzoek. Bij de prioritering van klachten bekijkt de NMa van geval tot geval of de benodigde onderzoeksinspanningen om de overtreding aan te tonen, opwegen tegen het te verwachten resultaat. Het aantal klachten dat de NMa afhandelt daalt de laatste jaren, van 199 in 2004 tot 108 in 2006.²³ Jaarlijks wordt nog geen handvol klachten als onderzoek voortgezet.
- **Marktanalyse**
De NMa voert in beperkte mate marktstudies uit om ontwikkelingen op markten te volgen en om zo vroeg mogelijk op het spoor te komen van marktfalen en van mogelijke overtredingen. Van de achttien zaken die de NMa begin juli 2006 in portefeuille had, waren er drie gestart naar aanleiding van bevindingen uit marktstudies in combinatie met tips.

Clementieverzoeken en tips zijn de meest voorkomende aanleidingen om een formeel kartel- of misbruikonderzoek te starten. In recente jaren was dat zelfs bijna 100% doordat de kartelzaken die de NMa in portefeuille had, vrijwel alleen uit zaken in het kader van de bouwfraude bestonden (zie ook paragraaf 2.5).

Opsporing op basis van eigen marktanalyses, in combinatie met andere methoden, is om meerdere redenen van belang. De NMa moet ten eerste niet alleen afhankelijk zijn van clementieaanvragen, klachten en tips. Na bijna een decennium van mededingingstoezicht door de NMa, zullen de zaken er niet makkelijker op worden. Ondernemingen zijn beter op de

²³ De NMa beschouwt een klacht als afgehandeld als deze is afgewezen met een besluit, is ingetrokken, ongegrond is vanwege onvoldoende aangeleverde informatie of voortgezet als onderzoek.

hoogte wat de Mw wel en niet toestaat en zullen – met behulp van advocaten – steeds beter in staat zijn op die mogelijkheden in te spelen. Dit vraagt om nieuwe opsporingstechnieken. Ten tweede is de effectiviteit van de clementieregeling mede afhankelijk van de eigen opsporingsinzet. Bij een lage pakkans zijn minder ondernemingen immers geneigd clementie aan te vragen.

Ook diverse externe mededingingsdeskundigen geven aan dat nationale mededingingsautoriteiten, waaronder de NMa, meer zouden moeten doen aan opsporing van kartels door middel van eigen marktanalyses (zie bijvoorbeeld Harrington, 2005 en Van Bergeijk et al, 2006). Zij zouden onder andere meer moeten investeren in «forensische economie».²⁴

De NMa erkent dit en benoemt actieve opsporing, onderzoeken naar marktstructuren en het vormen van visies over de concurrentiesituatie in relevante sectoren als strategische aandachtspunten voor de periode 2004–2009. De NMa heeft een economisch bureau opgericht (zie figuur 2 op pagina 3) dat zich onder meer zal bezighouden met forensisch onderzoek en met de ondersteuning van selectie en prioritering met economische methodieken. Zoals de NMa zelf ook stelt, moet de doelmatigheid hierbij niet uit het oog verloren worden. Het is uiteraard niet de bedoeling om de gehele Nederlandse economie en alle mogelijke risico's op marktfalen in een economisch model te vangen.

2.4 Selectie en prioritering

Het algemeen mededingingstoezicht heeft betrekking op een groot aantal sectoren, die de NMa niet allemaal kan monitoren en door interventies kan beïnvloeden. De NMa moet keuzes maken, en mag dat ook van de rechter.²⁵ De NMa moet ook kiezen welke (voor)onderzoeken zij voortzet en welke niet. Het is van belang dat deze keuzes goed beredeneerd en onderbouwd zijn.

Voor de verschillende economische sectoren stelt de NMa onderzoeksplannen op. Daarin wordt aan de hand van economische en gedragsindicatoren een nadere selectie gemaakt van deelsectoren. Economische indicatoren zijn bijvoorbeeld de mate van concentratie en de hoeveelheid toe- en uittrekters op de markt. Gedragsindicatoren zijn onder andere het aantal tips en klachten over deze markt, het aantal eerdere overtredingen in Nederland, het aantal overtredingen in andere lidstaten en de mate van zelfregulatie van de markt. Aandacht voor deelsectoren kan variëren van concrete voorstellen voor een gericht onderzoek naar overtredingen van de Mw tot een plan om verdere kennis te verzamelen over een deelsector. Uit de plannen blijkt dat de informatie en de kennis van de NMa varieert per sector.

De NMa benoemt jaarlijks prioritaire sectoren in haar jaaragenda nadat zij haar stakeholders daarover geconsulteerd heeft. De prioritaire sectoren voor het algemene mededingingstoezicht in 2007 zijn: media- en communicatiemarkten, de financiële sector en de zorg. In de jaren daarvoor waren ook de vrije beroepen en de bouw aandachtsvelden.

²⁴ Ook de parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid pleitte in 2002 voor actiever toezicht door de NMa en daarnaast ook voor een meer actieve houding van aanbestedende overheidsdiensten.

²⁵ De rechter heeft bepaald dat de NMa vanwege andere prioriteiten, mag besluiten om geen onderzoek te starten op basis van een klacht.

Na de fase van vooronderzoek bepaalt de NMa de prioriteit van de verschillende zaken volgens een vaste formule. Daaruit volgt of er een formeel onderzoek gestart zal worden. De NMa stelt de prioriteit van een zaak vast aan de hand van het economische belang, het strategische belang en de kans op succes:

$$| \quad \text{Economisch belang} + \text{Strategisch belang} \times \text{Kans op succes} = \text{Relatieve prioriteit} \quad |$$

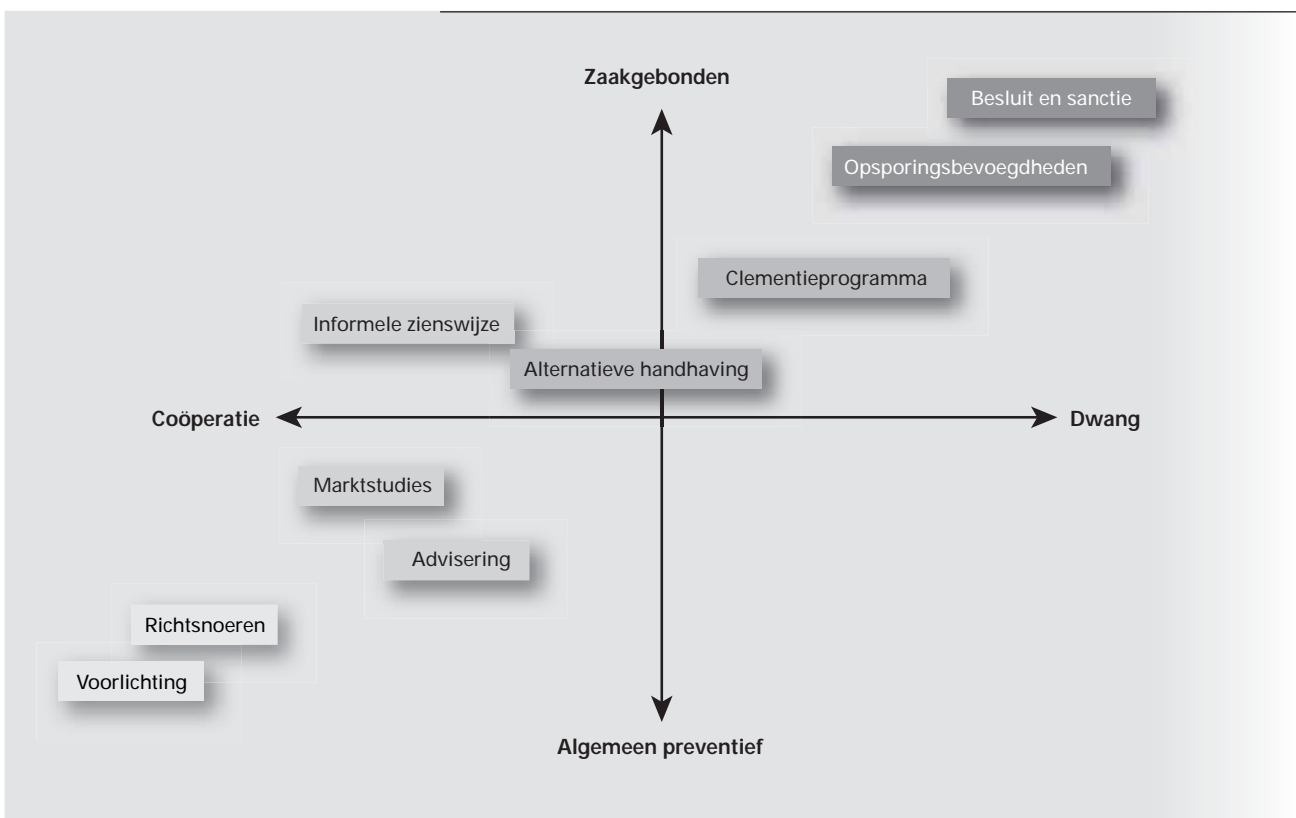
De score voor het economisch belang wordt opgebouwd uit de omvang van de «besmette omzet» in Nederland, de duur van de overtreding en de hoeveelheid marktmacht. Voor het bepalen van het economisch belang is een uitgebreid model opgesteld. Bij het strategisch belang kan het om verschillende overwegingen gaan, bijvoorbeeld over direct consumentenbelang, over of optreden concrete en zichtbare positieve effecten heeft of dat ingrijpen gewenst is gezien de marktphase (is het een nieuwe liberaliserende markt?). De kans op succes is opgebouwd uit het opsporingsrisico (het risico dat de NMa onvoldoende bewijs voor een overtreding vindt) en het juridisch risico (het risico dat de zaak niet staande blijft bij de rechter). Dit systeem waarborgt dat bij de selectie en prioritering van zaken rekening gehouden wordt met de te verwachten effecten (outcome); een voorwaarde voor effectief toezicht.

2.5 Instrumenten en bevoegdheden

Er staan de NMa als toezichthouder verschillende instrumenten ter beschikking. Het is van belang dat de ingezette instrumenten in lijn zijn met het toezichtsbeleid, dat de NMa een inschatting maakt van de effectiviteit van de verschillende instrumenten en dat deze in verhouding staan tot de gewenste gedragsverandering van de onder toezicht staande.

De verschillende instrumenten van het concurrentietoezicht zijn weergegeven in figuur 5. De instrumenten zijn in de figuur geplaatst op twee dimensies: de toezichtstijl (coöperatie – dwang) en het aangrijpingspunt van het toezicht (zaakgebonden – algemeen preventief).

Figuur 5



Verbetering van de instrumentenkeuze en -mix in kartel- en misbruikzaken is een belangrijk onderdeel van de strategie van de NMa. Instrumenten variëren van algemene (preventieve) toezichtsinstrumenten als voorlichting of marktonderzoek om ontwikkelingen in sectoren te volgen en risico's op te sporen, tot het opleggen van boetes bij aangetoonde overtredingen. De NMa kan ministers en marktpartijen adviseren over effecten van regelgeving of gedrag in een markt op de mededinging. Zo adviseerde de NMa in 2005 de minister van Financiën over de verkoop van aandelen Nozema Services aan KPN en/of Broadcast Partners. Op verzoek van ondernemingen geeft de NMa haar visie op de toelaatbaarheid van overeenkomsten en besluiten van ondernemersverenigingen onder de Mw (de informele zienswijze), mits sprake is van een nieuwe rechtsvraag en een groot maatschappelijk of economisch belang. Ook wijst zij op voorlichtingsbijeentkomsten, met bijdragen aan congressen, of in bilaterale gesprekken marktspelers op de gevolgen van de geïntroduceerde marktwerking voor de mededinging (bijvoorbeeld in de zorgsector).

De NMa bekijkt per geval welke toezichtstijl en welke instrumenten het meest geschikt en ter zake doend zijn. Het toezicht kan directief en controlerend zijn in situaties waarin een duidelijke norm wilens en wetens door een bedrijf is overtreden. Het toezicht zal communicatiever en meer op overleg gericht zijn als de norm niet eenduidig vastligt en als een bedrijf constructief meewerkt. De keuze voor een instrument is mede afhankelijk van het effect dat de NMa verwacht. Bij iedere zaak weegt zij af met welk instrument de verhouding tussen inspanningen en resultaat optimaal is. De aanpak van de bouwfraude heeft vanwege het grote aantal zaken een belangrijke bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van nieuwe instrumenten. Het is een goed voorbeeld van een effectieve instrumentenmix, gericht op een specifieke sector (zie onderstaand kader).

Bouwzaken: buiten de gebaande paden

In november 2001 was de uitzending van Zembla over schaduwboekhoudingen in de bouwsector voor de NMa mede aanleiding voor het starten van onderzoek naar overtreding van het kartelverbod in deze sector. In 2003 leidde dit tot sancties in vijf grond-, weg- en waterbouwzaken. De bouwzaken groeide na deze eerste zaken, mede door het onderzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid in 2002, uit tot een mega-operatie die een groot deel van de capaciteit van de NMa in beslag nam. Deze operatie vroeg om een aparte aanpak. De afwijkende aanpak zit hem in het volgende:

- De aanpak per (deel)sector met sectorbrede onderzoeken, rapporten en sanctieprocedures;
- De introductie van de clementieregeling in januari 2004;
- De versnelde procedure voor ondernemingen die beloofden het rapport van de NMa niet te zullen betwisten. Deelname aan de versnelde procedure leverde ondernemingen een boetevermindering van 15% op;
- De aangepaste (vereenvoudigde) boetesystematiek.

In 2004 bracht de NMa twee rapporten uit in de eerste deelsector, grond- weg- en waterbouw. In 2005 werden (mede) op basis van het ontvangen clementiemateriaal onderzoeken naar kartels uitgevoerd in de deelsectoren installatie, burgerlijke & utiliteitsbouw, kabels en leidingen, groenvoorzieningen, kanaalplaat-vloerelementen, heipalen en betonnen straatstenen. In 2006 werden onderzoeken gedaan naar veel kleinere sectoren, die eveneens voortvloeien uit het in 2004 ontvangen clementiemateriaal.

Ter illustratie van de omvang: de NMa heeft tot en met 2006 in een totaal van 1374 bouwzaken € 301 miljoen aan boetes opgelegd.

De RvB toetst de instrumenten die de NMa inzet op proportionaliteit (de evenredigheid van het in te zetten instrument met de aard van het vergrijp). Dit betekent dat inlichtingen alleen gevorderd kunnen worden bij personen van wie aanwijzing bestaat dat zij kennis dragen van de concrete inbreuk op de Mw waarop het onderzoek is gericht. Ook moet de inzet van instrumenten in verhouding staan tot het doel van het onderzoek en de ernst van de overtreding.

Sancties

Nadat de overtreding is vastgesteld en een rapport is opgemaakt, wordt een zaak intern overgedragen aan de juridische dienst (zie ook paragraaf 2.7 over functiescheiding). De RvB besluit vervolgens of er een sanctie opgelegd wordt en zo ja, welke. De NMa kan een boete of een last onder dwangsom opleggen. Voor de berekening van de boete hanteert zij een vaste systematiek. De wetgever heeft de NMa op dit punt veel ruimte gegeven.

De bepaling van de boete

De boetegrondslag is 10% van de behaalde omzet in de periode van overtreding, vermenigvuldigd met een factor voor de ernst en de duur van de overtreding (factor variërend van 0 tot 3). Daarnaast kunnen boeteverhogende omstandigheden (eerdere overtreding, voortrekkersrol, belemmering van het onderzoek) en boeteverlagende omstandigheden (uit eigen beweging beëindigen van de overtreding, schadeloosstelling van de betrokkenen) worden meegewogen. De boete kan maximaal 10 procent van de totale jaaromzet of € 450 000 bedragen.

Alternatieve handhaving

Behalve de directieve toezichtstijl met de wettelijk verankerde sancties, hanteert de NMa sinds 2004 een andere, «lichtere» toezichtstijl. In 2006 paste zij deze alternatieve handhavingmethode toe bij zeven van de zesentwintig zaken. De NMa definieert alternatieve handhaving als een pakket van maatregelen en afspraken met de direct belanghebbende dat in plaats komt van de bestuurlijke boete. Te denken valt aan een waarschuwend gesprek of aan onderhandelingen die tot uiting komen in een (compliance)regeling. De NMa heeft een aanzienlijke beleidsvrijheid om instrumenten in te zetten bij de handhaving van de Mw. De NMa ziet grote voordelen aan dit systeem van alternatieve handhaving, zoals tijdsbesparing, snelle gedragsaanpassing (en daarmee direct voordeel voor de consument), geen risico dat de zaak bij de rechter wordt verloren en een constructievere relatie met de onder toezicht gestelde. Het systeem van alternatieve handhaving is nog in ontwikkeling; de NMa heeft alleen een aantal uitgangspunten vastgelegd.

Voorbeeld van alternatieve interventie

De NMa was betrokken bij het opstellen van het model «compliance-regeling Mededinging» in samenwerking met de verzekeringsmaatschappijen en de branchevereniging voor de verzekeringssector, het Verbond van Verzekeraars. De regeling beoogt de sector zichtbaar en controleerbaar vrij te maken van mededingingsbeperkingen. De regeling is door de tweehonderd individuele verzekeringsmaatschappijen geïmplementeerd.

Bij alternatieve handhaving is geen sprake van een functiescheiding tussen onderzoek en sanctionering, zoals bij het opleggen van een sanctie wel het geval is (zie paragraaf 2.7). Het alternatieve instrument wordt

ingezet en uitgevoerd door de afdeling die ook het onderzoek heeft gedaan. Hoewel er geen formeel rapport wordt opgemaakt, moet de overtreding wel vaststaan. De keuze voor het instrument is pas aan de orde na afronding van het onderzoek.

De RvB neemt de beslissing of afgeweken wordt van een reguliere sanctieprocedure. Hiervoor moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Er mag bijvoorbeeld geen risico op rechtsongelijkheid, willekeur en inconsistentie bestaan. Verder moeten alternatieve interventies goed worden vastgelegd en transparant zijn, juist om consistentie en rechtsge-
lijkheid te bewaken.

In de volgende tabel wordt een overzicht gegeven van de prestaties per instrument.

Tabel 1 Overzicht prestaties bij kartel- en misbruikzaken

Product	2004	2005	2006
Informele zienswijzen	80	46	22
Aantal mededingingsrechtelijke onderzoeken	22	20	26
Aantal formele onderzoeken afgedaan met rapport (vaststelling redelijk vermoeden van overtreding)	3	10	5
Aantal formele onderzoeken afgedaan met ander instrument (alternatieve handhaving)	3	2	7
Aantal onderzoeken stopgezet vanwege onvoldoende bewijs	15	8	14
Aantal zaken waarin boete en of last is opgelegd (inclusief nog onder de rechter)	12	8	13
Totaal aan opgelegde boetes (in miljoenen euro's)	79	141	114

Follow-up

Het volgen van het gedrag van met boetes of alternatieve maatregelen «bestrafte» ondernemingen was tot nu toe geen standaard praktijk. Het gaat er daarbij om na enige tijd vast te stellen of de overtreding zich niet herhaald of voortgezet heeft. Incidenteel doet de NMa dat wel. In 2006 heeft de NMa een «veegweek» gehouden als follow-up van een aantal oude zaken. Het is de bedoeling dit vaker te gaan doen. Er zijn indicaties uit onderzoek dat herhaling van de overtreding onder bestrafte kartel-deelnemers vaak voorkomt (zie bijvoorbeeld Connor, 2004).

2.6 Beoordelingscriteria

Naar aanleiding van het onderzoek naar een zaak vindt een beoordeling plaats van de bevindingen. De basis van de beoordelingscriteria binnen het mededingingstoezicht is vastgelegd in de Mw. Het is nodig om de beoordeling van overtredingen uit te werken in duidelijke criteria, omdat de Mw grotendeels open normen bevat. Concrete openbare beoordelingscriteria vooraf voorkomen willekeur, bieden zekerheid aan de onder toezicht staanden en voorkomen ongerichte informatieverzameling door de toezichthouder. In de uitwerking van beoordelingscriteria beschikt de toezichthouder over een zekere beleidsvrijheid (zie hiervoor ook hoofdstuk 8).

De NMa heeft diverse richtsnoeren opgesteld, waarmee zij duidelijkheid wil verschaffen over een deel van haar taken, haar bevoegdheden op grond van de Mw en de criteria die zij toepast (zie tabel 2). Beoordelingscriteria kunnen maar ten dele vooraf worden vastgelegd, aangezien de rechtsvinding voortdurend in beweging is en jurisprudentie voor de NMa de belangrijkste maatstaf is bij de beoordeling van zaken. Vaak consulteert de NMa stakeholders voor het opstellen van richtsnoeren. De richtsnoeren zijn gepubliceerd op de internetsite van de NMa en verschijnen (in de

meeste gevallen) ook in de Staatscourant. Naast de richtsnoeren die de NMa opstelt, zijn er ook Europese Richtsnoeren van de Europese Commissie.

Tabel 2 Overzicht richtsnoeren kartel- en misbruik

Titel	Inhoud
Richtsnoeren boetetoemeting (december 2001)	De factoren die bij het bepalen van de hoogte van boetes in aanmerking worden genomen
Richtsnoeren voor de Zorgsector (oktober 2002)	De inhoudelijke lijn die NMa hanteert in de zorgsector
Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet (februari 2005)	De uitzonderingsgronden voor het verbod op mededingingsafspraken
Richtsnoeren samenwerking ondernemingen (april 2005)	De beoordeling van samenwerkingsvormen tussen bedrijven, met name in het MKB waar brancheverenigingen een rol spelen
Richtsnoeren clementietoezeggingen (maart 2006)	De omgang met het instrument clementie

De NMa kiest ervoor richtsnoeren op te stellen voor onderwerpen waarover veel verzoeken van ondernemingen binnenkomen of voor sectoren waarin veel zaken zijn. De volgende casus illustreert het verloop van een zaak en de beoordeling in de praktijk.

Casus Garnalenkartel

Mede naar aanleiding van berichten in de media, onderzocht de NMa in 2000 een kartel van garnalenhandelaren en -vissers. In december 2000 stelde de NMa in haar rapport vast dat Nederlandse, Duitse en een Deense Productenorganisaties (PO's) voor de garnalenvisserij en een Nederlandse vereniging van acht groothandelaren bewust de mededinging hadden willen beperken. Zij maakten enkele jaren lang afspraken over beperking van de vangsthoeveelheid van Noordzeegarnalen en over minimumprijzen in het zogeheten Trilaterale Overleg. Deze afspraken werden nageleefd door de vissers in die landen, die voor het grootste deel bij de PO's waren aangesloten. Daarnaast hadden zij in het najaar van 1999 afspraken gemaakt om de toetreding tot de visafslag te belemmeren.

In de hoorfase voorafgaand aan het boetebesluit, wierpen partijen tegen dat de bewuste afspraken pasten binnen Europese regelgeving en dienden ter bescherming van de natuurlijke hulpbronnen in een periode waarin grote hoeveelheden garnalen opgeslagen lagen, zonder de marktvoorziening in gevaar te brengen. De NMa redeneert in haar boetebesluit begin 2003 dat de Europese regelgeving geen vangstquota voor garnalen bevat en dat lidstaten niet bevoegd zijn conserveringsmaatregelen vast te stellen. Zij merkt de vangstbeperking en de afspraken ter belemmering van toetreding aan als zeer zware overtredingen en legt een totale boete van bijna € 14 miljoen op.

In de bezwaarprocedure trekt de NMa de boetes in van de kleinste vijf van de acht groothandelaren omdat, zo bleek in het bezwaar, de NMa niet kon bewijzen dat ze hadden deelgenomen aan de afspraken. De boete van de overige drie werd verlaagd op basis van nieuw aangeleverde cijfers over de omzet waarop de boete was gebaseerd. Deze bleek lager dan oorspronkelijk was aangenomen. Ook verlaagde de NMa de boete van de acht PO's, omdat de indruk bestond dat de overheid niet onwelwillend tegenover vangstbeperkingen stond. De totale boete na bezwaar bedroeg nog ruim € 6 miljoen euro.

In juli 2006 geeft de rechterlijke uitspraak in beroep de NMa gelijk wat betreft de Europese regelgeving, maar stelt dat gezien de onheldere juridische context de overtreding voor de PO's niet als «zeer zwaar» maar als «zwaar» moet worden beschouwd. Aangezien de handelaren in het geheel geen marktordenende taken hebben, is hen terecht een zeer zware overtreding aangerekend. Ook wat betreft de afspraken ter uitsluiting van toetreders tot de visafslag, stelt de beroepsrechter de NMa in gelijk. Zoals opgedragen door de rechtbank, neemt de NMa in december 2006 een nieuwe beslissing op bezwaar over de hoogte van de boetes voor de PO's. De boetes voor de productenorganisaties wordt verlaagd met ruim € 600 000.

2.7 De functiescheiding tussen onderzoek en sanctie

De Mw gaat uit van integrale bestuursrechtelijke handhaving. Wel bepaalt de wet dat onderzoek en rapportering enerzijds en het opleggen van sancties anderzijds, niet door dezelfde persoon mag worden gedaan (artikel 54a Mw). De NMa heeft verschillende voorzieningen getroffen om deze zogenaamde «Chinese muur» te handhaven. Medewerkers van de Juridische dienst – verantwoordelijk voor de sanctiefase – zijn uitgesloten van aanwijzing tot toezichthoudende ambtenaren. Omgekeerd is voorgeschreven dat werkzaamheden in de sanctiefase moeten worden verricht door personen die niet bij het onderzoek betrokken waren. In ieder sanctiedossier wordt een zogenaamde artikel 54a-verklaring opgenomen. Hierin wordt verklaard dat de zaakbehandelaar die belast wordt met het sanctieproces, op generlei wijze betrokken is geweest bij het onderzoek in de zaak. Ook op het niveau van de RvB is de scheiding tussen onderzoek en rapportage enerzijds en sanctieoplegging anderzijds geregeld. Zo wordt het onderzoeksrapport niet vastgesteld door de Raad, maar door de verantwoordelijke directeur.

Een mogelijke indicator voor de effectiviteit van de Chinese muur is het aantal door de verantwoordelijke directie opgestelde onderzoeksrapporten dat uiteindelijk toch niet tot een boete leidt. Dat was in ongeveer 15% van de zaken het geval. Uit gesprekken blijkt dat de RvB en het management de Chinese muur zeer serieus nemen.

Jurisprudentie over de Chinese muur: de AFM-zaak

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) vernietigde in februari 2006 een belangrijke boete die de AFM had opgelegd aan de Fortis Bank, vanwege ontoereikende functiescheiding. Het probleem bij de AFM zat hem in de scheiding op bestuurlijk niveau. Het CBB staat betrokkenheid van het bestuur in de onderzoeksfase toe, mits deze zich beperkt tot de opdracht tot het onderzoek, tot algemene aanwijzingen en tot de bewaking van de uitvoering en voortgang van het onderzoek. De betrokkenheid van een AFM-bestuurder in de Fortis-zaak reikte echter verder. Naar het oordeel van het CBB kon de bestuurder hierdoor niet met de vereiste objectiviteit en onbevooroordeeldheid over de vermeende overtreding besluiten, zodat hij zich van besluitvorming had moeten onthouden.

De NMa heeft naar aanleiding van deze casus nog eens gekeken naar het functioneren van haar eigen Chinese muur. Zij vond geen aanleiding tot wijziging van de bestaande praktijk.

Internationale vergelijking integrale handhaving

Het systeem van integrale handhaving staat regelmatig ter discussie. Het gaat dan om de principiële vraag of het gewenst is dat onderzoek en sanctie in één organisatie verenigd zijn. Recent kwam het onderwerp ook in de Tweede Kamer ter sprake in verband met een discussie over het opnemen van strafrechtelijke elementen in het mededingingstoezicht. Het ging daarbij met name om het beboeten van individuen of het opleggen van gevangenisstraf.

Wij zijn nagegaan welke verschillen er bestaan tussen de Europese lidstaten wat betreft de scheiding tussen onderzoek enerzijds en het opleggen van boetes anderzijds.²⁶ Van de achttien lidstaten waarvan wij informatie hebben ontvangen, hebben de meeste landen beide taken gecombineerd in één organisatie. In de overige landen, namelijk België, Denemarken, Luxemburg, Malta en Spanje, wordt een rechterlijk model gehanteerd. De onderzoekstaken zijn in die landen bij een aparte

²⁶ Via een enquête uitgezet onder onze collega's (rekenkamers) is informatie verzameld over o.m. positie en taken van mededingingsautoriteiten in de EU-landen.

organisatie ondergebracht en de oordeelsvorming en het opleggen van een sanctie vindt plaats door een onafhankelijke raad.

Op verzoek van de Tweede Kamer heeft het Ministerie van EZ onderzocht in welke Europese lidstaten er sancties aan leidinggevendenden kunnen worden opgelegd bij overtreding van de mededingingswetgeving. Hieruit blijkt dat in elf lidstaten boetes kunnen worden opgelegd aan leidinggevendenden. In de verreweg meeste van deze landen legt de rechter deze boetes op. Alleen in Spanje en Duitsland kan ook de mededingingsautoriteit een boete opleggen aan leidinggevendenden (Tweede Kamer 2005b, 2006a).

2.8 Bezwaar en beroep

In de meerderheid van de sanctiezaken (ongeveer 75%) wordt (bezwaar en) beroep aangetekend. Bezwaar en (hoger) beroep schorten de sanctie op.

Tabel 3 Prestaties in (hoger) beroepszaken sinds de start van de NMa tot en met maart 2006*

	Beroep	Hoger Beroep
Ingetrokken door partijen	10	6
Niet-ontvankelijk	5	1
Gewonnen	20	7
Deels gegrond – deels ongegrond	4	0
Verloren	13	8**
Totaal	52	22

* Daar waar de NMa in één zaak meerdere partijen tegenover zich trof, is het aantal partijen geteld. Soms is namelijk het beroep van de ene partij gegrond en van de andere niet.

** Bij twee van de «verloren» zaken zijn de rechtsgevolgen van het NMa-besluit wel gehandhaafd.

Het aantal door de NMa gewonnen beroepszaken is geen eenduidige indicator voor de kwaliteit van de prestaties van de NMa. Zo kan een beroep van een tegenpartij gegrond zijn, terwijl de rechter de NMa op de hoofdlinbreuk in het gelijk stelt. Soms tekent de NMa ook zelf hoger beroep aan om een uitspraak te krijgen en is vooral «verduidelijking» van de wettelijke norm de inzet. In dergelijke zaken neemt de NMa bewust een risico.

2.9 Doorlooptijden

De NMa stelt zichzelf normen voor doorlooptijden van haar verschillende processen (zie tabel 4). Er zijn geen wettelijke termijnen waarbinnen de NMa onderzoek naar kartel en misbruikzaken moet afronden. De normen voor de afronding van klachten, het afgeven van informele zienswijzen en onderzoek werden in 2005 en 2006 (lang) niet gehaald. Voor onderzoek is de norm dat 90% binnen 365 dagen moet zijn afgerond. In 2006 was dat voor 50% van de zaken het geval. In de praktijk lopen doorlooptijden van onderzoek (en de bestede uren) sterk uiteen. In 2005 duurde de gemiddelde kartelzaak 27 maanden en de gemiddelde misbruikzaak 18 maanden.

Tabel 4 Doorlooptijden kartel- en misbruikzaken 2005 en 2006*

Product	Normtijd (dagen)	Norm (%)	Realisatie 2005 %	Realisatie 2006 %
Klacht	56	90	72	57
Informele zienswijze	2005: 28** 2006: 60	90	69	63
Onderzoeksfase (met formeel rapport)	365	90	50	50
Sanctiefase	252	75	75	16***

* Hierbij zijn alleen de zaken opgenomen die in 2005 of 2006 zijn gestart. Zaken die voor 2005 zijn gestart worden dus niet meegeteld.

** In 2006 is de norm verhoogd van 28 naar 60 dagen.

*** Het betrof collectieve procedures in de bouw die vanwege hun grote omvang volgens de NMa onmogelijk binnen de gestelde norm zijn af te ronden.

Ter vergelijking: doorlooptijden in het Verenigd Koninkrijk

Het beheersen van doorlooptijden in kartel- en misbruikzaken is ook bij buitenlandse mededingingsautoriteiten een probleem. Na de inwerkingtreding van de Competition Act in maart 2000 heeft het Britse Office of Fair Trading (OFT) normen voor doorlooptijden op haar website gepubliceerd. Onderzoeken naar misbruik van machtspositie dienen in 75% van de gevallen binnen zes maanden afgerond te zijn, onderzoeken naar kartels in 75% van de gevallen binnen twaalf maanden. In de praktijk is gebleken dat dit niet realistisch is. Onderzoek van de National Audit Office (Britse rekenkamer, NAO) wees uit dat ongeveer de helft van de onderzoeken (exclusief sanctiefase) één tot twee jaar duren, en een derde van de onderzoeken zelfs langer dan twee jaar. Onderzoeken waarbij geen overtreding wordt vastgesteld duren doorgaans iets korter. Inmiddels heeft de OFT de normen van haar site gehaald. Zij bezint zich momenteel op de doorlooptijden.

3 TOEZICHT OP CONCENTRATIES

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de activiteiten van de NMa op het gebied van de concentratiecontrole, vooral op het toetsen van voorgenomen concentraties.

Om inzicht te kunnen bieden in deze kant van de praktijk van de NMa, sluit de paragraafindeling zoveel mogelijk aan bij het chronologisch verloop van een concentratiezaak.

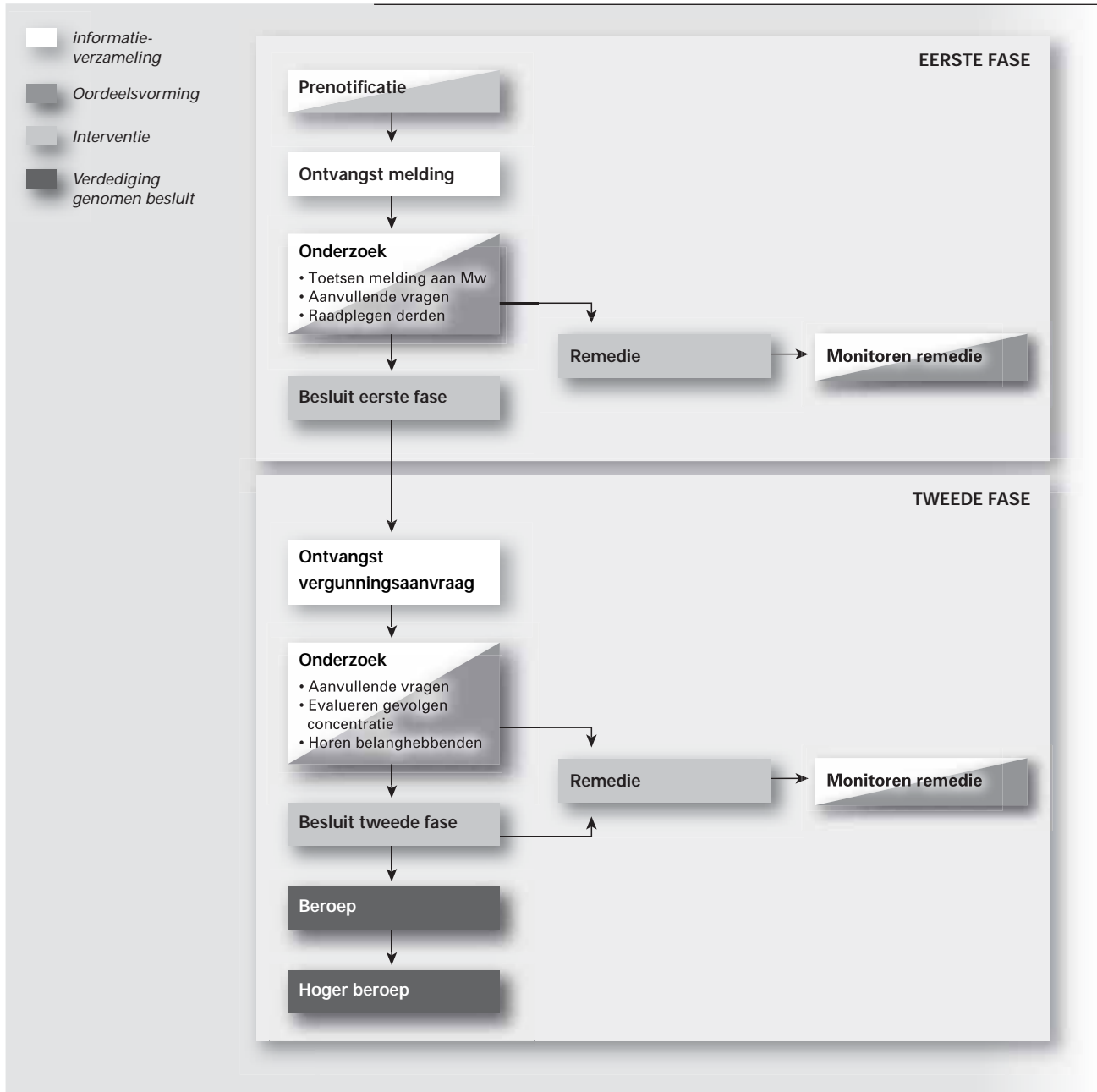
Definitie

Concentraties betreffen het samengaan van ondernemingen door middel van bijvoorbeeld overname of fusie. Concentraties van ondernemingen kunnen resulteren in machtige ondernemingen die dominant genoeg zijn om op een bepaalde markt de concurrentie significant te beïnvloeden of uit te schakelen. Het toezicht is gericht op het voorkomen van dergelijke concentraties.

3.2 Verloop van een concentratiezaak

Figuur 6 geeft een overzicht van de belangrijkste stappen in het verloop van concentratiezaken. Deze zaken kennen twee fasen. In de eerste fase, de meldingsfase, beoordeelt de NMa of het aannemelijk is dat de betreffende concentratie mededingingsbeperkende effecten heeft. Als dat het geval is, dan is een vergunning voor de concentratie vereist. Dan treedt de tweede fase, de vergunningsfase, in werking. In die fase beoordeelt zij of er daadwerkelijk mededingingsbeperkende effecten zijn van de concentratie.

Figuur 6 Taak: concentratiecontrole in twee fasen



3.3 Aanleiding van een concentratiezaak

Ondernemingen die een concentratie tot stand willen brengen, moeten dit melden bij de NMa. Dit geldt alleen bij concentraties waarbij de ondernemingen tezamen jaarlijks in totaal meer dan € 113 450 000 wereldwijd omzetten én minstens twee van hen binnen Nederland elk een jaaromzet van minimaal € 30 miljoen realiseren.

Bij melding dienen ondernemingen de NMa te voorzien van alle relevante gegevens betreffende de concentratie. Welke gegevens dat zijn, is

vastgelegd in het Besluit Gegevensverstrekking Mededingingswet en in formulieren voor melding van de concentratie en aanvraag van de vergunning. Daarmee is in opzet gewaarborgd dat de informatieverzameling in lijn met het wettelijk doel (toetsing van voorgenomen fusies en concentraties) van het toezicht verloopt.

De onderstaande tabel geeft een overzicht van het aantal concentratiezaken van 2004 tot en met 2006.

Tabel 5 Aantal concentratiezaken 2004–2006

Product	2004	2005	2006
Meldingen	83	80	135
Ingetrokken meldingen	4	5	5
Besluiten in meldingsfase	71	80	119
Vergunning vereist	1	5	8
Vergunningaanvragen	2	5	5
Ingetrokken vergunningaanvragen	0	0	3
Besluiten op vergunningaanvraag	0	7	2

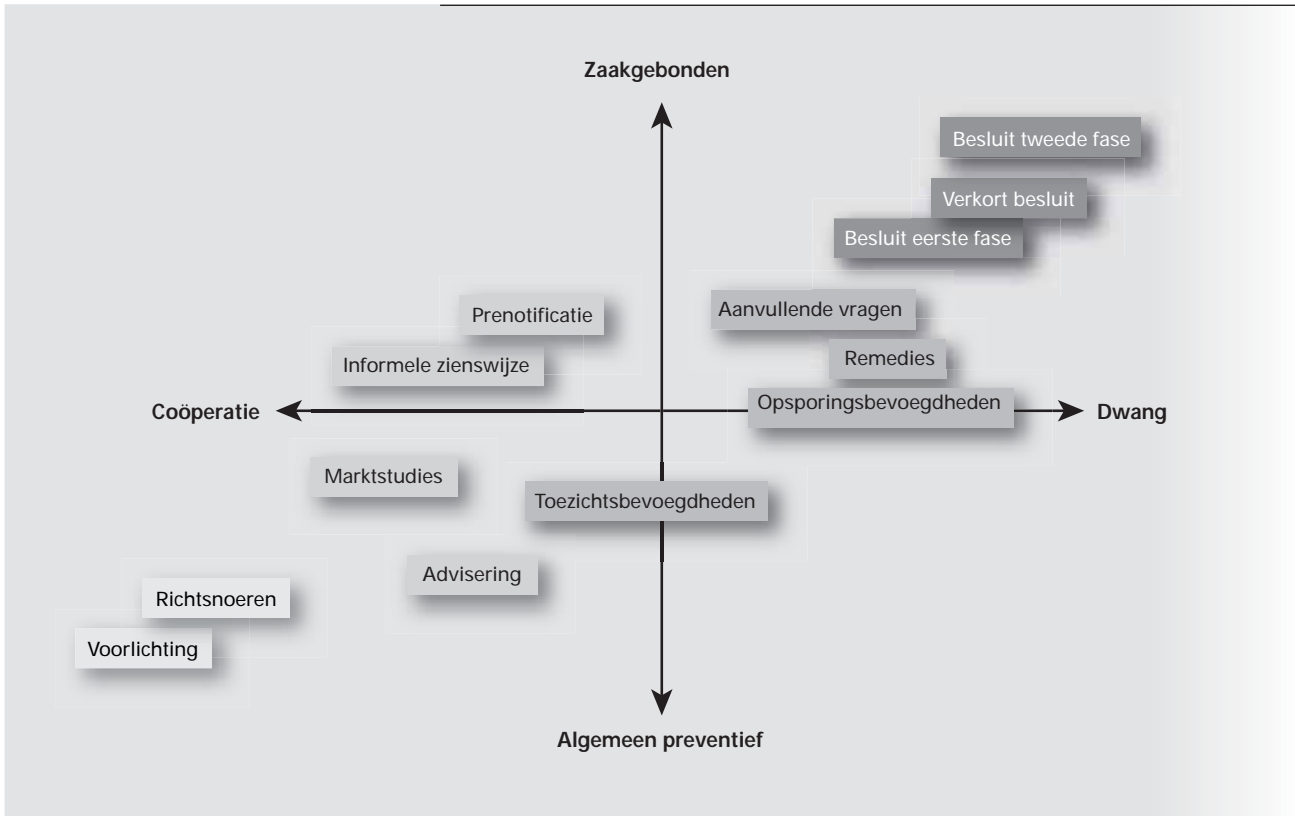
3.4 Prioritering

Concentratiecontrole is een vraaggestuurde activiteit: er komt een melding binnen en de NMa moet daar binnen een wettelijke termijn van 28 dagen (zie ook paragraaf 3.8 over doorlooptijden) op gereageerd hebben. De keuze van het wel of niet behandelen van een zaak is bij dit soort zaken dus niet aan de orde. Zaken worden in de behandeling wel verschillend gewogen. Ze verschillen immers in complexiteit, en bovendien blijkt bij veel zaken in de eerste fase al dat er geen vergunning voor de voorgenomen concentratie vereist is. Bij het bepalen van de weging van een te behandelen zaak, kijkt de NMa in eerste instantie naar het marktaandeel. Vervolgens kijkt ze naar toetredingsmogelijkheden en vraagmacht. Bij het eerste gaat het om de mogelijkheid voor nieuwe bedrijven om tot de markt toe te treden. Bij de tweede om de omvang van de macht van de afnemers van een product, bijvoorbeeld of ze makkelijk kunnen veranderen van aanbieder.

3.5 Instrumenten en bevoegdheden

De verschillende instrumenten van het concentratietoezicht zijn weergegeven in figuur 7. Ook hier zijn de instrumenten in de figuur geplaatst op twee dimensies: de toezichtstijl (coöperatie – dwang) en het aangrijpingspunt van het toezicht (zaakgebonden – algemeen preventief).

Figuur 7



De belangrijkste instrumenten worden hierna kort toegelicht.

Aanvullende vragen

De NMa kan nadere informatie opvragen als de informatie die zij heeft ontvangen van bedrijven niet toereikend is. In het merendeel van de zaken zijn «aanvullende vragen» nodig, waarbij de wettelijke behandelingsstermijn wordt opgeschort, of «informele vragen», waarbij de behandelingsstermijn niet wordt opgeschort.

Prenotificatie

Ondernemingen met een concentratievoornemen kunnen voorafgaand aan de formele melding in een zogenaamd prenotificatiegesprek bij de NMa de voorgenomen concentratie informeel bespreken (zie ook figuur 6). De NMa kan dan ook uiteenzetten welke specifieke informatie er in de eventuele melding moet worden opgenomen. Dat kan de behandeling van de melding bespoedigen. Indien mogelijk krijgen de betrokken ondernemingen een eerste indruk van de opvatting van de NMa. Het International Competition Network (ICN) betitelt de mogelijkheid een prenotificatiegesprek te voeren als good practice.²⁷

Remedies

Als uit onderzoek blijkt dat een voorgenomen concentratie op mededingingsproblemen stuit en dus op een afwijzing door de NMa, kan in bepaalde gevallen alsnog goedkeuring worden gegeven als de betrokken ondernemingen remedies aanbieden (voorbeeld: de verkoop van bedrijfsonderdelen). Remedies dienen voldoende te zijn om het gesigna-

²⁷ Het ICN is een mondiaal netwerk opgezet door grote landen voor kennisuitwisseling en kennisoverdracht.

leerde mededingingsprobleem (voorbeeld: te groot marktaandeel) op te lossen en ze moeten kunnen worden gemonitord. Bij remedies worden zogeheten «trustees» aangewezen, die geregeld aan de NMa rapporteren over verloop en voortgang van de afgesproken remedie.

Verkorte besluiten

De NMa kan een zogeheten verkort besluit nemen als geen serieuze en voor de mededinging relevante bezwaren van derden zijn ontvangen, er geen discussie is over de aard en inhoud van de concentratie en het evident is dat de concentratie uit mededingingsoogpunt geen bezwaren oproept.

Opsporing en handhaving

Er is een speciaal team bij de NMa dat zich bezighoudt met het opsporen van concentraties die ten onrechte niet zijn gemeld. Overtredingen van de meldingsplicht, het verstrekken van onjuiste informatie of het niet naleven van de voorschriften bij een vergunning, kunnen leiden tot een rapport, waarna een boete kan worden opgelegd.

Informeel zienswijzen

Ondernemingen met vragen over het al dan niet bestaan van de verplichting een bepaalde transactie te melden, kunnen de NMa om een informeel zienswijze verzoeken. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om vragen met betrekking tot de berekening van de omzet of om het begrip concentratie. Ook het geven van informeel zienswijzen ziet de ICN als een good practice.

Advisering

De NMa wordt regelmatig om advies gevraagd door ministeries en collega-toezichthouders. De NMa zal deze adviezen uitbrengen als de vraag binnen haar competentieveld ligt, als er voldoende informatie beschikbaar is en ze geen zeer diepgaand onderzoek hoeft te doen. Ook geeft de NMa adviezen aan de Europese Commissie over concentratievoornemens die aan Brussel zijn gemeld.

Marktstudies

Ook binnen het concentratietoezicht zijn marktstudies van belang, omdat de NMa ontwikkelingen daardoor beter ziet aankomen en meldingen van concentraties gemakkelijker in de context van de markt kan beoordelen. De NMa is daar de laatste jaren echter weinig toe gekomen. In het Jaarplan 2006 is het voornemen opgenomen om verkenningen uit te voeren naar de sectoren energie, zorg en woningcorporaties. Dit voornemen is inmiddels gerealiseerd voor de energiesector.

3.6 Beoordelingscriteria

Net als bij het toezicht op kartels heeft de NMa voor het concentratietoezicht richtsnoeren opgesteld, waarmee zij duidelijkheid wil verschaffen over een deel van haar taken en bevoegdheden op grond van de Mw, en criteria die zij toepast. Het betreft de Richtsnoeren Remedies uit december 2002 die ingaan op de inhoudelijke vereisten waaraan remedies moeten voldoen en de wijze waarop ze moeten worden ingediend en uitgevoerd.

Voor de oordeelsvorming over concentraties maakt de NMa met enige regelmaat gebruik van economische modellen. Het gebruik en de interpretatie van de uitkomsten van dergelijke modellen is niet onomstreden. De NMa geeft aan dat het werken met modellen toegevoegde waarde

heeft, maar ook beperkingen, omdat er allerlei veronderstellingen ten grondslag liggen aan dergelijke modellen.

Tegenpartijen komen in de procedure van hoor en wederhoor van de NMa dan ook vaak met kritiek op de gehanteerde modellen. De NMa toetst deze kritiek intern en legt ze eventueel voor aan de externe bureaus die de analyse voor de NMa hebben uitgevoerd. Het komt voor dat partijen de NMa ervan overtuigen dat haar hypothese onjuist is. Ook rechters worden steeds kritischer bij de beoordeling van het gebruik van deze modellen.

Voorbeeld concentratiezaak: NMa keurt overname goed in varkensslachterijsector

In februari 2006 is de NMa akkoord gegaan met de overname van slachthuis Groenlo door Dumenco, een onderdeel van Sovion. De NMa stelde vast dat de concurrentie in voldoende mate gehandhaafd blijft, omdat voor zowel varkenshouders als varkenshandelaren voldoende alternatieve slachterijen overblijven om slachtvarkens aan te bieden.

In haar onderzoek komt de NMa tot de conclusie dat de inkoopmarkten ruimer zijn dan alleen Nederland. Dit gelet op de aanzienlijke en toenemende exportstromen. De NMa heeft op basis van eigen onderzoek geconstateerd dat een groter prijsverschil tussen Nederland en Duitsland leidt tot een toename van de export naar Duitsland. Er is daarbij in Duitsland voldoende capaciteit aanwezig om extra Nederlandse slachtvarkens te kunnen slachten. De relatief geringe extra kosten vormen voor varkenshouders en varkenshandelaren geen belemmering om te exporteren naar Duitsland. In lijn met een recent besluit van de Europese Commissie, concludeert de NMa dat de relevante geografische markt voor de inkoop van slachtvarkens en zeugen een gebied met een straal van 150 kilometer betreft rondom de centra van de drie belangrijkste varkenshoudersgebieden in Nederland.

De gezamenlijke marktaandelen van Groenlo en Sovion maken het niet aannemelijk dat een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt.

3.7 Bezwaar en beroep

Tegen de beslissing van de NMa in concentratiezaken kan eerst bezwaar worden aangetekend bij de NMa en vervolgens beroep bij de rechtbank Rotterdam. Daarna is nog hoger beroep mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). De NMa zelf kan ook in hoger beroep gaan. De onderstaande tabel geeft een overzicht van de (hoger) beroepszaken in concentratiezaken sinds de oprichting van de NMa.

Tabel 6 (Hoger) beroepszaken concentratiezaken sinds oprichting NMa tot en met maart 2006

	Beroep	Hoger beroep
Ingetrokken	8	2
Niet-ontvankelijk	2	0
Ongegrond voor tegenpartij/gegrond voor NMa	2	2
Deels gegrond – deels ongegrond	1	0
Gegrond voor tegenpartij/ongegrond voor NMa	1	0
Totaal	14	4

Voorbeeld hoger beroep zaak Nuon-Reliant

Het CBb zette in een uitspraak in de Nuon-Reliant-zaak uiteen aan welke voorwaarden economische modellen moeten voldoen, die inzicht moeten geven in de veranderingen in de mededingingssituatie na een concentratie. Volgens het CBb verschaft een op de toekomst gerichte analyse een andersoortige zekerheid dan de beoordeling van zaken in het verleden, en moet zij daarom zeer zorgvuldig worden uitgevoerd.

Het model moet een realistische weergave zijn van het gedrag van de deelnemers op de betreffende markt en het moet in hoge mate transparant zijn. Die transparantie betreft zowel de consistentie van de uitkomst als de aannames waarop het model is gebaseerd. Ook dient een dergelijke op de toekomst gerichte analyse gebaseerd te zijn op feiten en omstandigheden die zich voorafgaand aan het voltrekken van de concentratie voordoen. Die feiten en omstandigheden moeten aannemelijk zijn. Volgens het CBb kan niet worden volstaan met een algemene, abstracte of theoretische beschrijving van de marktsituatie die als basis voor deze analyse wordt gebruikt.

3.8 Doorlooptijden

Bij de behandeling van concentratiezaken is de beheersing van doorlooptijden van belang, temeer omdat voor de twee fasen wettelijke termijnen gelden. Voor de eerste fase is de wettelijke termijn 28 dagen en voor de tweede fase 91 dagen. De NMa overschrijdt de wettelijke termijnen voor de twee fasen volgens de jaarrapportages 2005 en 2006 niet. Toch zijn de doorlooptijden van concentratiezaken in de praktijk langer. Dat komt doordat de wettelijke termijn niet doorloopt als de NMa extra informatie moet opvragen over een concentratiezaak. De gemiddelde doorlooptijd van meldingszaken in 2005 was netto 24 werkdagen en bruto, dus inclusief opschorting van de behandeling, 46 werkdagen. Voor vergunningszaken lagen deze aantallen op respectievelijk 80 en 124 werkdagen.

4 KWALITEITSBORGING EN INTEGRITEIT

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk gaan we in op enkele aspecten van kwaliteitsborging bij de NMa, namelijk hiërarchische borging door de RvB, interne advisering, evaluaties en dossiervorming. In dit hoofdstuk besteden we ook aandacht aan integriteit en onafhankelijkheid, aspecten die van groot belang zijn voor het functioneren van een organisatie als de NMa en nauw verbonden met kwaliteitsborging.

4.2 Rol Raad van Bestuur

De NMa heeft sinds 1 juli 2005 een RvB (zie ook paragraaf 1.2). Het nemen van besluiten in de zin van de Mw is wettelijk voorbehouden aan de Raad. Dat is een zekere waarborg voor consistente besluitvorming. De Raad bestaat uit drie leden van wie er één voorzitter is. Binnen de RvB is een taakverdeling, maar de besluitvorming is collegiaal. Dat is een zekere waarborg voor een evenwichtige besluitvorming. De RvB wil intensief betrokken worden bij afweging en de formulering van besluiten over zaken en wordt dat ook in de praktijk. Dit is overeenkomstig zijn verantwoordelijkheid voor deze besluiten. De RvB geeft ook een actieve invulling aan zijn verantwoordelijkheid voor het functioneren van de organisatie. Met onderwerpen die betrekking hebben op intern beleid en de bedrijfsvoering houdt de RvB zich intensief bezig.

4.3 Interne advisering

Het organiseren van het interne adviesproces rondom zaken is ten eerste van belang om optimaal gebruik te kunnen maken van aanwezige kennis, en ten tweede om discussie en tegenspraak te organiseren en te stimuleren. Beide beogen ook het risico op «tunnelvisie» van direct betrokken zaakbehandelaars te verminderen. We stelden in ons onderzoek vast dat de NMa hier aandacht voor heeft. Zo is er bij de directie Concurrentietoezicht een stafdelling met een economisch en een juridisch expert, die adviseren tijdens onderzoeken, maar ook functioneren als een soort «advocaat van de duivel» op het moment dat een onderzoek is afgerond. Een conceptrapport wordt standaard (verplicht) voorgelegd aan deze experts ten behoeve van interne kwaliteitsborging. Ook de directie Concentratietoezicht en de Juridische dienst hebben momenten in het proces ingebouwd waarop conceptbesluiten door collega's kritisch worden getoetst.

De NMa heeft verder een juridisch raadsadviseur die in voorkomende gevallen in zaken kan adviseren. Deze adviseur werkt vooral ten behoeve van de RvB, maar kan ook door directies worden ingeschakeld. Sinds begin 2006 heeft de NMa ook een Economisch bureau dat onder meer een adviserende en kwaliteitsbewakende taak heeft.

De doelmatigheid van het proces van de behandeling van een zaak is gediend met een tijdige inbreng van «buitenstaanders». In de opzet van de NMa ligt het accent van de interne advisering in de eindfase van een proces: het conceptrapport of -besluit. Mogelijk is nog winst te behalen door deze inbreng te vervroegen, bijvoorbeeld in de vorm een go-no go beslissing na een bepaalde onderzoekstijd.

4.4 Evaluaties

Systemen van terugkoppeling en evaluatie zijn belangrijk voor de verdere verbetering van het functioneren van de NMa (zie ook Kovacic 2006). De evaluatiefunctie is binnen de NMa goed ontwikkeld. Het gaat bij het karteltoezicht om evaluatie van kwaliteit van bewijsvoering, argumentatie en van processen. Ook in de sanctiefase en bij het concentratietoezicht worden belangrijke zaken standaard geëvalueerd. Verder organiseert de NMa informele evaluatiegesprekken («ketengesprekken») over belangrijke zaken met alle NMa-betrokkenen, inclusief de RvB. Het gaat bij deze interne evaluaties om het identificeren van verbeterpunten.

De NMa laat ook periodiek externe evaluaties uitvoeren. In 2000 en 2004 zijn advocaten en bedrijven bevroegd over hun tevredenheid met de NMa (een relatietevredenheidsonderzoek). Een bekendheids- en imago-onderzoek onder het Nederlands publiek vond plaats in 2004. Ook voor 2007 staat een dergelijk onderzoek gepland. In 2006 heeft de auditdienst (AD) van het Ministerie van EZ op verzoek van de voorzitter van de RvB een «operational audit» uitgevoerd bij de NMa (Auditdienst Ministerie van EZ 2005). Op de punten waarop wij dat zijn nagegaan, wordt er door de NMa ook wat met deze (externe) evaluaties gedaan (zie kader).

Acties naar aanleiding van relatietevredenheidsonderzoek

Uit het relatietevredenheidsonderzoek van 2004 kwamen als sterke punten naar voren: gezag, professionaliteit en juridische deskundigheid. Als verbeterpunten werden met name genoemd: slagvaardigheid en transparantie. Deze verbeterpunten zijn inzet geweest voor een interne operatie Tijdigheid & Transparantie, waarbij de gehele organisatie is doorgelicht op beide punten. Naar aanleiding hiervan zijn managementcontracten ingevoerd, benadert de NMa haar doelgroepen voortaan gerichter, is de werkwijze van de Directie concurrentietoezicht richting klagers herzien, is de website van de NMa in 2005 vernieuwd en is daar een activiteitenkalender op geplaatst.

Peer reviews van zaken door collega-mededingingsautoriteiten vinden incidenteel plaats.²⁸ Andere vormen van peer reviews waarbij (aspecten van) het functioneren breder wordt beoordeeld, zijn tot op heden bij de NMa niet uitgevoerd. Wel vindt er jaarlijks een internationale «benchmark» plaats door de Global Competition Review (zie kader). Ook is het systeem van mededingingswetgeving en handhaving periodiek onderwerp van een landenevaluatie door de OECD.²⁹ Deze evaluaties gaan niet diep in op het functioneren van de mededingingsautoriteiten.

Internationale benchmark: Global Competition review

De *Global Competition Review (GCR)* publiceert jaarlijks een classificatie van 36 mededingingsautoriteiten in 29 verschillende landen op basis van informatie van gebruikers. De NMa stond in 2004, na een snelle stijging in de voorafgaande vijf jaren, op een zevende plaats. In de rating van 2005 is de NMa echter gezakt naar de dertiende plaats, achter mededingingsautoriteiten uit onder meer de VS, VK, Australië, Frankrijk, Duitsland, en Italië (International Competition Review, 2006). Belangrijkste redenen: er zijn weinig nieuwe zaken gestart (dat had te maken met de bouwzaken), de NMa had in 2005 een relatief groot personeelsverloop (13%) en relatief weinig senior medewerkers, en de NMa had een aantal zaken in (hoger) beroep verloren.

²⁸ In het kader van ECN worden alle zaken Europees aangemeld kan er een collegiale toets plaatsvinden door EU-collega's. In de praktijk gebeurt dit zelden.

²⁹ Dergelijke landenevaluaties evaluaties zijn in 1998 en 2004 uitgevoerd. De landenevaluaties van worden als «peer reviews» besproken in de OECD Competition Committee.

In het kader van de evaluatie van de Mw van 2002 is ook het functioneren van de NMa beoordeeld. Het is de bedoeling om ook bij de volgende

periodieke evaluatie – het is nog niet bekend wanneer die zal plaatsvinden – het functioneren van de NMa bij het onderzoek te betrekken.

4.5 Dossiervorming

Een goede dossiervorming van zaken is onder andere van belang om de interne besluitvorming te kunnen reconstrueren en beoordelen (audit trail). De audit dienst (AD) van het Ministerie van EZ concludeerde in zijn rapport van december 2005 dat informatie over de beslismomenten in het operationele proces – keuze van een interventiestrategie, scenario's, go-no go beslissingen, risicoanalyses en dergelijke – onvoldoende in de dossiers aanwezig was (Auditdienst Ministerie van EZ, 2005). Ook wij stelden dit in ons onderzoek vast op basis van een oriëntatie op de zaakdossiers. De NMa was al tijdens het AD-onderzoek bezig de audit trail te verbeteren. Bovendien is de NMa in februari 2006 begonnen de audit trail ook voor andere producten – afhandeling van klachten en signalen, informele zienswijzen en het planning en control-dossier – te verbeteren.

4.6 Integriteit

Integriteit is een wezenlijke voorwaarde voor vertrouwen in het openbaar bestuur in het algemeen en in een toezichthouder als de NMa in het bijzonder. Onafhankelijkheid is een van de criteria van goed toezicht.³⁰ Voor het personeel van de NMa is het integriteitsbeleid van het Ministerie van EZ van toepassing. De NMa heeft – met uitzondering van gegevensbeveiliging en de vraag voor welke personeelsleden de regeling voor het handelen in effecten (insiderregeling) geldt – geen eigen risicoanalyse voor integriteit uitgevoerd. Wel heeft de NMa de EZ-regels en gedragscode toegankelijk gemaakt voor het personeel door het uitgeven van een eigen brochure (zie kader). Onduidelijkheid bestaat nog over de vraag of het integriteitsbeleid en de gedragscode formeel ook geldt voor de RvB. De leden van de RvB zijn immers geen medewerker van het Ministerie van EZ. Voor hen gelden wel enkele bepalingen in de Mw, waaronder het openbaar maken van nevenfuncties.

Aspecten van het integriteitsbeleid EZ/NMa

De interne brochure «Zo werken we bij de NMa» geeft een groot aantal waarden, gedragsregels en dergelijke op de volgende terreinen: nevenwerkzaamheden, handelen in effecten (insiderregeling), geschenken, geheimhouding, gedragslijn internet en e-mailgebruik, draaideurconstructie en procedure klokkenluiders.

De uitvoering van het integriteitsbeleid – waaronder melding, registratie en handhaving van schendingen volgens de gedragscode – valt volledig onder de verantwoordelijkheid van de (plaatsvervangend) secretaris-generaal van het Ministerie van Economische Zaken. De vertrouwenspersonen en adviseurs van het ministerie zijn allen werkzaam voor het gehele departement, inclusief de NMa. Alleen voor de «insiderregeling» – handelen in effecten – is er een NMa-rapporteur, die ook compliance officer is. We hebben de uitvoering van de regels voor geschenken en nevenfuncties onderzocht en vastgesteld dat die worden nageleefd. De NMa heeft tot op heden geen incident aan het ministerie gemeld, omdat zich er geen heeft voorgedaan. Zij heeft geen eigen registratie van kleinere incidenten (bijvoorbeeld diefstal van persoonlijke eigendommen). Die hebben zich wel voorgedaan, maar die werden intern opgelost.

³⁰ Zie onder andere de Kaderstellende visie toezicht (Ministerie van BZK, 2005).

Het is voor ons nog een vraag of het integriteitsbeleid van het Ministerie van EZ ook volstaat voor de NMa. Het personeel werkt onder verantwoordelijkheid van de RvB en de NMa loopt specifieke integriteitsrisico's. Met name de risico's op «regulatory capture» door marktpartijen – het risico dat de toezichthouder zich te veel laat leiden door de belangen van derden en daardoor niet meer onafhankelijk is – zijn niet expliciet afgedekt in de gedragscode.³¹ Regulatory capture is een onderkend risico bij de NMa, maar wordt door de organisatie niet hoog ingeschat.

De onafhankelijkheid van het toezicht door de NMa ten op zichte van de minister is geformaliseerd met de zbo-status van de RvB sinds 1 juli 2005. De minister kan alleen algemene aanwijzingen geven aan de NMa en heeft geen bevoegdheid bij individuele zaken. Er is in de praktijk wel veelvuldig overleg op verschillende niveaus tussen de NMa en het Ministerie van EZ. Ons onderzoek heeft echter geen indicaties opgeleverd dat de RvB zijn rol niet voldoende onafhankelijk van het Ministerie van EZ of andere ministeries zou invullen. Uit de notulen van overleg kan worden opgemaakt dat de NMa en het ministerie, voor zover ze al spreken over individuele zaken, slechts ingaan op procedurele en communicatieve aspecten en niet op inhoudelijke afwegingen.

³¹ Bronnen van regulatory capture kunnen zijn: belangen van marktpartijen, van de overheid en eigenbelang van de organisatie of medewerkers.

5 EFFECTEN VAN HET TOEZICHT

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt aan de orde wat de maatschappelijke effecten zijn van het mededingingstoezicht door de NMa. Het meten van effecten van mededingingstoezicht is van groot belang, maar niet eenvoudig. Markttoezichthouders in verschillende landen proberen daar desalniettemin in toenemende mate vorm aan te geven. De NMa loopt hierbij internationaal voorop. Sinds enkele jaren biedt zij inzicht in de outcome (effecten) van haar toezicht (paragraaf 5.3). Bovendien onderzoekt de NMa of marktpartijen anticiperen op haar toezicht (paragraaf 5.2).

5.2 Anticipatie en naleving

De NMa probeert inzicht te krijgen in de mate waarin marktpartijen in hun handelen rekening houden met haar (mogelijke) optreden. In 2006 zijn twee onderzoeken naar dit anticipatie-effect uitgevoerd.

Ten eerste heeft de NMa in 2005 een onderzoek laten uitvoeren naar de omvang van het anticipatie-effect van het fusietoezicht door de NMa. Daarbij gaat het om de vraag in hoeverre bedrijven van bepaalde concentraties afzien of bepaalde opties niet in overweging hebben genomen, omdat zij verwachtten dat de NMa daar geen goedkeuring aan zou geven. De belangrijkste conclusie uit dit onderzoek is dat «het anticipatie-effect, waarbij concentraties bij voorbaat geen doorgang vinden omdat de NMa deze naar alle waarschijnlijkheid afkeurt, duidelijk aanwezig is en volgens de geïnterviewden goed werkt.» In het rapport wordt geconcludeerd dat gedurende de onderzochte periode van de jaarlijks ongeveer vierhonderd (inclusief dubbeltellingen, omdat meerdere advocaten aan één zaak werken) ideeën die bij advocaten kwamen, bijna de helft meteen afviel. Hier kan het anticipatie-effect mogelijk een rol hebben gespeeld. Uiteindelijk resulteerde dit in 165 meldingen (opnieuw inclusief dubbeltellingen).

Van het economisch belang van het anticipatie-effect kunnen de onderzoekers geen inschatting geven. Er is namelijk sprake van bedrijfsvertrouwelijke gegevens, mededingingsadvocaten die een geheimhoudingsplicht hebben, en voorgenomen concentraties die vaak in een dusdanig vroeg stadium zijn afgeblazen dat goede marktafbakeningen veelal nog niet hadden plaatsgevonden.

Ten tweede probeert de NMa de effecten van haar «onzichtbare hand» jaarlijks te meten door te onderzoeken hoe kleine en middelgrote bedrijven anticiperen op haar acties. Dat is gedaan door – om sociaal wenselijke en strategische antwoorden te voorkomen – enkele vragen mee te laten lopen in de nulmeting die het Ministerie van EZ in 2006 heeft laten uitvoeren voor de «Perceptie van Concurrentie-Index (PCI)». De bedoeling is vergelijkbaar onderzoek jaarlijks te herhalen. Uit dit onderzoek blijkt een zichtbaar effect van spontane naleving van regels en anticipatie-effecten, zonder dat de NMa daadwerkelijk (publiekelijk) is opgetreden (zie kader).

Onderzoek anticipatie bedrijven

Bijna een kwart (24%) van de bedrijven geeft aan bedrijfsbeslissingen sterk te laten beïnvloeden door uitspraken van de mededingingsautoriteiten, ongeacht of de NMa actief is in de eigen sector. Ongeveer 20% van de bedrijven onderschrijft de stelling: «De NMa is zeer actief in onze markt.» Zoals werd verwacht, zijn bedrijven uit de (prioritaire) sectoren van de NMa-Agenda het vaker met deze stelling eens. En in 44 van de 58 onderzochte sectoren is de gemiddelde score op een vraag naar het effect van de *uitspraken* van mededingingsautoriteiten op de manier van zakendoen hoger dan de score op de vraag naar de *acties* van de NMa. Ook dit is wat werd verwacht. Immers, de Mededingingswet en de uitspraken van de mededingingsautoriteiten, hebben betrekking op alle sectoren, terwijl de NMa niet in alle sectoren actief is geweest met bijvoorbeeld onderzoek of sancties. Ook deze uitkomst duidt daarom op spontane naleving of anticipatie van bedrijven op de handhaving door de mededingingsautoriteit, zonder dat de NMa daadwerkelijk (publiekelijk) is opgetreden.

5.3 Maatschappelijke effecten

Baten van het mededingingstoezicht

Het maatschappelijk effect van mededingingstoezicht is niet eenvoudig te meten. En er is ook niet één geaccepteerde manier om dat te doen. Om inzicht te kunnen bieden in de effecten van haar optreden, werkt de NMa echter wel aan methoden om deze te kwantificeren.

In het Jaarverslag 2004 (NMa, 2005) presenteerde de NMa voor het eerst een berekening van de baten van haar werk. Om misverstanden te voorkomen: het betreft niet de door de NMa geïnde boetes³², maar een schatting van het welvaartseffect van het mededingingstoezicht van de NMa als geheel, dus inclusief de regulering van het gas- en elektriciteitsnet door DTe. Hiertoe heeft zij met een eenvoudig model de zogenaamde prijseffecten (de consument heeft teveel betaald) en allocatie-effecten (de consument heeft minder gekocht van het betreffende product) ingeschat van het concurrentietoezicht – de inbreuken op de Mw waarvoor een sanctie is opgelegd – en van het concentratietoezicht.³³ Onderzoek naar de mogelijke welvaartseffecten van zogenoemde «fouten van de eerste soort» (ten onrechte ingrijpen door de NMa) en «fouten van de tweede soort» (ten onrechte niet ingrijpen door de NMa) wordt nog niet door de NMa uitgevoerd.³⁴ Wanneer de rechter de NMa in een bepaalde zaak in het ongelijk stelt en de opgelegde boete verlaagt of intrekt, brengt de NMa de daarmee ten onrechte geclaimde baten van deze zaak in mindering op het welvaartseffect dat in het eerstvolgende jaarverslag vermeld staat. De effectberekeningen van de NMa worden niet door externe deskundigen gevalideerd.

Het toezicht van de NMa heeft volgens haar eigen berekeningen over de jaren 2002–2005 tot een totaal welvaartseffect (inclusief DTe) geleid van gemiddeld € 430 miljoen per jaar (NMa, 2006, p. 82–91). In 2006 was het effect € 800 miljoen.³⁵ Na correcties achteraf voor gerechtelijke uitspraken, is volgens de NMa over de jaren 2002 t/m 2006 sprake van een totaal effect van € 2 400 miljoen. Het effect van het toezicht in het kader van de Mw is ongeveer een derde daarvan (€ 790 miljoen). Het aardige van deze concrete bedragen is, dat deze tastbaar lijken en precies ogen. Ze sluiten echter niet (direct) aan op de maatschappelijke effecten die worden beoogd (zie onderstaand kader).

³² In de jaren 2002–2006 inde de NMa in totaal ruim € 276 miljoen aan boetes.

³³ Deze aanpak is toegelicht in NMa 2005, p. 58–61.

³⁴ Simon Evenett, hoogleraar aan de Universiteit van St. Gallen, verwees tijdens de Competition Enforcement Conference van de National Audit Office (NAO), Londen, 26 juni 2006, bijvoorbeeld naar een studie waarin geconcludeerd werd dat de Europese Commissie in 46% van de concurrerende fusies een fout van de eerste soort en in 57% van de concurrentiebeperkende fusies een fout van de tweede soort had gemaakt. Zie www.nao.gov.uk.

³⁵ De cijfers over 2006 heeft de NMa gepresenteerd in haar Jaarverslag over dat jaar.

Beoogde maatschappelijke effecten³⁶

- Lagere prijzen voor consument
- Meer en kwalitatief betere producten
- Innovatieve en efficiëntere productiemethoden
- Doelmatiger aanwending van schaarse productiefactoren³⁷

De NMa wil haar effectmeting de komende tijd wel verder in die richting ontwikkelen, maar daar is nog veel onderzoek voor nodig. Anders dan weleens wordt gedacht³⁸, betreft het door de NMa berekende welvaartseffect dus ook géén klinkende munt in de portemonnee van de consument.³⁹ Daarvoor zijn bij zowel het concurrentietoezicht als het concentratietoezicht redenen aan te voeren:

- Voor het effect van haar concurrentietoezicht berekent de NMa de prijsopdrijvende effecten van kartels *ongeacht de vraag of de marktuitkomst na het optreden van de NMa werkelijk is verbeterd*. Uit eigen onderzoek van de NMa naar concrete gevallen blijkt echter dat consumenten niet altijd (blijvend) financieel beter worden van mededingingsoptreden van de NMa (zie kader).

Kartel gebroken, prijzen omlaag?

Uit intern onderzoek van de NMa blijkt dat consumenten niet automatisch meer te besteden krijgen door optreden tegen kartels:

- Het komt voor dat prijzen niet dalen nadat tegen een kartel is optreden. Een voorbeeld is de fietsensector, waar de NMa geen direct prijseffect kon vaststellen nadat zij een kartel had gebroken.
- Indien sprake is van prijsdalingen hoeven consumenten daar niet financieel beter van te worden. Een voorbeeld is het door de NMa gebroken garnalenkartel, waar (Oxera, 2004) de welvaartswinst vermoedelijk maar voor de helft bij de consument terecht is gekomen door de hoge concentratiegraad in de groothandelsmarkt.
- Wanneer wel sprake is van lagere prijzen na optreden van de NMa, zijn deze lagere prijzen niet altijd (*volledig*) blijvend. Een voorbeeld is de bouw, waarvan de NMa constateerde dat de markt na een daling in prijzen na enige tijd terugkeerde naar een hoger prijsniveau, zij het lager dan het niveau van voor het NMa-optreden.

- De effecten van het concentratietoezicht berekent de NMa met *counterfactual analyses*. Oftewel: wat zou de prijs geworden zijn als de NMa de voorgenomen fusie wel (zonder beperkingen) had toegestaan? Dat leidt tot een benadering van het bedrag dat consumenten *niet* extra uit hoeven geven voor een product doordat de concurrentiebeperking (en dus prijsverhoging) als gevolg van de voorgenomen fusie verminderd wordt. Die besparing hoeft zich echter niet voor te doen. Bovendien zijn dit soort berekeningen altijd met onzekerheden omgeven. Afhankelijk van de gekozen aannames – bijvoorbeeld over de prijselasticiteit op korte en op lange termijn – en gehanteerde scenario's kunnen de uitkomsten sterk uiteenlopen.

Samenvattend zijn de door de NMa gerapporteerde effecten met veel onzekerheden omgeven. Ze dienen dan ook voorzichtig gehanteerd te worden. De NMa zelf wijst daar in haar jaarverslagen ook op en brengt dat ook zelf in de praktijk.

Kosten van het mededingingstoezicht

Voor de door de NMa geleverde prestaties en gerealiseerde effecten worden kosten gemaakt. De NMa noch de minister van EZ verdisconteert deze kosten in zijn berekeningen over de effecten van het NMa-optreden. Het budget voor de NMa bedroeg in de jaren 2002–2006 cumulatief ruim

³⁶ Bron: Mw en de EZ-begroting, Tweede Kamer 2005a.

³⁷ Op het niveau van ondernemingen, binnen sectoren en op macroniveau.

³⁸ De minister van EZ is niet altijd correct in zijn communicatie over dit punt. In een toespraak ter gelegenheid van de verschijning van de NMa-jaaragenda 2006 vertaalde de minister het effect van de NMa naar een bedrag per jaar van € 125,- voor een gezin met twee kinderen. Ook journalisten presenteren «welvaartswinst» nog wel eens als identiek met koopkrachtverbetering.

³⁹ Er zijn ook toezichthouders die met «but for» analyses en onderzoek naar geobserveerde prijsverlagingen inzicht proberen te krijgen in lagere prijzen als gevolg van mededingingstoezicht. Zie bijvoorbeeld de presentatie van Julian Clarke en Simon Evenett tijdens de Competition Enforcement Conference van de National Audit Office (NAO), Londen, 26 juni 2006. www.nao.gov.uk

€ 180 miljoen. Daarnaast maken bedrijven kosten om te voldoen aan regels en procedures van de NMa, en maken zij kosten als zij onderwerp worden van een NMa-onderzoek.⁴⁰ Om welk bedrag het gaat is moeilijk vast te stellen, maar er is wel gepoogd dit te schatten.⁴¹ Met een «zeer ruwe benadering» schatte Oxera (2004, p. 2) in een studie voor het Ministerie van Economische Zaken de kosten voor bedrijven van het NMa-toezicht gedurende de jaren 2001–2003 op € 30,8 tot € 48,1 miljoen per jaar. Als we – bij gebrek aan een betere schatting – dit aanhouden voor de daarop volgende jaren, geeft een grove en incomplete berekening als indicatie dat de baten van het mededingingstoezicht door de NMa als geheel (inclusief DTe) zeker zes tot acht maal groter zijn dan de kosten (zie tabel 7).

Tabel 7 Ruwe schatting kosten en baten NMa (2002 – 2006) in miljoen €

Kosten		Baten	
Budget NMa	180	Geïnde boetes NMa	276
Uitvoeringskosten	154–240	Welvaartseffect	2 400*
Totaal	334–420		2 676
Baten minus kosten 2 256–2 342 miljoen €			

* Inclusief DTe. Het welvaartseffect van het toezicht in het kader van de Mw is € 790 miljoen.

Toekomstplannen

De NMa stelt zich tot doel meer inzicht te krijgen in de maatschappelijke effecten van haar toezicht. Onder andere met het oog daarop is in 2006 een Economisch bureau ingesteld. Het berekenen van deze effecten is niet eenvoudig en de NMa vindt daar geen doekjes om. Zij presenteert haar berekeningen met de nodige omzichtigheid en slagen om de arm. De RvB van de NMa wil de komende tijd in de hele beleidscyclus meer gebruik maken van calculaties over de kosten en baten van zaken. Vooraf bij het bepalen van prioriteiten en bij het vaststellen van boetes, en achteraf bij het evalueren van zaken.

⁴⁰ De Britse markttoezichthouder OFT (OFT 2005, p. 20) geeft bij de presentatie van haar effect een schatting van de kosten (£ 98 miljoen tegen £ 750 miljoen aan baten voor de consument).

⁴¹ Zie bijvoorbeeld Van Cayseele (2003).

6 ROL VAN ANDERE PUBLIEKE BELANGEN

6.1 Inleiding

De NMa kan bij de uitvoering van haar toezicht te maken krijgen met andere publieke belangen dan het specifieke mededingingsbelang.⁴² Het gaat daarbij om economische en niet-economische belangen al of niet gewaarborgd door andere wet- en regelgeving. De wijze waarop deze belangen een rol spelen in het mededingingstoezicht is in het verleden regelmatig onderwerp van debat geweest van de Tweede Kamer en onder wetenschappers, toezichthouders en belangengroepen.⁴³

We kunnen de volgende categoriën publieke belangen onderscheiden:

- Mededingingsbelang: het voorkómen van mededingingsbeperkende afspraken en concentraties, en misbruik van een economische machtspositie;
- Economische belangen anders dan mededinging: bijvoorbeeld innovatie, werkgelegenheid en lokale economische infrastructuur;
- Niet-economische publieke belangen die zich (deels) laten vertalen in economische termen: bijvoorbeeld milieu of gezondheid⁴⁴;
- Niet-economische publieke belangen die zich *niet* laten vertalen in economische termen: bijvoorbeeld ethiek of beroepsregels.

Publiek belangen zijn niet altijd helder omschreven, ze zijn vaak onderwerp van politiek debat en ze zijn – net als markten – dynamisch (Zie ook: Theeuwes, 2004).⁴⁵ Daarom zijn transparantie en verantwoording over hoe de NMa met deze belangen omgaat van groot belang voor de controleerbaarheid en voor het gezag van de NMa. In dit hoofdstuk gaan we in op de vraag hoe groot de wettelijke speelruimte is om die belangen mee te wegen en hoe de NMa daar in de praktijk mee omgaat.

6.2 Wettelijke speelruimte

Wet- en regelgeving en (Europese) jurisprudentie geven de NMa een zekere ruimte om andere publieke belangen te betrekken bij haar afwegingen in individuele zaken. Zo kan de NMa bij de beoordeling van kartels een uitzondering maken voor afspraken die bijdragen aan productie, distributie en technische en/of economische vooruitgang.⁴⁶ Efficiency-overwegingen kunnen ook een rol spelen bij de beoordeling van concentraties.⁴⁷ Daarmee kunnen niet-economische belangen die zich laten vertalen in economische termen (zie paragraaf 6.1) in principe bij de beoordeling van kartels en concentraties worden betrokken. In het onderstaande kader staat daar een voorbeeld van.⁴⁸

Systeem van verwijderingsbijdragen stichting Stibat (1998)

Stibat zorgt voor de collectieve inzameling en verwerking van gebruikte batterijen. De regeling wordt gefinancierd uit verwijderingsbijdragen die elke deelnemer moet afdragen voor door hem of haar op de Nederlandse markt gebrachte batterijen. De NMa heeft in deze zaak een ontheffing verleend voor het collectieve systeem en voor de vaststelling van de heffing (de verwijderingsbijdrage), omdat het systeem bijdraagt aan de bescherming van het milieu en het collectieve karakter ervan economische voordelen oplevert.

Een andere uitzonderingsgrond zijn de zogenaamde «diensten van algemeen economisch belang» (DAEB).⁴⁹ Dit zijn bijzondere taken waarmee een onderneming van overheidswege is belast. Ondernemingen die een DAEB uitvoeren mogen de mededinging beperken voor zover dit

⁴² Er is sprake van een publiek belang indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt (WRR, 2000).

⁴³ Kluwer (2001); Tweede Kamer (2002); Kloosterhuis (2001); SER (2003); Asser Instituut (2005).

⁴⁴ Belangrijk aandachtspunt hierbij is dat economisch het eens zijn over of en hoe dit kan, en niet-economisch het nog minder eens.

⁴⁵ Theeuwes (2004) noemt bescherming tegen rokers als een voorbeeld van verschuivend publiek belang.

⁴⁶ Artikel 6, lid 3 Mw (analoog aan artikel 17 oud). Voorwaarden daarbij zijn dat de voordelen die voortvloeien uit de afspraken voor een redelijk deel ten goede komen aan de gebruikers, dat de concurrentie niet verder mag worden beperkt dan strikt noodzakelijk is en dat er in de markt voldoende concurrentie overblijft.

⁴⁷ Artikel 37 Mw.

⁴⁸ Er speelt dan overigens nog steeds een afwegingsprobleem in het geval van collectieve voordelen (milieu) tegen individuele nadelen van afnemers van mededingingsbeperking of in situaties waarin de totale welvaart toeneemt maar afnemers er op achteruitgaan.

⁴⁹ Europees beleid, tevens vastgelegd in artikelen 11, 25, 41 lid 3 van de Mw

noodzakelijk en evenredig is ter uitvoering van deze bijzondere taak (proportionaliteitstoets). Een DAEB zal in beginsel moeten blijken uit een wettelijk voorschrift of uit een besluit van een bestuursorgaan (zie het voorbeeld in het kader).

Verstrekken programmeergegevens NOS (1998)

De NMa stelt vast dat er sprake is van een taakopdracht (DAEB), namelijk het verzorgen van representatieve programma's en bijdragen aan een pluriform omroepstelsel (volgt uit Mediawet). Het niet willen verstrekken van programmeergegevens (de beperking van de mededinging) om bijvoorbeeld de exploitatie van een programmablad van een omroep veilig te stellen, houdt echter geen verband met die taakopdracht. De Mediawet heeft het lidmaatschap van een omroepvereniging en het abonnement op een programmablad welbewust ontkoppeld. De beperking levert ook geen noemenswaardig voordeel op voor de taakopdracht. De opbrengsten van de programmabladen zijn bovendien miniem in vergelijking tot de wettelijk ontvangen subsidies. Besluit: afwijzing ontheffing ex artikel 25 Mw.

Niet-economische belangen kunnen via wet- en regelgeving ook een rol spelen bij wettelijk verplichte afspraken. Een voorbeeld daarvan is de vaste boekenprijs. Een dergelijke mededingingsbeperkende verplichting is voor de NMa in principe een gegeven.⁵⁰ De wetgever kan marktwerking in een sector ook expliciet of impliciet uitsluiten. In dat geval kan er ook geen sprake zijn van overtreding van de Mw. Het is dan wel aan de NMa om te beoordelen of de marktwerking inderdaad door de wetgever uitgesloten is (zie voorbeeld in het kader).

Ziekenhuizen

Bij concentratiezaken van ziekenhuizen heeft de NMa in 2001 geoordeeld dat er (indertijd) geen sprake was van een versterking of handhaving van een economische machtspositie omdat de daadwerkelijke mededinging in deze sector van overheidswege is uitgesloten. (NMa, 2002)

Ten slotte kunnen ook afspraken die bij of krachtens een wet onderworpen zijn aan bijvoorbeeld goedkeuring of vernietiging door een (ander) bestuursorgaan, worden uitgezonderd van de Mw. Voorheen leidde dit automatisch tot het uitsluiten van de bevoegdheid van de NMa (artikel 16 oud). Sinds het vervallen van deze bepaling op 1 januari 2003 is het volgens de minister van EZ in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan om te voorkomen dat een aan hem voorgelegde afspraak, die mededingingsbeperkend is, wordt goedgekeurd (Tweede Kamer 2002). Om eventuele risico's bij twijfelgevallen te voorkomen, kunnen procedurele afspraken worden gemaakt tussen de NMa en het betreffende bestuursorgaan (zie de voorbeelden in de kaders hierna).⁵¹

⁵⁰ In principe, want het is niet zo dat de wetgever vanwege andere belangen ongebreideld via wet- en regelgeving kartels mag (laten) vormen. De nationale mededingsautoriteit kan nationale wetgeving onverenigbaar met het gemeenschapsrecht (artikel 81-lid 1 EG-Verdrag) verklaren (zie ook het Luciferhoutjes (CIF)arrest, Europese Hof van Justitie (2003)).

⁵¹ In de verwijderingsbijdragen zaken (o.m. Stibat) speelde bijvoorbeeld een bevoegdheid tot goedkeuring van het samenwerkingsstelsel door de minister van VROM. Tussen VROM en de NMa zijn daarom indertijd procedurele afspraken gemaakt om de oordelen ter zake af te stemmen. Ook ten aanzien van het beleid voor fusies van woningbouwcorporaties worden binnenkort procedureafspraken met VROM gemaakt.

Regiovertegenwoordiging Verzekeraars GZ, informele zienswijze 2006

In de informele zienswijze stelt de NMa dat artikel 6, eerste lid Mw, niet van toepassing is indien de afspraken tussen de zorginstelling en de zorgverzekeraars te beschouwen zijn als niet meer dan een noodzakelijke stap in de procedure van de totstandkoming van een besluit van een overheidsorgaan (Arrest Hof van Justitie, 2002a). Belangrijke voorwaarde hierbij is dat de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid bij de overheid, in dit geval CTG/ZA, ligt. Voorstellen van marktpartijen mogen op zichzelf niet bindend zijn, maar moeten (actief) worden goedgekeurd door de overheidsinstantie.

No cure no pay, gedragsregels advocaten

De minister van Justitie had een verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten vernietigd waarin no cure, no pay op experimentele basis werd toegestaan. Tegelijkertijd had de NMa in een rapport het vermoeden geuit dat een absoluut verbod op dit soort resultaatsafhankelijk declareren verder gaat dan noodzakelijk is voor het waarborgen van de goede uitoefening van het beroep van advocaat.

Europese en nationale wet- en regelgeving geven weinig concrete aanwijzingen over hoe de NMa de ruimte die de wet geeft voor het betrekken van niet-economische belangen, moet invullen. De minister heeft de mogelijkheid om op grond van de Mw (artikel 5d lid 2) beleidsregels op te stellen, maar heeft dat tot op heden niet gedaan. Er is wel enige Europese jurisprudentie op een aantal specifieke terreinen, maar die geeft maar voor een beperkt aantal specifieke gevallen uitsluitel.⁵²

6.3 Uitvoering NMa

De NMa heeft geen richtsnoeren vastgesteld waarin zij de wijze waarop zij andere publieke belangen bij haar afwegingen betreft, nader uitwerkt.⁵³ Wel is er inmiddels enige «jurisprudentie» in de vorm van besluiten van de NMa. We hebben in ons onderzoek een inventarisatie uitgevoerd naar die besluiten.⁵⁴ Dit levert het volgende tentatieve beeld op.

Voor zover we hebben kunnen nagaan heeft de NMa sinds haar bestaan in een beperkt aantal besluiten andere (niet-economische) publieke belangen op een of andere manier betrokken in haar oordeelsvorming.⁵⁵ Het betreft voornamelijk kartelzaken en het grootste deel van de signaleerde zaken dateerde van vóór 2002, de tijd dat ontheffingen moesten worden aangevraagd.⁵⁶ Dit beeld wordt door de NMa bevestigd⁵⁷ en is in lijn met de conclusie in de evaluatie van de Mw dat de NMa terughoudend en voorzichtig omgaat met het in de oordeelsvorming betrekken van niet-economische belangen (Slot et al, 2002).

Uit de inventarisatie blijkt verder dat bij de helft van de signaleerde zaken het milieu als ander publiek belang speelde. Daarnaast kwamen onder andere de pluriformiteit van de media, de toegankelijkheid van de zorg, gedragsregels binnen de advocatuur en de kwaliteit van de leefomgeving voor. Het gaat bij verreweg de meeste zaken om ontheffingen ex artikel 17, waarbij niet-economische belangen werden vertaald in economische termen. DAEB's en uitzonderingen op grond van wettelijke verplichtingen komen maar weinig voor.

Als de NMa andere publieke belangen betreft in haar afwegingen, dient zij de vraag naar de proportionaliteit te beantwoorden. Deze luidt kort samengevat: is het mededingingsbeperkende gedrag noodzakelijk en evenredig om het andere publieke belang te dienen? In de motivering van (het beperkte aantal) zaken waar dit speelde, was het ons niet geheel duidelijk hoe de NMa dit weegt. Daardoor zijn de besluiten op dit punt niet altijd transparant.

Over de mate waarin en de wijze waarop andere publieke belangen in besluiten worden meegewogen, legt de NMa sinds 2001 geen algemene verantwoording af in het jaarverslag of op de website. In 1999 en 2001 was dit wel (zij het beperkt) het geval. Dit stemt overeen met de mate waarin deze zaken zich voordeden. De NMa betreft andere publieke

⁵² Europese jurisprudentie is er bijvoorbeeld op het terrein van: beroepsregels, werkgelegenheid en CAO's als mee te wegen belang (resp. arresten Wouters, Metro I en Brentjes, Europese Hof van Justitie (2002b), (1997), (1996)).

⁵³ Er zijn wel Europese richtsnoeren, (ex artikel 81, lid 3 EG-Verdrag) maar daarin wordt geen aandacht besteed aan niet-economische belangen.

⁵⁴ De inventarisatie is niet volledig, onder andere omdat de website van de NMa waarop de besluiten gepubliceerd worden niet is ingericht op het zoeken op artikel of trefwoord.

⁵⁵ We kwamen op grond van de ruwe inventarisatie in totaal tot 25 zaken.

⁵⁶ Het afschaffen van de mogelijkheid tot het verlenen van ontheffingen kan hierbij een rol hebben gespeeld, omdat de NMa daarmee niet meer verplicht was een uitspraak te doen in allerhande zaken. De criteria voor ontheffing zijn dezelfde als die van het huidige artikel 6 lid 3 Mw.

⁵⁷ De NMa wijst er op dat als van (juridische) uitzonderingsgronden bij zaken sprake zou zijn geweest, die door advocaten wel aan de orde zouden zijn gesteld. Dat is maar beperkt het geval geweest.

belangen dus (soms) wel in haar afwegingen, maar zij communiceert alleen via de publicatie van besluiten hoe zij dat doet.

De NMa heeft naast haar toezichtstaak ook een wettelijke taak bij de beleidsadvisering van het Ministerie van EZ en van andere ministeries. De NMa adviseert bijvoorbeeld bij de vormgeving van verschillende stelselherzieningen in de zorg- en energiesector. Het gaat daarbij om de invoering van marktwerking en hoe daarbij bepaalde publieke belangen – vooral toegankelijkheid, kwaliteit en leverzekerheid – gewaarborgd kunnen worden. Door al in de fase van de beleidsvoorbereiding mededingingskennis in te brengen, kan in een vroeg stadium een afweging van dit belang met andere (publieke) belangen plaatsvinden. De NMa vulde deze taak de afgelopen jaren steeds verder in en wil daar ook mee doorgaan.

Informeel advies: tophypotheke

De NMa gaf op verzoek van het Ministerie van Financiën een informeel advies over de voorgestelde aanpassing van de Gedragscode Hypothecair Financiers. De NMa stelde in dat advies dat de regeling in aanmerking komt voor vrijstelling van het kartelverbod conform artikel 6 lid 3 Mw vanwege het doel van de regeling (consumentenbescherming), de te verwachten positieve economische effecten ervan (voorkomen financiële problemen huishoudens bij rentestijging) en de mogelijkheid voor financiers om van de regeling af te wijken.

De beleidsontwikkelingen rond het thema andere publieke belangen hebben binnen de NMa een aantal jaren grotendeels stilgelegen. Sinds begin 2006 staat het onderwerp weer op de agenda van de NMa. Ten tijde van de afronding van ons onderzoek, half 2006, heeft de NMa een brede projectgroep ingesteld met onder andere als taak om te onderzoeken of het mogelijk en wenselijk is een afwegingskader voor het betrekken van andere publieke belangen te ontwikkelen en om de externe communicatie over dit thema te verbeteren.

7 DE NMA IN HAAR OMGEVING

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk gaan we in op enkele thema's die te maken hebben met de omgeving van de NMa. De NMa opereert in een speelveld met andere andere nationale en internationale toezichthouders en instanties. De paragrafen 7.2 en 7.3 gaan in op de wijze waarop de afstemming en samenwerking met die organisaties functioneert. De NMa betreft verder haar stakeholders bij de uitvoering van het toezicht en verantwoordt zich daarover in haar jaarverslag. Onze bevindingen over deze onderwerpen staan in de paragrafen 7.4 en 7.5.

7.2 Samenwerking met toezichthouders en opsporingsinstanties

Bij de uitvoering van haar taken als algemene toezichthouder ontstaat voor de NMa een mogelijke samenloop van activiteiten en bevoegdheden met specifieke, sectorale toezichthouders. De onderstaande tabel bevat een overzicht van relaties van de NMa met andere sectorale toezichthouders en opsporingsinstanties. We hebben ook aangegeven of afspraken voor de samenwerking zijn vastgelegd.

Tabel 8 Samenwerking NMa met andere organisaties

Afspraken samenwerking vastgelegd?*	
Ja	Nee
Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA)	Autoriteit Financiële Markten (AFM)
De Nederlandsche Bank (DNB)	Commissariaat voor de Media
Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)	VROM (Woningcorporaties)
Consumentenautoriteit	
Openbaar Ministerie	
FIOD-ECD**	

* Bijvoorbeeld in een protocol, convenant of in werkafspraken

** Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst – Economische Controledienst, onderdeel van de Belastingdienst

De protocollen met de OPTA en de NZa zijn het meest vergaand en gaan in op onder meer taakverdeling, gezamenlijke behandeling van zaken, interpretatie van begrippen, samenwerking bij spoedmaatregelen, wederzijdse advisering en consultatie en informatie-uitwisseling. Het samenwerkingsverband met de AFM, het Commissariaat voor de Media en met het Ministerie van VROM is niet vastgelegd in een protocol of ander document. Voor de samenwerking met de AFM werd dit niet nodig geacht. Met het Commissariaat voor de Media heeft in 2006 een hernieuwde kennismaking plaatsgevonden. Voor de samenwerking met het Ministerie VROM is afgesproken dat beide organisaties zullen bezien hoe zij de procedure voor het toetsen van fusies van woningcorporaties kunnen stroomlijnen (Tweede Kamer, 2006b).

Informatie-uitwisseling is de grote gemene deler in alle protocollen. Dit is vaak juridisch ook het meest problematische aspect van de samenwer-

king. De informatie-uitwisseling betreft informatie over specifieke ondernemingen, zaken en ontwikkelingen die voor elkaars functioneren van belang zijn, informatie van de sectorspecifieke toezichthouder die de NMa op het spoor van misbruik van machtspositie kunnen zetten, en relevante informatie die de samenwerkingspartners in overleg met derde toezichthouders opdoen.

Er zijn echter wettelijke grenzen aan een dergelijke informatie-uitwisseling. Artikel 90 van de Mw verhindert dat de NMa informatie uitwisselt met andere toezichthouders wanneer het *niet* gaat om de uitvoering van de Mw, de Elektriciteitswet en de Gaswet. Ook wisselt de NMa geen informatie uit die zij heeft verkregen op basis van de Richtsnoeren Clementietoezegging. Verder kunnen ook de bedrijven zelf hun toestemming onthouden aan de uitwisseling van gegevens tussen toezichthouders.

Uit de considerans van de samenwerkingsprotocollen blijkt dat de protocollen eerder bedoeld zijn voor het uitwisselen van kennis en expertise dan voor het verminderen van toezichtslasten. In hun uitwerking kunnen de protocollen uiteraard wel bijdragen aan de vermindering van de toezichtslasten. Beperking van de toezichtslasten is overigens wel een van de uitgangspunten van het nieuwe protocol dat per 1 oktober 2006 de samenwerking tussen NMa en NZa regelt.

De NMa heeft het initiatief genomen om samen met andere toezichthouders te komen tot een code markttoezicht, die in 2007 tot stand moet komen. Hierin moeten nadere afspraken worden gemaakt over onder meer de wijze van toezicht houden, de beperking van de toezichtslasten, en gezamenlijke kennisopbouw (NMa, 2007b).

7.3 Internationale samenwerking

Naast samenwerking met nationale toezichthouders, is NMa ook betrokken bij samenwerkingsverbanden met buitenlandse mededingingsautoriteiten. De belangrijkste daarvan is het European Competition Network (ECN). Het ECN is een netwerk van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten van de EU en de Europese Commissie. Het ECN is ingesteld op basis van de Europese Verordening 1/2003. De samenwerking heeft betrekking op kartelzaken en zaken betreffende misbruik van economische machtspositie, maar niet op concentratiezaken. De samenwerking binnen het ECN richt zich op de aspecten die in het onderstaande kader zijn vermeld.

Samenwerking in ECN-verband

- De samenwerking binnen ECN-verband heeft betrekking op de volgende punten:
- Elkaar informeren over nieuwe zaken en voorziene handhavingsbeslissingen;
 - Waar nodig onderling afstemmen van onderzoek;
 - Elkaar helpen met onderzoeken;
 - Uitwisselen van bewijsmateriaal en andere informatie;
 - Bediscussiëren van onderwerpen van collectief belang.

Binnen het ECN wordt gewerkt met twee soorten adviescomités: zaakgerelateerde adviescomités en beleidsadviescomités. De Europese Commissie is verplicht via adviescomités de lidstaten te raadplegen alvorens een beschikking in een zaak vast te stellen. Dit gebeurt in de zaakgerelateerde adviescomités, waarin alle lidstaten van de EU zijn

vertegenwoordigd. De NMa vertegenwoordigt Nederland en stuurt een zaakdeskundige; wie dat is hangt af van het onderwerp.

In de beleidsadviescomités wordt gesproken over de uitwerking van het Europese mededingingsbeleid en de uitvoering van de mededingingsbepalingen, bijvoorbeeld het clementiebeleid. Deze vorm van samenwerking is niet verplicht. De NMa treedt hier altijd op in samenwerking met het Ministerie van EZ. Wanneer het mededingingsbeleid in algemene zin aan de orde is, brengt de minister van EZ zelf het standpunt van Nederland naar voren.

Een ander belangrijk samenwerkingsverband is het International Competition Network (ICN). Het ICN is een mondiaal netwerk, opgezet door grote landen voor kennisuitwisseling en kennisoverdracht op het gebied van mededinging. Het is geen regelgevend orgaan, maar een orgaan gericht op verbetering van de samenwerking en dialoog tussen landen.

7.4 Stakeholderdialoog

De NMa besteedt op verschillende gebieden veel aandacht aan de consultatie van externe betrokkenen. Voorafgaand aan de jaarlijkse prioritering in de jaaragenda wordt een consultatiedocument gepubliceerd waarop betrokkenen en belangstellenden kunnen reageren. De reacties zijn afkomstig van onder andere ministeries, andere toezichthouders, bedrijven, brancheorganisaties en onderzoeksbureaus. De reacties van de stakeholders worden vervolgens verwerkt in het definitieve document. Verder betreft de NMa stakeholders ook bij het opstellen van de richtsnoeren. Zo is bij de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen een versie ter commentaar voorgelegd aan ondernemersorganisaties en aan de Consumentenbond. De Richtsnoeren voor de Zorgsector zijn besproken met diverse brancheorganisaties en andere betrokkenen. De NMa betreft ook stakeholders bij de analyses die zij maakt van specifieke markten of onderwerpen. Voor het Visiedocument over inkoopmacht bracht de NMa eerst een consultatiedocument uit waarop reacties kwamen van brancheorganisaties, individuele organisaties, overheidsgerelateerde partijen en wetenschappelijke instellingen.

7.5 Verantwoording

De NMa besteedt veel aandacht aan de inhoud en vormgeving van haar jaarverslagen. De jaarverslagen zijn informatief, toegankelijk en goed leesbaar. Sinds een aantal jaren rapporteert de NMa in haar jaarverslagen over haar inspanningen om de effecten van haar optreden te meten. In het Jaarverslag 2004 wordt voor het eerst een berekening van de baten van haar activiteiten gepresenteerd. Ook in het Jaarverslag 2005 rapporteert de NMa over de baten van haar toezicht. De NMa loopt hierin internationaal voorop. De jaarverslagen gaan niet in op de integriteitszorg, en maar beperkt op kwaliteitszorg. In het Jaarverslag 2005 staat ook geen passage waarin de RvB zich verantwoordt over zijn functioneren. De financiële informatie in het jaarverslag is beperkt.

De jaarverslagen bevatten sinds het Jaarverslag 2004 een accountantsverklaring bij de verkorte jaarrekening. In de verklaring wordt conform NIVRA-gedragsregels verwezen naar de volledige jaarrekening. Aangezien dat stuk niet openbaar is kan de gebruiker de verklaring bij de verkorte jaarrekening echter niet beoordelen.

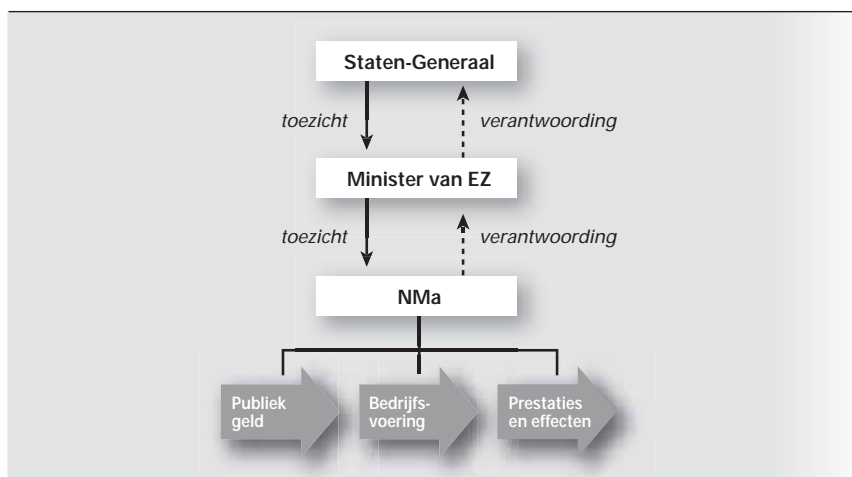
De jaarverslagen geven onder de noemer «kernegegevens» cijfermatig inzicht in de prestaties, bijvoorbeeld in het aantal genomen besluiten, het aantal afgeronde beroepszaken of de opgelegde boetes. De prestaties worden in verband gebracht met gestelde prioriteiten uit de jaaragenda van de NMa, maar niet afgezet tegen toetsbare doelstellingen.

8 TOEZICHT EN VERANTWOORDING MINISTER

8.1 Inleiding

De minister van EZ is verantwoordelijk voor het mededingingsbeleid en heeft een systeemverantwoordelijkheid ofwel indirecte verantwoordelijkheid voor het functioneren van de NMa. Dit hoofdstuk gaat in op de invulling van die verantwoordelijkheid. Aan de orde komen de bevoegdheden van de minister ten opzichte van de NMa, het toezicht van de minister op de NMa en de verantwoording van de minister over de NMa.

Figuur 8



8.2 NMa als ZBO én dienstonderdeel

Per 1 juli 2005 is de RvB van de NMa een zbo zonder rechtspersoonlijkheid (Staatsblad, 2005). Belangrijkste motief voor het verlenen van de zbo-status is de formele onafhankelijkheid van de RvB (Tweede Kamer, 2001). De ambtelijke organisatie van de NMa is wel een onderdeel van het ministerie gebleven. Om de onafhankelijkheid van de NMa verder te waarborgen zijn specifieke personele en rechtspositionele bevoegdheden aan de RvB verleend (Staatscourant, 2005a).

8.3 Bevoegdheden minister

Om zijn systeemverantwoordelijkheid voor het mededingingstoezicht door de NMa waar te kunnen maken, moet de minister een duidelijk omschreven minimumpakket aan bevoegdheden hebben. De bevoegdheden en sturingsmogelijkheden van de minister zijn vastgelegd in de Mw. Het betreft hier onder andere de bevoegdheid om beleidsregels te stellen.

De beleidsregels die de minister kan stellen, hebben betrekking op de uitoefening van de bevoegdheden van de NMa op grond van de Mw. De minister heeft tot nu toe geen gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid om beleidsregels te stellen. De NMa zelf heeft verschillende uitvoeringsregels in de vorm van richtsnoeren en dergelijke vastgesteld waarin zij inzicht geeft in de criteria die zij hanteert in het mededingingstoezicht. Tijdens het debat in de Tweede Kamer over het voorstel voor de wijziging van de Mw, werd in de Tweede Kamer de vraag gesteld of de NMa met het invullen

van open normen uit de Mw geen beleid maakt (Tweede Kamer, 2006c). Naar aanleiding van deze vraag voert het Ministerie van EZ een toets uit of, en zo ja in welke mate, de NMa beleid maakt door het vaststellen van richtsnoeren. Ook kijkt het ministerie verder naar de mate waarin bestaande normen in het mededingingsbeleid verder kunnen worden ingevuld. De uitkomsten van deze toets waren bij publicatie van dit rapport nog niet beschikbaar. Volgens het ministerie is voor de grens tussen beleid en uitvoering in het algemeen bepalend of sprake is van nieuwe regels (beleid), of dat sprake is van slechts het beschrijven en uitleggen van bestaande regels en jurisprudentie (uitvoering).

De minister heeft geen bevoegdheid tot het vernietigen van besluiten van de NMa. Die mogelijkheid verdraagt zich volgens de minister niet met de beoogde onafhankelijkheid bij de besluitvorming van de RvB van de NMa in individuele zaken (Zie ook: Eerste Kamer, 2004). Uit ons onderzoek zijn geen aanwijzingen naar voren gekomen dat de minister zich met individuele zaken bemoeit. Uit notulen van overleg tussen het Ministerie van EZ en de RvB van de NMa blijkt dat er niet over de inhoud van lopende individuele zaken wordt besproken. Ook uit een analyse van kamervragen blijkt dat de minister niet ingaat op vragen over lopende zaken.

8.4 Toezicht minister

De informatie-uitwisseling en communicatie tussen het Ministerie van EZ en de NMa is geregeld in het relatiestatuuut en het besluit gegevensuitwisseling (Staatscourant, 2005b). Deze dekken grotendeels de aspecten die voor de ministeriële verantwoordelijkheid relevant zijn. Er is veel periodiek overleg, en in de praktijk is het ministerie over het algemeen goed op de hoogte van wat er speelt bij de NMa.

Omdat de ambtelijke organisatie van de NMa een dienstonderdeel is van het Ministerie van EZ, valt zij daarmee onder het interne departementale toezicht. De belangrijkste onderdelen hiervan zijn het toezicht op het materieel en financieel beheer en op de werkplancycclus. Verder geeft de AD van het Ministerie van EZ een rechtmatigheidsverklaring af bij de jaarrekening van de NMa. Uit het toezicht op het materieel en financieel beheer komen geen belangrijke tekortkomingen in de ambtelijke organisatie naar voren. In 2004 is er verzwaard toezicht geweest op het contractbeheer van de NMa, maar de geconstateerde tekortkomingen zijn nu opgelost.

In het kader van de werkplancycclus wordt aandacht besteed aan verschillende aspecten van doelmatigheid, zoals de doorlooptijden van zaken en de kostprijs per product. Het Ministerie van EZ is over het algemeen positief over de resultaten van de NMa. Er wordt in de werkplancycclus geen aandacht besteed aan de kwaliteit van de besluiten.

Voor de NMa geldt het departementale integriteitsbeleid. Het ministerie hanteert in dit beleid en zijn toezicht op de uitvoering daarvan geen aandachtspunten die gericht zijn op specifieke risico's voor de NMa (zie ook paragraaf 4.6). Er hebben tot op heden ook geen audits door de AD plaatsgevonden op de uitvoering van het integriteitsbeleid door de NMa. De auditdienst besteedt alleen aandacht aan informatiebeveiliging (VIR).

Voor het stelsel van toezicht op de mededinging is een aantal checks-and-balances van belang, waaronder functiescheiding (Chinese muur) en bezwaarprocedures en beroepsmogelijkheden bij de onafhankelijke

rechter. In het toezicht op de NMa is er weinig aandacht voor het functioneren van deze waarborgen. Zo worden de lessen die eventueel te trekken zijn uit bijvoorbeeld de toegekende bezwaren en door de NMa verloren beroepszaken, niet systematisch door het Ministerie van EZ met de NMa geanalyseerd en besproken.

Wij signaleren verder een aantal andere aspecten die van belang zijn voor het goed functioneren van de NMa, die geen expliciete aandacht krijgen in het toezicht door het Ministerie van EZ. Het gaat om: kwaliteitsborging; strategie, risico- en marktanalyse; en meting van effecten.

Gezien het belang ervan vinden wij dat er in het toezicht altijd – in meer of mindere mate – expliciete aandacht voor de in deze paragraaf genoemde aspecten moet zijn.

8.5 Verantwoording

De minister legt op verschillende manieren verantwoording af aan de Tweede Kamer over het mededingingsbeleid en over het functioneren van de NMa.

In zijn departementale jaarverslag verantwoordt de minister zich over de uitgaven en ontvangsten van de NMa en over de bedrijfsvoering van zijn ministerie als geheel, met inbegrip van de NMa. Over de bedrijfsvoering van de NMa waren in de bedrijfsvoeringsparagraaf van het Jaarverslag 2005 geen bijzonderheden te melden. De minister verantwoordt zich niet over zijn toezicht op de NMa. Het jaarverslag geeft verder indicaties voor het realiseren van de operationele doelstelling «versterken van concurrentie op Nederlandse markten», maar geeft geen informatie over de bijdrage van de NMa hieraan.

De minister van EZ stuurt jaarlijks, conform de Mw, het jaarverslag van de NMa met een brief met zijn bevindingen naar de Eerste en Tweede Kamer (Artikel 5g lid 3 Mw). De brieven zijn voornamelijk beschrijvend van aard en de selectie van thema's wordt voornamelijk bepaald door wat er in het jaarverslag van de NMa aan de orde wordt gesteld. De minister geeft op onderdelen kwalificaties van ontwikkelingen, maar hij geeft in deze brieven – of in andere documenten – geen systematisch oordeel over de relevante aspecten van het functioneren van de NMa.⁵⁸

De verantwoording van de minister van EZ aan de Tweede Kamer over het mededingingsbeleid heeft verder voor een groot deel in het teken gestaan van de behandeling van de wijziging van de Mw als gevolg van de evaluatie van die wet.

⁵⁸ De RvB van de NMa voert daarnaast jaarlijks een gesprek met de vaste kamercommissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer naar aanleiding van de verschijning van de jaaragenda en het jaarbericht. Bij die gelegenheid geeft hij een korte uiteenzetting van de hoogtepunten van het afgelopen jaar en beantwoordt vragen van kamerleden.

Algemeen

Het normenkader dat de Algemene Rekenkamer gehanteerd heeft in dit onderzoek is bij de start van het onderzoek uitgebreid besproken met de NMa en het Ministerie van EZ, in verschillende sessies, waaronder drie met de RvB en de directeur Mw in de periode februari – maart 2006. Het onderzoek vond in twee fasen plaats bij achtereenvolgens de NMa (van maart–juli 2006) en het Ministerie van EZ (van augustus–november 2006).

NMa

In het onderzoek bij de NMa hebben wij openbare (externe) stukken geraadpleegd (o.a. kamerstukken, beleidsdocumenten, jaarverslagen, besluiten, zienswijzen, richtsnoeren, besluiten en literatuur), interne stukken (o.a. beleidsnotities, managementrapportages, evaluaties, protocollen, notulen van overleggen, zakendossiers, e.d). Daarnaast zijn bij de NMa gesprekken gevoerd met o.a. de RvB, directeuren, de hoofden en medewerkers van (staf)afdelingen en directies, zaakbehandelaars en raadsadviseurs. De NMa heeft gedurende het onderzoek een frontoffice ingesteld die als liaison fungeerde en de algehele coördinatie en informatievoorziening binnen de NMa verzorgde. Vastleggingen van de bevindingen zijn in twee fasen tijdens de uitvoering van het onderzoek besproken met het frontoffice.

Verder zijn gesprekken gevoerd met diverse externe deskundigen. Een toegespitste cursus economie van de mededinging en cursus mededingingsrecht is voor de teamleden georganiseerd. Er zijn bezoeken gebracht aan mededingingsautoriteiten in Washington en Brussel en er is informatie ingewonnen bij onze Britse collega's, de Nationaal Audit Office (NAO).

Ministerie van EZ

In het onderzoek bij het ministerie hebben we zowel externe stukken geraadpleegd (o.a. Staatscourant, kamerstukken) als interne stukken (o.a. beleidsnotities, jaarrapportages, evaluaties, notulen van overleggen). Daarnaast zijn gesprekken gevoerd met o.a. medewerkers van de directie Marktwerking en de directies/afdelingen WJZ, FEZ, AD en P&O van het ministerie.

Via een enquête uitgezet onder onze collega's (rekenkamers) is informatie verzameld over onder andere positie en taken van mededingingsautoriteiten in de EU-landen.

BIJLAGE 2

BEGRIPPENLIJST

Allocatie-effect	Het aantal consumenten dat minder heeft gekocht van een product door een prijsstijging ten gevolge van een overtreding van het kartelverbod of misbruik van een economische machtspositie.
Besmette omzet	De gedurende de periode van overtreding door betrokken bedrijven behaalde omzet.
Checks-and-balances	Het oorspronkelijke begrip verwijst naar het machtsevenwicht binnen het Amerikaanse staatsbestel, waarbij wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht gescheiden zijn. In dit onderzoek wordt het gebruikt ter aanduiding van interne en externe waarborgen voor rechtmatig, doeltreffend, doelmatig en integer mededingingstoezicht door de NMa, zoals toets door de rechter, functiescheiding tussen onderzoek en toezicht en verplichte verantwoording aan minister en Staten Generaal.
Chinese muur	Aanduiding voor de fysieke en organisatorische functiescheiding binnen de NMa tussen onderzoek en het opleggen van sancties.
Clementieregeling	Bedrijven die betrokken zijn geweest bij een kartel kunnen zich vrijwillig bij de NMa melden met informatie over een kartel en hun betrokkenheid daarbij om vrijstelling of verlaging van de boete («clementie») te krijgen. De boetevermindering hangt af van het aangedragen bewijsmateriaal, de hoeveelste karteldeelneemer het bedrijf is dat zich meldt en of de NMa al een onderzoek naar het bewuste kartel was gestart.
Complianceregeling	Regeling tot de naleving van regels binnen een organisatie, in dit geval regels met betrekking tot de mededinging binnen bedrijven.
Compliance officer	Persoon die binnen een bedrijf verantwoordelijk is voor de implementatie en review van de complianceregeling.
Concentratie	Samengaan van ondernemingen door bijvoorbeeld overname of fusie. Concentraties van ondernemingen kunnen resulteren in machtige ondernemingen die dominant genoeg zijn om op een bepaalde markt de concurrentie significant te beïnvloeden of uit te schakelen.
Concentratietoezicht	Het toezicht van de NMa gericht op het voorkómen van dominante machtsposities van bedrijven als gevolg van fusies of overnames.
Concurrentietoezicht	Het toezicht van de NMa op overtreding van het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtsposities.
Counterfactual analyses	Onderzoek naar wat gebeurd zou zijn als een bepaalde gebeurtenis niet of onder andere condities had plaatsgevonden.
Digitale recherche	Opsporingsmethode waarbij digitale informatiedragers (computers, telefoons, fotocamera's) onderzocht worden op bewijsmateriaal.
Doelmatigheid	De mate waarin gemaakte kosten zich verhouden tot het doel waarvoor zij gemaakt zijn.
Doeltreffendheid	Mate waarin een vastgesteld doel wordt behaald.
Economische machtspositie	Een onderneming heeft een economische machtspositie als deze over zo'n sterke positie beschikt dat het bedrijf zich onafhankelijk van zijn concurrenten en afnemers kan gedragen.
Effectiviteit	De mate waarin een activiteit bijdraagt aan het bereiken van de gestelde doelen. Ook wel outcome genoemd.
Forensische economie	Toepassing van geavanceerde economische technieken bij de handhaving van de Mw, bijvoorbeeld bij de opsporing van kartels en het verzamelen van bewijs.
Functiescheiding	Organisatorische scheiding binnen de NMa tussen onderzoek en het opleggen van sancties.
Handhaven	Het zorgdragen voor de naleving van rechtsregels voor zover die zorg bestaat uit het uitoefenen van toezicht, en/of het toepassen van een sanctie.

Informele zienswijze	Visie van de NMa op de toelaatbaarheid van overeenkomsten en besluiten van ondernemersverenigingen onder de Mw die zij op verzoek verstrekt, mits sprake is van een nieuwe rechtsvraag en een groot maatschappelijk of economisch belang.
Insiderregeling	Regels met betrekking tot privé-beleggingstransacties door werknemers met toegang tot koersgevoelige informatie (insiders).
Integrale handhaving	Combinatie van onderzoek en sanctionering in één handhavende organisatie.
Integriteit	De betrouwbaarheid en onkreukbaarheid van de publieke sector. Integriteit speelt op diverse niveaus: institutioneel (integriteit van de organisatie zelf); relationeel (integriteit van de relaties met publieke/private partners); individueel (integriteit van individuele ambtenaren en bestuurders). Zie ook: regulatory capture.
Kartelafsprak	Een afspraak tussen ondernemingen die de concurrentie verhindert, beperkt of vervalst. Dit is verboden.
Last onder dwangsom	Een last onder dwangsom betekent dat de overtreder onmiddellijk een bedrag moet betalen als hij dezelfde overtreding nogmaals begaat. De NMa kan bedrijven een last onder dwangsom opleggen om herhaling of voortzetting van geconstateerde overtredingen te voorkomen.
Marktfalen	Falen van de marktwerking, in de zin dat de markt geen optimale uitkomst tot stand brengt. Voor een perfecte marktwerking moet aan een complex van voorwaarden worden voldaan, waaronder volledige mededinging, volledige informatie voor iedereen, geen toe- en uittredingsbarrières, geen transactiekosten en homogene producten. Aan dit complex van voorwaarden wordt zeer zelden voldaan. Bovendien leiden zogenaamde externe effecten, die per definitie niet in de de prijsvorming worden meegenomen (bijvoorbeeld effecten voor het milieu), niet tot een optimale uitkomst van de markt.
Marktwerking	In de economie het (automatisch) tot stand komen van een geschikte prijs voor een goed of voor een dienst doordat er evenwicht ontstaat tussen vraag en aanbod.
Mededinging	Ook wel: concurrentie. In de economie de strijd tussen verschillende economische actoren om een aandeel in een beperkte markt.
Ministeriële verantwoordelijkheid	De verantwoordelijkheid van een minister voor de uitvoering van een wettelijke of publieke taak en de inning, het beheer en de besteding van de daarmee gemoeide publieke middelen. Daarover legt hij of zij verantwoording af aan de Staten-Generaal.
Misbruik	Het uitbuiten of uitsluiten van andere bedrijven door een bedrijf met een economische machtspositie. Het hebben van een economische machtspositie is op zichzelf niet verboden. Misbruik daarvan wel.
Ontheffing	Vrijstelling van het verbod op kartels of misbruik van economische machtspositie. De NMa kon besluiten bedrijven op hun verzoek ontheffing van dit verbod te geven. Deze mogelijkheid om ontheffing aan te vragen verviel met de modernisering van de Mw per 1 mei 2004.
Opsporingsbevoegdheden	Bevoegdheden van de NMa bij het opsporen van overtredingen, zoals het verhoren van personen of het bezoeken van bedrijven.
Outcome Publiek belang	Zie effectiviteit. Er is sprake van een publiek belang indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt.
Prenotificatiegesprek	Gesprek van een of meerdere ondernemingen met de NMa voorafgaand aan de formele melding van een concentratie om van gedachten te wisselen over de voorgenomen fusie of overname en mede op grond daarvan te beslissen of en zo ja, in welke vorm deze zal worden gemeld.

Prijseffect	Hoeveel consumenten te veel hebben betaald voor een product waarvan de prijs is gestegen ten gevolge van bijvoorbeeld een overtreding van het kartelverbod of door misbruik van een economische machtspositie.
Proportionaliteitstoets	Toets van de RvB van de NMa van de evenredigheid van het optreden of besluiten van de NMa, in het bijzonder: <ul style="list-style-type: none"> • toets in de onderzoeksfase of de in te zetten onderzoeksmethoden en -bevoegdheden in verhouding staan tot de ernst van de overtreding; • toets bij besluiten waarbij andere publieke belangen een rol spelen of het mededingingsbeperkende gedrag noodzakelijk en evenredig is om dit andere publieke belang te dienen.
(Publieke) verantwoording	Brede verantwoording over het functioneren aan minister en aan anderen door middel van jaarverslag en andere middelen.
Rechtmatigheid	De mate waarin de inning en besteding van publieke middelen in overeenstemming is met de daarvoor geldende wettelijke regelingen.
Regulatory capture	Het risico dat de toezichthouder zich te veel laat leiden door belangen van derden en daardoor niet onafhankelijk optreedt.
Remedie	Voorwaarden waaronder een vergunning voor een concentratie wordt verleend.
Richtsnoeren	Richtlijnen van de NMa die aangeven hoe zij de mededingingswet interpreteert.
Stakeholders	Alle partijen, individuen, groepen en organisaties waarvan rechten en belangen in het geding (at stake) zijn, zodanig dat deze partijen er in redelijkheid aanspraak op kunnen maken dat in de bestuurlijke besluitvormingsprocessen hun rechten en belangen niet buiten beeld blijven.
Systeemverantwoordelijkheid	Verantwoordelijkheid van de minister voor systemen en processen, waarbij de feitelijke inhoud, dus het product of het resultaat, niet het primaire object van controle is.
Toezicht	Het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.
Trustee	Onafhankelijke derde die toeziet op, en aan de NMa rapporteert over verloop en voortgang van een getroffen remedie in het kader van het concentratietoezicht.
Verkort besluit	Omwille van de doelmatigheid en vermindering van de toezichtslast bij het bedrijfsleven, geeft de NMa in sommige gevallen verkorte besluiten af. Een verkort besluit is passend als geen serieuze en voor de mededinging relevante bezwaren van derden zijn ontvangen, er geen discussie is over de aard en inhoud van de concentratie en het evident is dat de concentratie uit mededingingsoogpunt geen bezwaren oproept.
Visiedocument	Publicatie van de NMa over een markt of een bepaald thema die betrokken partijen een beeld geeft hoe de NMa hier tegenaan kijkt en hoe ze haar taak ten aanzien van die markt of het desbetreffende thema ziet.
Welvaartseffect	Het effect op de maatschappelijke welvaart, veelal uitgedrukt in een percentage van het nationaal inkomen.
Zelfstandig bestuursorgaan (zbo)	Een bestuursorgaan van de centrale overheid (dat bij of krachtens de wet met openbaar gezag is bekleed en) dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan de minister.

AD	audit dienst
AFM	Autoriteit Financiële Markten
BZK	(Ministerie van) Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CBb	College van beroep voor het bedrijfsleven
CoCo	Concentratiecontrole, directie van de Mma
CT	Concurrentietoezicht, directie van de NMa
CTG/ZA	College Toezicht Gezondheidszorg/Zorgautoriteit
DAEB	Dienst van algemeen economisch belang
DNB	De Nederlandsche Bank
DTe	Dienst toezicht energiesector, directie van de NMa
ECN	European Competition Network
EU	Europese Unie
EZ	(Ministerie van) Economische Zaken
FIOD-ECD	Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst – Economische Controledienst
ICN	International Competition Network
JD	Juridische dienst, directie van de NMa
MKB	Midden- en Kleinbedrijf
Mw	Mededingingswet
NAO	National Audit Office, de Britse rekenkamer
NIVRA	Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NOS	Nederlandse Omroep Stichting
NZa	Nederlandse zorgautoriteit
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFT	Office of Fair Trading, de Britse mededingingsautoriteit
OM	Openbaar Ministerie
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
RvB	Raad van bestuur
VIR	Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst
VROM	(Ministerie van) Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieu
VWS	(Ministerie van) Volksgezondheid, Welzijn en Sport
zbo	Zelfstandig bestuursorgaan

Literatuur

Auditdienst Ministerie van Economische Zaken (2005). *Van rapport naar besluit, een onderzoek naar de primaire besluitvormingsprocessen binnen de NMa*. Den Haag: Ministerie van Economische Zaken.

Algemene Rekenkamer (2004). *Zicht op de prestaties van de Autoriteit Financiële Markten bij het tegengaan van oneerlijke effectenhandel*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 635, nrs. 1–2. Den Haag: Sdu.

Algemene Rekenkamer (2005). *Toezicht op markten*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 960, nrs. 1–2. Den Haag: Sdu.

Asser Instituut (2005). *Actualiteiten in het Europese Mededingingsrecht, Deel I: Niet-economische belangen in het Europese Mededingingsrecht*. Den Haag: Asser Instituut.

Connor, John M. (2004). *Extraterritoriality of Sherman Act and deterrence of private international cartels*. Paper beschikbaar op <http://www.agecon.purdue.edu/staff/connors/papers>.

Eerste Kamer (2004). *Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan; Verslag schriftelijk overleg*. Eerste Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 27 639 B. Den Haag: Sdu.

EG-verdrag: Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen.

Elektriciteitswet 1998. Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit.

Europese Hof van Justitie (1996), arrest zaak C-67/96 Brentjes, 1996.

Europese Hof van Justitie (1997), arrest zaak 26/76 Metro I, 1997.

Europees Hof van Justitie (2002a), arrest zaak C-35/99, Arduino, 2002.

Europese Hof van Justitie (2002b), arrest zaak C-309/99 Wouters, 2002.

Europese Hof van Justitie (2003), arrest zaak C-198/01 Luciferhoutjes (CIF), 2003.

Gaswet. Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas.

Harrington, J. (2005). *Detecting Cartels*. Paper (Revised October 2005).

International Competition Review, 6 juli 2006.

Kloosterhuis, E.J. (2001). Mededinging en niet-economische belangen. *Markt en Mededinging*. Jaargang 4, nr. 4, juni 2001, Amsterdam: Elsevier.

Kluwer (2001). Mededinging en niet-economische belangen. *Mededingingsmonografiën 3*.

Kovacic , William E. (2005), Achieving better practices in the design of competition policy institutions, in: *On the Merits; Current Issues in Competition Law and Policy* 195, Paul Lugard, et. al. Red., Intersentia.

Kovacic , William E. (2006). Using Ex Post Evaluations to Improve the Performance of Competition Policy Authorities, *The Journal of Corporation Law*, volume 31, nummer 2. Iowa City: The University of Iowa College of Law.

Mededingingswet. Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging. Verschillende keren gewijzigd.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (2005). *Kaderstellende visie op toezicht*. Ministerie van Economische Zaken (2007), brief met bestuurlijke reactie op conceptrapport «Toezicht op de mededinging door de NMa», 23 april 2007, kenmerk EP/MW 7049752.

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (2006). *Zelfstandige bestuursorganen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 25 268, nr. 41. Den Haag: SDU.

NMa (2002). *Jaarverslag van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) 2001*. Den Haag: NMa.

NMa (2005). *Jaarverslag NMa en DTe 2004*. Den Haag: NMa.

NMa (2006). *Jaarverslag NMa 2005*. Den Haag: NMa.

NMa (2007a), Brief met bestuurlijke reactie op conceptrapport «Toezicht op de mededinging door de NMa», 25 april 2007, kenmerk 7042654.B032

NMa (2007b). *NMa-Agenda 2007*. Den Haag: NMa.

Office of Fair Trading (OFT) (2005). *Positive impact. An initial evaluation of the effect of the competition enforcement work conducted by the OFT*. London: OFT, www.oft.gov.uk.

OXERA (2004). *Costs and Benefits of Market Regulators*, deel 1 en 2, Oktober 2004, Oxford: Oxera.

SER (2003). *Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*. Den Haag: SER.

Slot, P.J. et al (2002). *Eindrapport evaluatie mededingingswet (juridisch deel)*. Universiteit Leiden 2002, beschikbaar op www.nmanet.nl.

Staatsblad (2005). *Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan*. Den Haag: Staatsblad 172.

Staatscourant (2005a). *Besluit mandaat, volmacht en machtiging Raad van Bestuur NMa*. Staatscourant 4 juli 2005, nr. 126, p. 13.

Staatscourant (2005b). *Regeling gegevensuitwisseling EZ-NMa; Relatiestatuuw EZ-NMa*. Staatscourant 20 december 2005, nr. 247, pag. 13–14.

Theeuwes, Prof.dr. J. J. M (2004). Een kritische beschouwing van de Calculus van het publieke belang. *Essays over de Calculus van het publieke belang*. Beschikbaar op www.minez.nl.

Tweede Kamer (1996). *Nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet); Memorie van toelichting*. Tweede Kamer, vergaderjaar 1995–1996, 24 707, nr. 3. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2001). *Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan; Memorie van toelichting*, vergaderjaar 2000–2001, 27 639, nr. 3. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2002). *Vragen van het lid Vendrik (GroenLinks) aan de minister van Economische Zaken over het vervallen van artikel 16 van de Mededingingswet. (Ingezonden 25 oktober 2002); Antwoord*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2002–2003, nr. 375. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2004). *Evaluatie Mededingingswet; Kabinetsstandpunt*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 272, nr. 1. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2005a). *Begroting 2006 Ministerie van Economische Zaken*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 800 XIII, nr. 2. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2005b). *Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet; Nota n.a.v. het verslag*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 071, nr. 6. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2006a). *Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet; Nota naar aanleiding van het nader verslag*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 071, nr. 10. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2006b). *Vragen gesteld door de leden van de Tweede Kamer met de daarop door de Regering gegeven antwoorden, Aanhangsel van de Handelingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, nr. 1123. Den Haag: Sdu.

Tweede Kamer (2006c). *Voortzetting behandeling wetsvoorstel Wijziging Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (30 071)*, Handelingen 2005–2006. Tweede Kamer, nr. 99, pag. 6119–6132. Den Haag: Sdu.

Van Bergeijk, P., P. Meulmeester, en R. v.d. Laan (2006). *On the alleged invisibility of the Dutch Construction cartels*. Paper beschikbaar op <http://www.kernbureau.uva.nl/acle>.

Van Cayseele, P. (2003). *Een kritische terugblik op 10 jaar toepassing van de WEM vanuit het standpunt van de econoom*, in J. Struyck en P. Wytinck, *De Belgische Mededingingswet anno 2003*. Deventer, Kluwer.

Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Europees Verdrag.

WRR (2000). *Het borgen van publiek belang*. Den Haag, Sdu.