

LangmanEconomen

Maatschappelijke last van toezicht

Opgesteld in opdracht van: MKB Nederland

LangmanEconomen

Amsterdam, april 2009

LangmanEconomen

Inhoud

1. Inleiding.....	1
2. Toezichtbeleid in Nederland.....	2
2.1. Het doel van toezicht.....	2
2.2. Overheidsvisie op toezicht in het algemeen.....	3
2.3. Overheidsvisie op markttoezicht.....	4
2.3. Toezichthouders.....	5
3. Additionele eisen aan toezicht.....	7
3.1. Subsidiariteit.....	7
3.2. Proportionaliteit.....	8
3.3. Rechtszekerheid.....	9
4. Proportionaliteit in de praktijk.....	10
Case 1: Asymmetrie in het Mededingingsrecht.....	10
Case 2. Kosten en baten van het toezicht van de AFM.....	12
Case 3: De invloed van het financiële toezicht op de marktstructuur.....	14
5. Subsidiariteit in de praktijk.....	16
Case 4: Kartelverbod hindert zelfregulering.....	16
6. Rechtszekerheid in de praktijk.....	18
Case 6: Recht halen vergt een lange adem.....	18
7. Conclusies.....	20

LangmanEconomen

1. Inleiding

Een gestaag groeiende groep “autoriteiten” houdt toezicht op economische activiteiten in Nederland. Dat toezicht brengt kosten met zich mee, zowel voor de overheid als voor het bedrijfsleven.

Veel van de toezichthouders zijn door de overheid op afstand geplaatst. Achtergrond hiervan is de opvatting dat onafhankelijkheid van de toezichthouder de kwaliteit van het toezicht ten goede zou komen.

Voor die onafhankelijkheid wordt een prijs betaald. Onafhankelijk toezicht onttrekt zich immers aan democratische controle. Dat brengt risico's met zich mee. Een toegewijde toezichthouder zal kosten noch moeite sparen om het toezicht te perfectioneren. Veel van die kosten en moeite komen echter niet voor rekening van de toezichthouder zelf, maar voor rekening van de onder toezicht gestelden. De toezichthouder kan dus gemakkelijk de verhouding tussen kosten en baten van het toezicht uit het oog verliezen.

MKB Nederland maakt zich zorgen over de schijnbaar onstuitbare opmars van het economische toezicht in Nederland. Om die reden heeft zij opdracht gegeven aan LangmanEconomen om een inventariserend onderzoek te doen naar dit toezicht.

Het onderzoek heeft het karakter van een quick scan. Het onderzoek heeft bestaan uit een literatuuronderzoek en gesprekken met vertegenwoordigers van bij MKB Nederland aangesloten brancheorganisaties uit de zakelijke dienstverlening.

In deze rapportage doen we verslag van het onderzoek.

In hoofdstuk 2 gaan we in op het toezichtbeleid in Nederland en in het bijzonder op de criteria die de overheid aan toezicht stelt.

In hoofdstuk 3 bespreken we drie additionele criteria die in het belang van het midden- en kleinbedrijf aan het toezicht zouden moeten worden gesteld.

In de hoofdstukken 4, 5 en 6 behandelen we een aantal cases. Doel van die cases is niet een representatief beeld te schetsen van de effecten van regelgeving en toezicht. De cases zijn bij elkaar gebracht omdat ze illustreren dat de regelgeving en het toezicht lang niet in alle opzichten voldoen aan de criteria die we in hoofdstuk 3 hebben geformuleerd.

Hoofdstuk 7 bevat de conclusies.

LangmanEconomen

2. Toezichtbeleid in Nederland

2.1. Het doel van toezicht

Marktwerking heeft de afgelopen decennia gemengde gevoelens opgeroepen. Enerzijds is er een groot vertrouwen dat het marktmechanisme, beter dan overheidsdirigisme, kan zorgen voor een effectieve en efficiënte aansturing van de maatschappelijke productie. Anderzijds is er een toenemende vrees dat bij een vrije marktwerking publieke belangen in het gedrang komen.

De overheid kan publieke belangen op verschillende manieren bevorderen of borgen:

- ze kan de productie van collectieve goederen niet aan de markt overlaten, maar zelf ter hand nemen of uitbesteden;
- ze kan werken met “economische prikkels”, zoals heffingen en subsidies om marktpartijen te stimuleren de publieke belangen in hun marktgedrag te verdisconteren;
- en ze kan werken met regulering: verboden, geboden en het stellen van voorwaarden waaronder bepaalde gedragingen zijn toegestaan. Regulering bevat twee componenten, te weten het stellen van de regels en het toezicht op de naleving daarvan.

Belangrijke trends van de laatste decennia zijn liberalisering en privatisering. De overheid laat de verantwoordelijkheid voor de productie van (voorheen) collectieve voorzieningen los. Ondernemingen die deze verantwoordelijkheden overnemen worden wel gereguleerd om de publieke belangen te waarborgen. De handhaving van de regels wordt vaak uitbesteed aan gespecialiseerde toezichthouders, zoals de Opta voor de telecommunicatiesector, de Energiekamer (vroeger DTe) voor de energiesector, de Transportkamer voor de transportsector en de NZa voor de zorgsector.

In de particuliere sector zijn daarentegen veel regels afgeschaft om de markt de vrije hand te geven. Een voorbeeld daarvan is het schrappen van de vestigingswetgeving, die een toetredingsdrempel opwierp voor beginnende ondernemers en die om die reden de concurrentie zou belemmeren.

Het vertrouwen in het marktmechanisme is echter niet absoluut. In tegendeel. Steeds vaker ontdekt de overheid vormen van marktfalen, dat wil zeggen resultaten van het economische proces die niet overeenstemmen met wat de overheid als optimaal beschouwt. Deze tegenvallende resultaten vormen de aanleiding voor het stellen van regels en het houden van toezicht in sectoren die niet recent zijn geprivatiseerd, maar die altijd al privaat waren. Dit economisch toezicht wordt uitgeoefend door bijvoorbeeld de NMa, het Bureau Financieel Toezicht¹, de Consumentenautoriteit en de Autoriteit Financiële Markten.

¹ Het Bureau Financieel Toezicht houdt preventief toezicht op het financieel toezicht op notarissen en gerechtsdeurwaarders en ziet toe op de naleving van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT), waarin de Wet identificatie bij dienstverlening (Wid) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT) zijn opgegaan.

LangmanEconomen

2.2. Overheidsvisie op toezicht in het algemeen

Op 20 juni 2001 heeft het tweede kabinet-Kok een kaderstellende visie op toezicht aangeboden aan de Tweede Kamer.² Deze kaderstellende visie was aangekondigd in het regeerakkoord van dit kabinet uit augustus 1998. Het thema had aan actualiteit gewonnen door de vuurwerkramp te Enschede van 13 mei 2000 en de Nieuwjaarsbrand in Volendam op 1 januari 2001.

De kabinetvisie is voorbereid door een ambtelijke werkgroep, de Ambtelijke Commissie Toezicht. Deze heeft eind 2000 een advies uitgebracht onder de titel “Vertrouwen in onafhankelijkheid”.

Het kabinet hanteert als definitie: “Toezicht is het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.”

Goed toezicht moet volgens het kabinet-Kok II voldoen aan drie principes:

- onafhankelijkheid;
- transparantie;
- professionaliteit.

Onafhankelijkheid betekent dat de toezichthouder zonder beïnvloeding van de onder toezicht staande partij, de verantwoordelijke bestuurder of anderen objectief feitenonderzoek moet kunnen uitvoeren en op basis daarvan tot een oordeel moet kunnen komen. Transparantie betekent dat het objectieve oordeel van de toezichthouder zoveel mogelijk openbaar gemaakt dient te worden, zodat parlement en samenleving kennis kunnen nemen van dat oordeel. Professionaliteit is een politiek niet-gevoelig begrip. Niemand zal pleiten voor een onprofessioneel of amateuristisch toezicht.

Ten aanzien van de wenselijkheid van externe verzelfstandiging van toezichthouders merkt het kabinet op dat per geval moet worden aangetoond dat de voordelen van een extern gepositioneerde toezichthouder opwegen tegen de nadelen van een beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee van verminderde mogelijkheden tot controle door de Staten-Generaal.

Wanneer directe politieke bemoeienis in concrete gevallen onwenselijk is, is volgens het kabinet externe verzelfstandiging aangewezen. “Binnen marktverhoudingen kan enige afstand tussen de minister en de toezichthouder noodzakelijk zijn wanneer de rol van de overheid op de markt niet die van spelbepaler, maar die van medespeler is.” Als voorbeelden van toezicht dat om die reden onafhankelijk dient te zijn, noemt het kabinet het toezicht door DNB, STE (nu AFM), NMa en Opta.

Een criterium dat medebepalend is bij de keuze voor de positionering is de mate waarin de beleidskaders en wettelijke normen op basis waarvan toezicht wordt gehouden in voldoende mate uitgekristalliseerd en geëxpliciteerd zijn. Het vaststellen van het

² Kaderstellende visie op toezicht (tevens kabinetsstandpunt op het rapport van de ambtelijke commissie Toezicht), Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27.831 nr 1.

LangmanEconomen

beleidskader is volgens het kabinet geen taak van de toezichthouder zelf. Dit laat volgens het kabinet overigens de eventuele aanwezigheid van een beoordelingsruimte voor de toezichthouder onverlet.

In 2005 heeft het tweede kabinet-Balkenende een actualisatie van de toezichtvisie opgesteld.³ In deze visie hanteert het kabinet zes principes van goed toezicht, te weten:

- selectief toezicht;
- slagvaardig toezicht;
- samenwerkend toezicht;
- onafhankelijk toezicht;
- transparant toezicht;
- professioneel toezicht.

Ten opzichte van de eerste visie zijn er dus drie criteria bijgekomen: selectief, slagvaardig en samenwerkend. Slagvaardigheid en samenwerking zijn politiek niet-gevoelige begrippen. Niemand zal pleiten voor een gebrek aan slagvaardigheid en een gebrek aan samenwerking. Selectiviteit van het toezicht is daarentegen niet vanzelfsprekend.

Selectief toezicht houdt in dat de overheid alleen regels stelt en toezicht houdt waar dat noodzakelijk is. Het kabinet schrijft: “Het is een taak van de overheid om na te gaan in hoeverre het mogelijk is om burgers, bedrijven en instellingen zelf verantwoordelijkheid te laten in het handhaven van bepaalde regels.”

2.3. Overheidsvisie op markttoezicht

Op 18 juni 2004 heeft toenmalig minister Brinkhorst van Economische Zaken een visie op markttoezicht aan de Tweede Kamer gezonden.⁴ Hij neemt in die visie de volgende toezichthouders mee:

- de NMa, inclusief DTe (Energiekamer) en VK (Vervoerskamer);
- de ZAio (tegenwoordig NZa);
- de Opta;
- de AFM.

Toezichthouders die uitsluitend toezicht houden op de kwaliteit van de aangeboden producten en diensten, zoals de Voedsel- en Warenautoriteit, de Inspectie voor de Gezondheidszorg en dergelijke worden niet tot de markttoezichthouders gerekend. De Consumentenautoriteit, die in 2004 nog niet bestond, zou waarschijnlijk wel in het rijtje zijn meegenomen.

De kabinetsvisie op markttoezicht duidelijk in haar streven naar onafhankelijkheid van het toezicht. Directe politieke betrokkenheid bij de behandeling van individuele zaken in het markttoezicht is volgens het kabinet onwenselijk. “Beslissingen van een

³ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Minder last, meer effect; zes principes van goed toezicht, bijlage bij Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 27.831 nr. 15.

⁴ Ministerie van Economische Zaken, Visie op markttoezicht, bijlage bij Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29.200 XIII, nr. 50.

LangmanEconomen

markttoezichthouder in individuele zaken worden niet door de politiek, maar door de rechter getoetst.”

Behalve het argument van onafhankelijke oordeelsvorming is er nog een ander argument dat pleit voor onafhankelijkheid van de toezichthouder, namelijk dat op verschillende markten de overheid zelf (als aandeelhouder) actief is, zoals de markten voor post, telecommunicatie, luchtvaart, zeevaart, gas en elektriciteit. Tegenwoordig geldt dat argument ook op de financiële markten, waar het rijk niet meer alleen met haar controlerend belang in de Bank Nederlandse Gemeenten actief is, maar ook als eigenaar van de recent genationaliseerde banken en verzekeraars.⁵

De zelfstandigheid van toezichthouders moet zoveel mogelijk beperkt blijven tot de oordeelsvorming in individuele zaken. De minister moet de normen stellen, zeker in de gevallen waarin een onbelemmerde mededinging moet worden afgewogen tegen andere publieke belangen.

Deze visie op markttoezicht heeft een nadere invulling gekregen in het Relatiestatuum dat minister Van der Hoeven van Economische Zaken in 2008 heeft opgelegd aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit.⁶

Met dit relatiestatuum maakt de minister een einde aan het zelfstandig opstellen van beleidsregels door de NMa. De NMa wordt verplicht om zogeheten richtsnoeren vóór publicatie ter goedkeuring voor te leggen aan de minister. Aangezien de minister, anders dan de NMa, verantwoording is verschuldigd aan het parlement, is daarmee het uitvoeringsbeleid van de NMa weer onder democratische controle gebracht.

2.3. Toezichthouders

Overheidstoezicht is er in soorten en maten.⁷ Lagere overheden hebben verschillende toezichtstaken. Die laten we hier buiten beschouwing. Veel ministeries hebben toezichtdirecties in huis:

- de Inspectie Werk en Inkomen (IWI);
- de Arbeidsinspectie;
- de VROM-inspectie;
- de Inspectie Verkeer & Waterstaat;
- de Onderwijsinspectie;
- de Erfgoedinspectie;
- de Inspectie Gezondheidszorg;
- de Algemene Inspectiedienst AID;
- de Plantenziektkundige Dienst PD;
- de Inspectie Openbare Orde en Veiligheid;
- het Agentschap Telecom;
- het Staatstoezicht op de Mijnen;

⁵ De NMa laat de overheid wel meer ruimte dan het bedrijfsleven. Zo heeft het in één hand brengen van Fortis/ABN Amro met de BNG zich mogen onttrekken aan het concentratietoezicht.

⁶ Bijlage bij Tweede Kamer, 2008-2009, 24036, nr. 360.

⁷ De opsomming is zo volledig mogelijk, maar ongetwijfeld niet uitputtend.

LangmanEconomen

- de Inspectie Beveiliging Burgerluchtvaart;
- de Inspectie voor de Sanctietoepassing;
- de Inspectie Jeugdzorg.

Daarnaast zijn er toezichthouders die door de overheid op afstand zijn geplaatst:

- het College Bescherming Persoonsgegevens;
- het Commissariaat voor de Media;
- het College van Toezicht op de Kansspelen;
- de Nederlandsche Bank (DNB, voor het prudentieel toezicht op de financiële sector);
- het Bureau Financieel Toezicht (voor financieel toezicht op notarissen en gerechtsdeurwaarders en handhaving WWFT);
- de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa);
- de Autoriteit Financiële Markten (AFM, voor het gedragstoezicht op de financiële sector);
- de Onafhankelijke Post en Telecom Autoriteit (Opta);
- de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa).

Minder onafhankelijke “autoriteiten” zijn:

- de Consumentenautoriteit (Ca), een dienst van het Ministerie van Economische Zaken;
- de Voedsel- en Warenautoriteit (VWA), een dienst van het Ministerie van LNV;⁸
- de Nederlandse Emissieautoriteit (NEa, toezichthouder op de emissiehandel, een agentschap van VROM).

Tussen de op afstand geplaatste autoriteiten bestaan overigens ook weer verschillen. Zo zijn de NMa en de Opta publiekrechtelijke ZBO's, terwijl de AFM een privaatrechtelijk ZBO is.

Een duidelijke “grand design” ligt aan deze inrichting van het toezichtlandschap niet ten grondslag. De inrichting is veeleer historisch gegroeid.

⁸ De VWA is een dienst van het Ministerie Van LNV. Het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport is medeopdrachtgever.

LangmanEconomen

3. Additionele eisen aan toezicht

In hoofdstuk 2 van deze rapportage hebben we zes criteria besproken die de overheid stelt aan overheidstoezicht in het algemeen en markttoezicht in het bijzonder. Drie criteria springen eruit:

- onafhankelijkheid;
- transparantie;
- selectiviteit.

We hebben gezien dat de overheid op het terrein van de onafhankelijkheid een geleidelijk terugtrekkende beweging maakt. De ruimte voor toezichthouders om eigen beleidsregels op te stellen wordt beperkt. Wel blijven de verzelfstandigde toezichthouders onafhankelijk in hun oordeel in individuele gevallen.

Vanuit het perspectief van het midden- en kleinbedrijf is een verdere uitwerking van de criteria nodig om goed toezicht te waarborgen. Ervaringen van ondernemingen uit verschillende branches in de zakelijke dienstverlening geven aanleiding tot een nadere uitwerking van het begrip selectiviteit.

Selectiviteit moet zorg dragen voor effectiviteit en efficiëntie van het toezicht. De doelstellingen die de overheid met regulering en toezicht nastreeft, moeten worden bereikt, en dat moet gebeuren tegen zo laag mogelijke kosten.

Selectiviteit kan op twee manieren bijdragen aan de effectiviteit en de efficiëntie van het toezicht:

1. door regelgeving en toezicht te laten plaatsvinden bij het niveau waarop die regels en dat toezicht gewenst zijn. Dit is het zogeheten *subsidiariteitsbeginsel*;
2. door de omvang van het toezicht (in termen van de kosten die het toezicht voor de onder toezicht gestelden met zich meebrengt) af te stemmen op de omvang van het met dat toezicht op te lossen maatschappelijk probleem. Dit is het zogeheten *proportionaliteitsbeginsel*.

Ervaringen van ondernemingen geven daarnaast aanleiding tot de toevoeging van een extra criterium, namelijk het criterium dat de *rechtszekerheid* voor onder toezicht gestelden moet worden gewaarborgd.

We werken de drie criteria, subsidiariteit, proportionaliteit en rechtszekerheid hieronder uit.

3.1. Subsidiariteit

Het criterium subsidiariteit houdt in dat regulering en toezicht op een zo laag mogelijk niveau moeten worden vormgegeven. Zelfregulering waar zelfregulering mogelijk is. Overheidstoezicht waar zelfregulering geen perspectief biedt (bijvoorbeeld het mededingingstoezicht).

Het criterium subsidiariteit sluit aan bij het begrip “selectief toezicht” uit de herziene toezichtvisie uit 2005. Introductie van een dergelijk selectief toezicht vergt niet alleen

LangmanEconomen

actie van branches die tot zelfregulering willen komen, het vergt ook actie van de overheid en haar toezichthouder om deze branches de ruimte te bieden.

Een voorbeeld van de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel is het afschaffen van de Vestigingswet. Branches zijn immers heel goed in staat om keurmerken, garantieregelingen of certificeringssystemen te ontwikkelen die de consument bepaalde kwaliteitsgaranties bieden.

Noodzakelijke voorwaarde voor een zinvolle toepassing van het subsidiariteitsbeginsel is dat branches de ruimte krijgen om een adequaat systeem van zelfregulering in het leven te roepen en te onderhouden. Aan die voorwaarde is niet voldaan nu de NMa zelfregulering bemoeilijkt of zelfs verhindert. We komen daar in het volgende hoofdstuk op terug.

3.2. Proportionaliteit

Proportionaliteit houdt in dat de voordelen van het toezicht moeten opwegen tegen de nadelen ervan.

De voordelen van toezicht worden door economen gemeten in termen van welvaartswinst. Dan gaat het bijvoorbeeld om lagere consumentenprijzen door scherpere concurrentie als gevolg van het mededingingstoezicht. Of het gaat om de vermeden kosten voor de consument door het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken. Of het gaat om de vermeden verliezen op beleggingen door toezicht op de financiële sector.

Tot de voordelen moet niet alleen de welvaartswinst worden gerekend die het gevolg is van concreet ingrijpen van de toezichthouder, maar ook de welvaartswinst die het gevolg is van gedragsveranderingen uit vrees voor ingrijpen.

Als nadeel van het toezicht gelden de kosten ervan. Deze kosten vallen uiteen in directe kosten en indirecte kosten. Directe kosten zijn apparaatskosten van de toezichthouder. Indirecte kosten vallen uiteen in:⁹

- kosten van naleving voor de onder toezicht gestelden, zoals organisatorische en opleidingskosten en de kosten van advocaten, adviseurs en dergelijke;
- kosten van reguleringsfalen, dat wil zeggen dat de toezichthouder ondernemingsactiviteiten en marktgedrag verbiedt die zouden hebben bijgedragen aan de welvaart;
- kosten van reguleringsrisico, dat wil zeggen dat ondernemingen in anticipatie op mogelijk optreden van een toezichthouder afzien van activiteiten die hadden kunnen bijdragen aan de maatschappelijke welvaart.

De directe kosten van de toezichthouder moeten worden betaald. Markttoezichthouders worden ten dele gefinancierd uit de algemene middelen (met name waar het gaat om opsporing en vervolging) en ten dele uit heffingen bij de onder toezicht gestelden

⁹ SEOR Ecri, Literatuurstudie naar de kosten en baten van markttoezichthouders, hoofdrapport, in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, 4 mei 2004.

LangmanEconomen

(bijvoorbeeld in de vorm van leges voor vergunningen en in de vorm van ‘abonnementsgeld’ voor het doorlopend toezicht).

Behalve de directe en indirecte kosten voor rekening van onder toezicht gestelden brengt het toezicht ook maatschappelijke kosten met zich mee. Wanneer het toezicht kleine ondernemingen onevenredig zwaar belast, leidt dat toezicht tot een uittocht van kleine ondernemingen uit de markt en tot concentratie en schaalvergroting. Dat gaat ten koste van de concurrentie en dus op termijn tot een aantasting van de kwaliteit van de dienstverlening aan de klant¹⁰. Ook dat welvaartsverlies moet bij het bepalen van de kosten worden meegerekend.

Bij het streven naar proportionaliteit gaat het erom dat de kosten en de baten van het toezicht in goede verhouding staan. Daarbij moet een afweging worden gemaakt tussen de maatschappelijke baten van het toezicht enerzijds en de totale kosten van het toezicht anderzijds.

3.3. Rechtszekerheid

Onafhankelijk toezicht kan op gespannen voet staan met rechtszekerheid. Onafhankelijke toezichthouders zijn immers aan niemand verantwoording verschuldigd. Dit klemt te meer wanneer het gaat om wetgeving die aan de toezichthouder grote vrijheid van interpretatie laat.

Formeel gaat de onafhankelijkheid van Nederlandse toezichthouders niet zo ver. Tegen besluiten van een toezichthouder staat bezwaar en beroep open. Het criterium van rechtszekerheid vereist dat onder toezicht gestelden op redelijke termijn duidelijkheid kunnen krijgen over de toelaatbaarheid van hun (voorgenomen) handelingen.

¹⁰ Dat toezicht ingrijpende gevolgen kan hebben voor de marktstructuur blijkt uit de ontwikkelingen in de financiële dienstverlening sinds de introductie van de Wet financieel toezicht. Uit onderzoek van brancheorganisatie NVA blijkt dat de belasting van het toezicht vooral zwaar drukt op het kleinste kantoorstype. Grote kantoren hebben relatief minder last van de intensivering van het toezicht. Het toezicht heeft hierdoor concentratie en schaalvergroting in de hand gewerkt.

LangmanEconomen

4. Proportionaliteit in de praktijk

Het criterium proportionaliteit vereist in de eerste plaats dat de regels en het toezicht symmetrisch zijn. Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld. Proportionaliteit vereist in de tweede plaats dat de kosten van het toezicht in redelijke verhouding staan tot de baten ervan. Bij een analyse van de kosten van het toezicht moet ook het effect worden meegenomen dat dit toezicht heeft op de marktstructuur en daarmee op de mededinging en het marktresultaat voor de consument. Deze elementen zijn aan de orde in drie cases die we in dit hoofdstuk hebben uitgewerkt.

Case 1: Asymmetrie in het Mededingingsrecht¹¹

De Mededingingswet die in 1998 in werking is getreden, is gericht op het voorkomen van het ontstaan van economische machtsposities en het verbieden van misbruik van bestaande machtsposities.

In de formulering van de Mededingingswet en in de uitvoering is sprake van een dubbele asymmetrie:

- afspraken tussen ondernemingen worden anders beoordeeld dan fusies tussen ondernemingen;
- aanbodmacht wordt als een grotere bedreiging gezien dan vraagmacht.

In het Nederlandse mededingingsbeleid zijn fusies en overnames toegestaan zolang de NMa geen aanleiding heeft om te veronderstellen dat als gevolg van de concentratie een economische machtspositie zal ontstaan. Er zijn geen absolute criteria om te bepalen of als gevolg van een concentratie een machtspositie ontstaat, maar als vuistregel kan worden gesteld dat een marktaandeel van meer dan 50% voor de NMa aanleiding zal zijn om een fusie te verbieden.

Mededingingsafspraken zijn in het Nederlandse mededingingsbeleid verboden, ongeacht het gezamenlijke marktaandeel van de deelnemers. Er is alleen een bagatelbepaling, waardoor kleine samenwerkingsverbanden zijn vrijgesteld. In de oorspronkelijke wet was een omzetgrens opgenomen. De Tweede Kamer heeft in maart 2009 ingestemd met een initiatief-voorstel voor wijziging van de Mededingingswet waarin een marktaandeelgrens van 10% wordt voorgesteld. De asymmetrie tussen fusies en afspraken wordt daarmee kleiner, maar verdwijnt niet volledig.

De NMa heeft beleidsregels geformuleerd over de beoordeling van samenwerkingsverbanden tussen bedrijven in de Richtsnoeren samenwerking ondernemingen.¹² Volgens deze richtsnoeren zijn prijsafspraken, marktverdelingsafspraken en boycots altijd verboden. Andere vormen van samenwerking worden beoordeeld op hun economische merites. In de richtsnoeren worden verschillende vormen van samenwerking behandeld:

¹¹ Deze kwestie is eerder aan de orde gesteld in Langman Economen, De laagste prijs. Tegen welke prijs?, opgesteld in opdracht van MKB Nederland, juni 2003

¹² NMa, Richtsnoeren samenwerking ondernemingen, gewijzigd bij publicatie in de Staatscourant van 21 april 2008.

LangmanEconomen

- erkenningsregelingen;
- lidmaatschapscriteria van brancheorganisaties;
- algemene voorwaarden;
- informatie-uitwisseling;
- opstellen van vergelijkingsmodellen en calculatieschema's;
- samenwerking op administratief gebied;
- gemeenschappelijke inkoop via brancheorganisaties;
- gemeenschappelijke reclame.

De NMa beoordeelt deze samenwerkingsvormen op de mate waarin ze de onderlinge concurrentie tussen ondernemingen verminderen, ongeacht de concurrentieverhoudingen in de rest van de keten. Regels zijn regels, ongeacht de economische consequenties. Nederland lijkt in de mededingingswetgeving en de uitvoering ervan veel rigider dan andere Europese landen.¹³

In artikel 1 van de Mededingingswet wordt nog geen onderscheid gemaakt tussen verkoopmacht en inkoopmacht. Bij de omschrijving van het begrip economische machtspositie wordt geen onderscheid gemaakt tussen macht ten opzichte van afnemers en macht ten opzichte van leveranciers.

In de meer dan 100 artikelen die daarop volgen is echter sprake van een asymmetrische behandeling van verkoopmacht en inkoopmacht. Dit komt vooral tot uitdrukking in de vrijstellingsbepalingen, waarin als één van de voorwaarden voor goedkeuring van samenwerkingsovereenkomsten wordt gesteld dat een billijk aandeel van de voordelen de gebruikers ten goede moet komen. Hier wordt dus voorbijgegaan aan situaties van inkoopmacht, waar juist als voorwaarde gesteld zou moeten worden dat een billijk aandeel van de voordelen aan de leveranciers ten goede zou moeten komen.

De Mededingingswet is dus in twee opzichten asymmetrisch:

- kleine bedrijven worden achtergesteld bij grote. Kleine ondernemingen die de krachten willen bundelen, mogen niet de afspraken maken die binnen grote ondernemingen aan de orde van de dag zijn. De Mededingingswet en het toezicht daarop geven daardoor ongewild een stimulans tot schaalvergroting en concentratie.
- verkopers worden achtergesteld bij inkopers. Verkopers op de markt mogen niet de krachten bundelen op een manier waarop inkopers op de markt dat wel kunnen doen. Zelfs niet bij wijze van antwoord op gebundelde inkoopmacht. Bij de beoordeling van vermeende mededingingsafspraken houdt de NMa onvoldoende rekening met de economische context, en met name met de machtsverhoudingen in de rest van de bedrijfskolom.

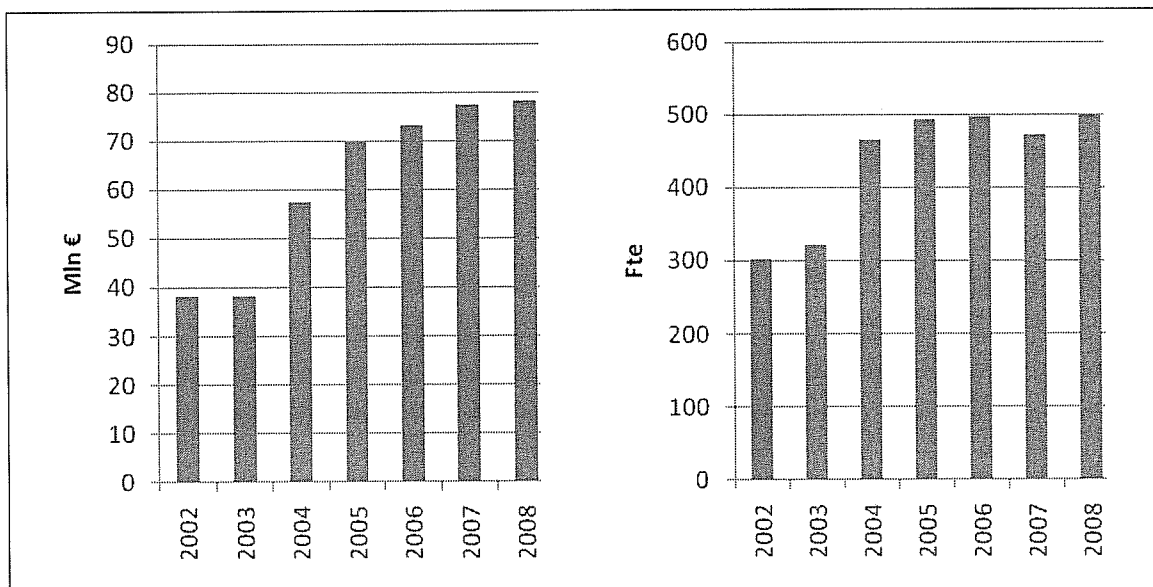
¹³ Een voorbeeld daarvan is zaak 2374, Nederlandse Textiel Conventie, waar onderlinge afspraken tussen Nederlandse textielbedrijven zijn verboden, zonder rekening te houden met de marktstructuur aan de vraagkant van de markt en zonder ermee rekening te houden dat concurrenten in Duitsland vergelijkbare afspraken wel konden maken. Door het College van Beroep voor het bedrijfsleven is dit besluit overigens vernietigd omdat de gewraakte afspraken volgens het CBb geen betrekking hadden op prijzen.

LangmanEconomen

Case 2. Kosten en baten van het toezicht van de AFM

De AFM, opgericht in 2002, is de rechtsopvolger van de Stichting Toezicht Effectenverkeer STE. Op haar website noemt AFM als haar missie het bevorderen van eerlijke en transparante financiële markten. “De AFM bevordert zorgvuldige financiële dienstverlening aan consumenten en ziet toe op een eerlijke en efficiënte werking van kapitaalmarkten. Ons streven is het vertrouwen van consumenten en bedrijven in de financiële markten te versterken, ook internationaal. Op deze manier draagt de AFM bij aan de welvaart en de economische reputatie van Nederland.”

Budget en formatie van de AFM

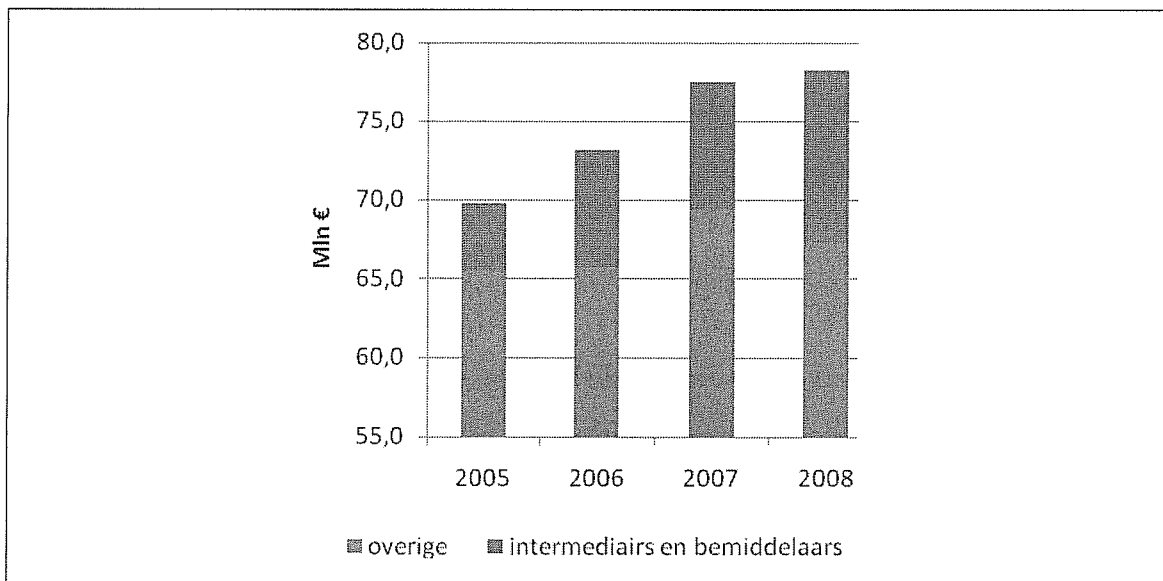


De groei van budget en formatie van 2003 tot 2005 hangt samen met ontwikkelingen in de wetgeving waardoor de taken van de AFM zijn uitgebreid. Sinds 2005 is nog sprake van een zeer lichte groei, vanaf 2009 wordt stabilisatie of zelfs een lichte daling van het budget voorzien.

De AFM ontvangt een beperkte overheidsbijdrage. Voor het overige moet zij de kosten dekken uit heffingen die worden opgelegd aan de onder toezicht gestelden. Deze lasten zijn echter niet evenredig over de verschillende doelgroepen van de AFM verdeeld. Van 2005 tot en met 2008 zijn de toezichtkosten van de AFM met 25% gestegen. Die stijging komt in belangrijke mate voor rekening van intermediairs en bemiddelaars. De kosten van het toezicht op deze groep zijn 157% gestegen. De kosten van het toezicht op de overige beroepsgroepen (banken, verzekeraars, beursgenoteerde ondernemingen, beleggingsfondsen, accountants en dergelijke) zijn in dezelfde periode met slechts 12% gestegen. Door deze ontwikkelingen is het aandeel van intermediairs en adviseurs in de totale kosten van toezicht door de AFM is opgelopen van 9% in 2005 tot 23% in 2008.

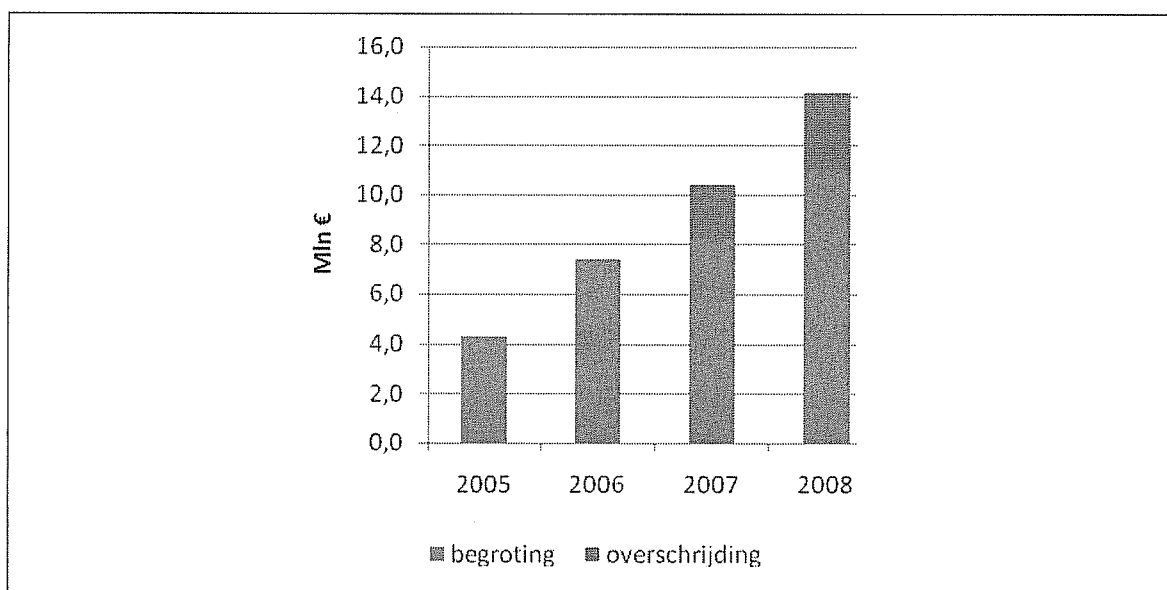
LangmanEconomen

Kosten van toezicht door AFM doorberekend aan intermediairs/adviseurs en overige



De kostenstijgingen van het toezicht op intermediairs en bemiddelaars klemt te meer vanwege het gemak waarmee de AFM de kosten kan doorberekenen. De begrote kosten worden volledig doorberekend aan de onder toezicht gestelden. En als de begroting wordt overschreden, dan worden die overschrijdingen in het tarief voor het volgende jaar doorberekend.

Kosten van toezicht door AFM doorberekend aan intermediairs en adviseurs



Het gemak waarmee de AFM kosten maakt en kosten doorberekent is typerend voor organisaties met een economische machtspositie. Intermediairs en adviseurs zijn verplicht de toezichtdiensten van de AFM af te nemen en ze kunnen daarvoor nergens anders terecht dan bij de AFM. De vraag naar toezichtdiensten is onder dergelijke

LangmanEconomen

omstandigheden zeer inelastisch. De AFM hoeft bij de tariefberekening dan ook geen enkele terughoudendheid te betrachten.

De Autoriteit Financiële Markten maakt een snel groeiend deel van haar kosten voor het toezicht op bemiddelaars en adviseurs. Dit gaat ten koste van de aandacht van de AFM voor andere spelers op de financiële markten, zoals banken, verzekeraars, beursgenoteerde ondernemingen, beleggingsfondsen, accountants en dergelijke. Impliciet gaat de AFM er blijkbaar vanuit dat het grootste risico voor de financiële markten is gelegen in het gedrag van adviseurs en bemiddelaars. Zo deze visie al juist is, mist zij een heldere onderbouwing.

Case 3: De invloed van het financiële toezicht op de marktstructuur

De AFM hanteert voor adviseurs en bemiddelaars degressieve tarieven. Elke onderneming betaalt een bedrag aan vastrecht en vervolgens een bedrag per werknemer dat lager wordt naarmate het aantal werknemers groter wordt.

Tarieven adviseurs en bemiddelaars met zelftoezicht AFM in 2008

	tarief in €
1 ^e fte per fte	875
2 ^e t/m 21 ^e fte per fte	170
22 ^e t/m 201 ^e fte per fte	155
202 ^e en volgende fte per fte	0

Kosten toezicht AFM voor een onderneming met zelftoezicht

	fte	tarief in €	tarief per fte in €
eenmanszaak	1	875	875
klein	5	1.555	311
middelgroot	20	4.105	205
groot	100	16.520	165
zeer groot	201	32.175	160

De vergoeding die onder toezicht gestelden moeten betalen aan de AFM is maar een klein deel van de kosten die het toezicht met zich meebrengt. Daarnaast moeten adviseurs en bemiddelaars kosten maken voor verplichte opleidingen en trainingen van de medewerkers en voor aanpassing van de administratie aan de eisen van de toezichthouder.

Brancheorganisatie NVA heeft onder haar leden een onderzoek laten uitvoeren naar de gevolgen van de verscherping van het toezicht. Uit dat onderzoek blijkt dat de belasting van het toezicht vooral zwaar drukt op het kleinste kantoorstype. Grote kantoren hebben relatief minder last van de intensivering van het toezicht. Hetzelfde verschijnsel doet zich voor onder accountants. Volgens brancheorganisatie NOvAA hebben de eisen die de AFM stelt ook in die branche geleid tot schaalvergroting.

Sinds de introductie van de Wet financiële dienstverlening op 1 januari 2006 heeft ruim 27% van de intermediairs zijn werkzaamheden gestaakt. De extra omzet die dit de blijvende kantoren heeft opgeleverd, was volgens het NVA-onderzoek in het algemeen

LangmanEconomen

onvoldoende om de kostenstijging als gevolg van de intensivering van het toezicht te compenseren.

Het toezicht van de AFM op adviseurs en bemiddelaars brengt verborgen kosten met zich mee doordat het een stimulans vormt voor schaalvergroting en concentratie. Dit gaat ten koste van de mededinging en daarmee – op termijn – ten koste van de kwaliteit van de dienstverlening aan de consument en aan het midden- en kleinbedrijf.

LangmanEconomen

5. Subsidiariteit in de praktijk

Case 4: Kartelverbod hindert zelfregulering

Het midden- en kleinbedrijf moet samenwerken om te concurreren. Kleine bedrijven hebben geen juridische en economische staf die de consequenties van wetgeving en cao-onderhandelingen in kaart kan brengen, modelcontracten kan opstellen en dergelijke. Brancheorganisaties vervullen voor kleine bedrijven veel taken die bij grote bedrijven door stafafdelingen worden gedaan.

Sinds de introductie van de Mededingingswet is het verzorgen van de informatievoorziening voor leden een delicate kwestie. Zo kan het verzamelen van marktinformatie door middel van enquêtes onder de leden worden uitgelegd als het (verboden) uitwisselen van bedrijfsgevoelige informatie. En kan het verstrekken van gegevens over de kostenontwikkeling in de branche al snel worden uitgelegd als een (verboden) prijsadvies.

Dit klemt te meer nu voor een brancheorganisatie en de aangesloten bedrijven ernstige consequenties verbonden kunnen zijn aan het bewust of onbewust overtreden van de Mededingingswet. Zo zijn in de zaak 2021 tegen de schoonmaakbranche niet alleen boetes opgelegd aan de brancheorganisatie, maar ook aan de leden die vertegenwoordigers hebben in het bestuur. Dat betekent dat er voor individuele bedrijven grote risico's verbonden zijn aan het leveren van bestuursleden voor brancheorganisaties.

Naast het verstrekken van informatie aan hun leden zien brancheorganisaties het als hun taak de marktwerking te bevorderen. Dit doen ze bijvoorbeeld door erkenningsregelingen in het leven te roepen. Hierdoor dragen zij bij aan het wegwerken van informatieachterstanden bij consumenten.

Informatieachterstanden bij consumenten belemmeren de marktwerking vooral bij eenmalige aankopen. Consumenten moeten bij dergelijke aankopen vertrouwen op de informatie die de verkoper over zijn product of dienst verstrekt. Het standaardvoorbeeld van een markt met informatieasymmetrie is de markt voor tweedehands auto's, maar dergelijke asymmetrieën komen ook voor op bijvoorbeeld de huizenmarkt, financiële markten, de markten voor de gezondheidszorg en de markt voor uitvaartverzorging.

Op een aantal markten waar informatieasymmetrieën de marktwerking belemmeren heeft de overheid regulering geïntroduceerd. Die regulering krijgt vaak de vorm van een vergunningstelsel, waarbij de levering van de betreffende goederen of diensten wordt voorbehouden aan vergunninghouders. Vroeger bestond daartoe de vestigingswetgeving, tegenwoordig gelden dergelijke regels alleen nog voor specifieke branches, zoals de gezondheidszorg en de financiële dienstverlening.

Dergelijke vergunningstelsels belemmeren de keuzevrijheid van de consument. Bovendien vormen de vergunningstelsels een toetredingsbelemmering tot de markt. Potentiële aanbieders die niet aan de vereisten voor een vergunning voldoen mogen de markt niet betreden.

LangmanEconomen

Op andere markten hebben de aanbieders van producten of diensten systemen van zelfregulering in het leven geroepen. Producenten die aan zekere eisen voldoen, krijgen een keurmerk. Dat keurmerk biedt de consument de zekerheid met een gekwalificeerde aanbieder van doen te hebben. Een systeem van keurmerken vormt geen absolute toetredingsbelemmering, maar zet de aanbieders zonder keurmerk wel op achterstand.

De NMa stelt erkenningsregelingen in beginsel positief te beoordelen, omdat ze niet tot doel hebben de concurrentie te beperken, maar de kwaliteit te verbeteren. Mededingingsrechtelijk helpt het bovendien als de erkenningsregeling niet succesvol is. Wanneer de erkende bedrijven gezamenlijk een marktaandeel hebben van minder dan 20%, zijn er volgens de NMa nog zoveel niet-erkende bedrijven op de markt, dat de erkenningsregeling blijkbaar geen toetredingsdrempel vormt.

Wanneer de erkenningsregeling wel succesvol is, dan rust op de NMa de last om te bewijzen dat een dergelijke regeling de mededinging zou belemmeren. De rechtbank Rotterdam heeft daartoe een zware bewijslast bij de NMa gelegd. De NMa moet aantonen dat het gaat om een erkenningsregeling die de mededinging beperkt. Daarbij moet de NMa rekening houden met “de concrete situatie waarin deze regeling effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze regeling betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.”

Brancheorganisaties zitten aan de veilige kant wanneer de erkenningsregeling voldoet aan de volgende voorwaarden:¹⁴

- de erkenningsregeling dient een open karakter te hebben;
- de gestelde eisen moeten objectief, niet-discriminerend en vooraf duidelijk zijn;
- de toelatingsprocedure voor erkenning moet transparant zijn;
- de toelatingsprocedure moet voorzien in een onafhankelijke beslissing over de toelating.

Deze criteria gelden ook voor de toelatingseisen voor een branchevereniging, wanneer aan dat lidmaatschap kwaliteitscriteria worden gesteld.

Sinds de introductie van de Mededingingswet moeten brancheorganisaties op eieren lopen. Dat geldt zowel bij het verstrekken van informatie aan de leden als bij het instellen en onderhouden van erkenningsregelingen.

Erkenningsregelingen staan concurrentie niet in de weg. De NMa treedt slechts op tegen erkenningsregelingen wanneer zij succesvol zijn, dat wil zeggen wanneer ze waarde hebben voor de consument.

Dit beleid van de NMa brengt de consument dus schade toe zonder duidelijk voordeel voor de mededinging.

¹⁴ NMa, Richtsnoeren samenwerking ondernemingen, paragrafen 4.3 en 4.4.

6. Rechtszekerheid in de praktijk

Case 6: Recht halen vergt een lange adem

Tegen besluiten van toezichthouders als de NMa en de AFM staat bezwaar open bij de toezichthouder zelf en beroep bij de rechtbank. De beroepsprocedure vergt een bijzonder lange adem.

In recente uitspraken over beslissingen van de NMa heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven bepaald dat een redelijke termijn voor een kartelzaak bij de NMa twee jaar bedraagt.¹⁵ Voor het beroep bij de Rechtbank Rotterdam is anderhalf jaar een redelijke termijn. En voor het hoger beroep bij het CBb mag nog weer twee jaar worden gerekend.

De totale procedure – vanaf de publicatie van het onderzoeksrapport door de NMa – mag dus vijf en een half jaar duren.¹⁶ Al die tijd zijn de betrokken ondernemingen of de ondernemingsvereniging in volstrekte onzekerheid of hun handelen moet worden gezien als overtreding van de Mededingingswet met alle gevolgen voor de dagelijkse bedrijfsvoering van dien.

De lengte van de procedure klemt te meer omdat ondernemingen en ondernemingsorganisaties ernstige reputatieschade oplopen op het moment dat de NMa haar rapport uitbrengt en daarover persberichten naar buiten brengt. Een gerechtelijke uitspraak vijf en een half jaar later kan die schade niet meer herstellen.

De rechtbank Rotterdam onderkent dat probleem in het beroep van de VNI tegen een besluit van de NMa.¹⁷ Deze zaak had betrekking op een aantal erkenningsregelingen van VNI. VNI had tijdens de behandeling van de zaak de betreffende regelingen aangepast. Het besluit van de NMa had betrekking op de aangepaste regelingen. VNI vroeg de rechtbank niettemin uitspraak te doen op de oorspronkelijke regelingen.

De rechtbank meende die uitspraak inderdaad te moeten doen. “Een andersluidend oordeel zou ertoe leiden dat eiseres slechts in haar gerechtvaardigde verlangen om duidelijkheid had kunnen voorzien door haar statuten ongewijzigd te laten en daardoor het risico te nemen dat na afloop van een – gezien het principiële karakter van het geschil – waarschijnlijk geruime tijd in beslag nemende procedure zou blijken dat haar statuten wegens strijd met artikel 6, eerste lid, van de Mw van aanvang af nietig zijn geweest, waarbij nog komt het gerede risico dat een boete zou worden opgelegd. Een dergelijke weg moet voor eiseres (VNI) als onevenredig belastend worden beschouwd.”

In de geest van deze rechterlijke uitspraak had de NMa een procedure kunnen ontwikkelen waarbij brancheorganisaties in aanmerking komen voor informele zienswijzen op voorgenomen vormen van samenwerking die vervolgens ter toetsing aan de rechter zouden kunnen worden voorgelegd. In de praktijk blijkt de NMa daartoe

¹⁵ in de zaken AUV en Aesculaap, LJN BD6629 en BD6635.

¹⁶ de tijd die verstrijkt tussen de start van het onderzoek en de publicatie van het rapport wordt in deze tijdberekening dus niet meegenomen.

¹⁷ LJN AO7022 inzake NMa-zaken 530, 456, 534 en 2157.

LangmanEconomen

echter meestal niet bereid. De enige manier om samenwerking te laten toetsen is de samenwerking vorm te geven en af te wachten tot de NMa tot vervolging overgaat. De kosten en de reputatieschade die daarvan het gevolg kunnen zijn, vormen een belangrijke belemmering voor optimale zelfregulering.

De handhaving van de Mededingingswet kenmerkt zich door extreem lange procedures. Dit klemmt te meer om drie redenen:

- de NMa is niet of nauwelijks bereid om in voorkomende gevallen een informele zienswijze af te geven die snel duidelijkheid zou kunnen bieden over de toelaatbaarheid van bepaalde gedragingen;
- aan het einde van een jarenlang durende gerechtelijke procedure zou kunnen blijken dat de gemaakte samenwerkingsafspraken al die tijd nietig zijn geweest en er aan de NMa een forse boete moet worden betaald;
- aan het einde van een procedure kan blijken dat de afspraken niet strijdig zijn. Een overwinning in hoger beroep kan de geleden reputatieschade echter nooit meer goedmaken.

LangmanEconomen

7. Conclusies

Ondanks verschillende “kaderstellende visies” ontbreekt het de Nederlandse overheid aan een heldere visie op regulering en toezicht. Het economisch toezicht in Nederland schiet te kort op de drie criteria die we in hoofdstuk 3 hebben geformuleerd, te weten de subsidiariteit, de proportionaliteit en de rechtszekerheid.

Ten aanzien van het criterium subsidiariteit geldt dat bij de regelgeving en de vormgeving van het toezicht onvoldoende gebruik is gemaakt van het vermogen tot zelfregulering van het Nederlandse bedrijfsleven. Sterker nog, het gebruik van dat zelfreinigend vermogen wordt door de NMa uit naam van de mededinging zelfs actief belemmerd.

Ten aanzien van het criterium proportionaliteit merken we op dat noch de baten, noch de kosten van het toezicht voldoende in kaart zijn gebracht. Aangezien veel van de kosten van het toezicht voor de overheid en voor de toezichthouder verborgen zijn, bestaat het risico van overregulering. Dat is schadelijk voor de Nederlandse economie.

Ten aanzien van het criterium rechtszekerheid merken we op dat tegen besluiten van toezichthouders weliswaar beroep openstaat bij de rechter, maar dat de tijd en de kosten die daarmee gemoeid zijn het voor ondernemers en ondernemingsorganisaties zeer onaantrekkelijk maken hun recht te halen.

Een groot en groeiend aantal toezichthouders kan te gemakkelijk de rekening voor de eigen activiteiten neerleggen bij het bedrijfsleven. Dat staat een gezonde afweging tussen de kosten en baten van het toezicht in de weg en leidt tot onnodige maatschappelijke last van toezicht.