

Vergaderjaar 2004–2005

29 960

Toezicht op markten

Nr. 2

ACHTERGRONDSTUDIE

		Inhoud			
	Samenvatting	5	5	Toezichtbeleid	20
			5.1	Uitgangspunten	20
1	Inleiding	8	5.2	Beschouwing	21
1.1	Achtergrond van deze publicatie	8			
1.2	Aanleiding en doel van deze publicatie	8	6	Inhoud van het toezicht	23
1.3	Opzet toetsingskader	9	6.1	Oordeelsvorming en beoordelingscriteria	23
1.4	Leeswijzer	10	6.1.1	Uitgangspunten	23
			6.1.2	Beschouwing	23
2	Marktregulering en toezicht	11	6.2	Informatieverwerving	23
2.1	Marktregulering en overheid	11	6.2.1	Uitgangspunten	23
2.2	Algemeen en sectoraal toezicht	11	6.2.2	Beschouwing	24
2.3	Aangrijpingspunten voor het toezicht	12	6.3	Interventies/sancties	25
			6.3.1	Uitgangspunten	25
3	De markttoezichthouders	14	6.3.2	Beschouwing	25
3.1	Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)	14			
3.2	Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe)	14	7	Toezichtproduct	26
3.3	Vervoerkamer	14	7.1	Uitgangspunten	26
3.4	Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA)	14	7.2	Beschouwing	26
3.5	Autoriteit Financiële Markten (AFM)	15	8	Ministeriële verantwoordelijkheid	29
3.6	Nederlandse Zorgautoriteit i.o. (Zorgautoriteit i.o.)	15	8.1	Uitgangspunten	29
			8.2	Beschouwing	30
4	Organisatie van het toezicht	17			
4.1	Onafhankelijkheid en functiescheiding	17	9	Publieke verantwoording en consultatie	33
4.1.1	Uitgangspunten	17	9.1	Uitgangspunten	33
4.1.2	Beschouwing	17	9.2	Beschouwing	33
4.2	Positionering van het toezicht	18			
4.2.1	Uitgangspunten	18			
4.2.2	Beschouwing	18			
4.3	Deskundigheid	19			
4.3.1	Uitgangspunten	19			
4.3.2	Beschouwing	19			
4.4	Integriteit en onpartijdigheid	19			
4.4.1	Uitgangspunten	19			
4.4.2	Beschouwing	19			

SAMENVATTING

Waarom markttoezicht?

Sinds de jaren 80 is het versterken van de markt een belangrijke prioriteit van de overheid. Het beleid van de overheid heeft zich gericht op het versterken van de mededinging in het algemeen door bijvoorbeeld actiever op te treden tegen kartelvorming. Daarnaast heeft het beleid zich gericht op het invoeren van marktwerking in specifieke sectoren waar zij voorheen ontbrak: telecommunicatie, energie en vervoer. Verschillende instellingen in die sectoren zijn in de afgelopen jaren geprivatiseerd. Het kabinet heeft het voornemen om vanaf 2006 ook in de sector van de zorgverzekeringen marktwerking in te voeren.

Om marktwerking tot stand te brengen en te versterken heeft de overheid verschillende markttoezichthouders ingesteld. In de specifieke sectoren richten die toezichthouders zich naast marktwerking ook op de publieke belangen die met voorzieningen gemoeid zijn.

Welke toezichthouders zijn er?

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), is belast met het algemene mededingingstoezicht. Daarnaast zijn er markttoezichthouders die zich richten op specifieke sectoren. Dit zijn: de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe), de Vervoerkamer, de Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Voorts heeft het kabinet het voornemen om een Nederlandse Zorgautoriteit (Zorgautoriteit) op te richten.

Doel van de publicatie

Het doel van deze achtergrondstudie is een bijdrage te leveren aan de inhoudelijke discussie over markttoezicht en zijn relatie tot bestuur en politiek. Burgers komen veel in aanraking met dit toezicht omdat marktwerking is ingevoerd in veel sectoren die vitaal zijn voor het dagelijks leven. Met deze publicatie wil de Algemene Rekenkamer een «bril» geven om naar toezicht op markten te kijken.

Uitgangspunten

Deze achtergrondstudie gaat in op de volgende uitgangspunten.

Organisatie van het toezicht

Toezicht moet onafhankelijk zijn en gescheiden worden van andere functies als beleid, regelgeving, uitvoering en advies. In de praktijk kan het echter lastig zijn om die scheiding te hanteren. Dit komt onder andere doordat de markt niet goed gereguleerd kan worden zonder open normen die de toezichthouder deels zelf invult. In ieder geval moet een duidelijke grens worden getrokken waar het gaat om publieke belangen zoals sociale doelstellingen en milieudoelstellingen. De afweging van publieke belangen moet altijd bij de politiek gelegd worden.

Toezichtbeleid

Een toezichtbeleid geeft richting aan het toezicht. In een toezichtbeleid stelt de toezichthouder vooraf zijn doel vast en bepaalt hij hoe hij zijn toezicht gaat uitvoeren. Het verdient aanbeveling dat de toezichthouder

zijn toezichtbeleid vastlegt in een jaarplan. Dit geeft richting aan de bedrijfsvoering en biedt handvatten voor de evaluatie van het toezicht. Een concreet jaarplan geeft ook zekerheid aan organisaties die onder toezicht staan: die kunnen weten wat ze van de toezichthouder kunnen verwachten en hun eigen beleid daarop aanpassen. Om een goed toezichtbeleid te kunnen formuleren heeft de toezichthouder goede informatie nodig over het gebied waarop hij toezicht houdt.

Inhoud van het toezicht

Het toezicht op markten moet drie elementen bevatten: oordeelsvorming, informatieverzameling en interventies. Deze drie elementen moeten goed zijn uitgewerkt en ook goed op elkaar afgestemd zijn. Het cruciale element in het toezichtproces is oordeelsvorming. De toezichthouder moet zich een oordeel vormen over de vraag of het doel van toezicht – een goede marktwerking binnen de gestelde randvoorwaarden van andere publieke belangen – bereikt wordt. Daarvoor heeft de toezichthouder een duidelijk normenkader met duidelijke criteria nodig. Goede criteria vooraf voorkomen dat de toezichthouder willekeurig oordeelt en dat hij ongericht informatie verzamelt.

Van belang is verder dat het effect van interventies (waaronder sancties) wordt onderzocht. Daardoor kan de toezichthouder een gefundeerde keuze maken uit de verschillende interventie- en sanctiemogelijkheden die hij tot zijn beschikking heeft.

Product van het toezicht

Toezicht op markten moet leiden tot een goede marktwerking: concurrentie en transparantie. Bij het sectorspecifieke markttoezicht spelen ook randvoorwaarden een rol zoals toegankelijkheid, leveringszekerheid en duurzaamheid (van bijvoorbeeld energieproductie). Het toezicht op markten moet dan naast een goede marktwerking ook opleveren dat specifieke regelgeving over die randvoorwaarden wordt nageleefd. In die situaties kan spanning ontstaan tussen de verschillende belangen. Een samenhangende verantwoording door de toezichthouder is dan zeker gewenst.

Ministeriële verantwoordelijkheid

De markttoezichthouders leggen verantwoording over hun toezicht af aan de minister, die op zijn beurt weer verantwoording aflegt aan het parlement. De ministeriële verantwoordelijkheid kan in de praktijk soms moeilijk waar te maken zijn. Dit heeft drie oorzaken:

1. Niet alle markttoezichthouders maken in hun jaarverslagen de samenhang tussen hun werkzaamheden en financiën duidelijk.
2. In de financiële sector zijn bedrijfsgegevens die tot individuele organisaties herleidbaar zijn, volgens wettelijke bepalingen en EU-richtlijnen geheim, behoudens in zeer uitzonderlijke gevallen.
3. Markttoezichthouders doen rechtstreeks onderzoek voor de Europese Commissie en markttoezichthouders uit andere landen, en nemen deel aan Europese samenwerkingsverbanden. De verantwoordelijkheidsverdeling is daarbij niet altijd duidelijk.

De minister van Financiën meende overigens dat de geheimhoudingsplicht van de toezichthouders in de financiële sector geen belemmering was om zijn verantwoordelijkheid waar te maken.

De publieke toezichtstaak moet behalve voor de minister ook transparant zijn voor andere belanghebbenden («stakeholders») en voor de samenleving als geheel. Daarom is het van belang dat de toezichthouders ook aan die andere belanghebbenden verantwoorden hoe ze hun publieke taken uitvoeren. Toezichthouders kunnen maatschappelijk draagvlak creëren door belanghebbenden te consulteren en uitleg te geven over hun beslissingen. Hoe meer beslissingsruimte de toezichthouder heeft, hoe sterker de noodzaak van transparantie, consultatie en uitleg.

1 INLEIDING

1.1 Achtergrond van deze publicatie

De laatste decennia zijn er meer toezichthouders op markten gekomen en hun positie is belangrijker geworden. Dit hangt direct samen met de veranderde rol van de West-Europese overheden in samenleving en economie, in de jaren 80 en 90.¹ Marktwerking en mededingingsbeleid kwamen op de voorgrond te staan. Dat leidde tot grote hervormingen in wet- en regelgeving, waarbij veel staatsmonopolies, zoals telecombedrijven, werden geprivatiseerd.

Met de liberalisatie, deregulering en privatisering werden in de West-Europese landen bestaande algemene mededingingsautoriteiten versterkt en werden er nieuwe opgericht. Ook werden sectorspecifieke toezichthouders opgericht. Deze kregen als taak de mededinging te reguleren op terreinen waar monopolies van de publieke sector of levering van goederen en diensten door de publieke sector waren beëindigd.

De ontwikkelingen in Nederland passen in de internationale trend. Vanaf 1 januari 1998 is een nieuwe mededingingswet van kracht. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) ziet er als onafhankelijk orgaan op toe dat deze wet wordt nageleefd. Vanaf 1997 zijn de nutssectoren – telecommunicatie, gas en elektriciteit, vervoer – geliberaliseerd, zijn voor het toezicht op de betreffende markten sectorspecifieke toezichthouders ingesteld en is het toezicht op de financiële markten versterkt. Het voornemen is om vanaf 2006 de zorgverzekeringsmarkt te liberaliseren en ook voor die markt een onafhankelijke toezichthouder in te stellen.

De Europese Unie (EU) bepaalt in hoge mate hoe het mededingingsbeleid, de marktwerking, de liberalisering en de regulering in Nederland en andere Europese landen zich ontwikkelen. Tot nu toe heeft de EU geen overkoepelende visie geformuleerd om de marktwerking te reguleren in de – geliberaliseerde – sectoren die onder de EU-regelgeving vallen. Dit wordt daarentegen per sector geregeld in daarop toegesneden richtlijnen. De lidstaten hebben dus de nodige vrijheid om het toezicht binnen de afzonderlijke sectoren vorm te geven. Voor de financiële sector is deze vrijheid overigens beperkt. Dit hangt samen met de sterke integratie van de financiële sector binnen de EU.

1.2 Aanleiding en doel van deze publicatie

De Algemene Rekenkamer heeft tot nu toe alleen onderzoek gedaan bij de Autoriteit Financiële Markten (AFM).² In haar rapport daarover kondigde ze aan ook onderzoek te gaan doen bij de andere markttoezichthouders. Om bij die onderzoeken beslagen ten ijs te komen, heeft de Algemene Rekenkamer deze achtergrondstudie uitgevoerd.

Voor deze achtergrondstudie hebben we bestaande literatuur en kamerstukken geïnventariseerd en geanalyseerd. Daarnaast zijn er illustraties ontleend aan de evaluatierapporten over de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)³, de Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA)⁴ en de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe)⁵. Ten slotte hebben we gesproken met enkele deskundigen op het terrein van toezicht op markten.

¹ Zie hierover bijvoorbeeld: Stephen Wilks with Ian Bartle, *The Unanticipated Consequences of Creating Independent Competition Agencies*, in: *West European Politics*, Vol. 25, No. 1 (January 2002), p. 148–172;

Mark Thatcher, *Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation*, in *West European Politics*, Vol. 25, No. 1 (January 2002).

² Algemene Rekenkamer «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.

³ Berenschot, *Syntheserapport Evaluatie Mededingingswet*, 30 mei 2002 (Kabinetsstandpunt: Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 274, nr. 1.).

⁴ Ministerie van Verkeer en Waterstaat, DG Telecommunicatie en Post/Twynstra Gudde, *Rapport Evaluatie OPTA*, 30 maart 2001 (Kabinetsstandpunt: Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 21 693, nr. 56.).

⁵ *Evaluatierapport Elektriciteitswet 1998 en Gaswet*, 1 maart 2002 (Kabinetsstandpunt: Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 254, nr. 1.).

Het doel van deze publicatie is een bijdrage te leveren aan de inhoudelijke discussie over markttoezicht en zijn relatie tot bestuur en politiek. De overheid heeft verschillende organen ingesteld die toezien op allerlei markten in onze maatschappij. Burgers komen veel in aanraking met dit toezicht, omdat marktwerking is of wordt ingevoerd in veel sectoren van de samenleving die vitaal zijn voor het dagelijks leven. Voorbeelden zijn telecommunicatie, energie en volksgezondheid.

Eind juni 2004 heeft het kabinet naar aanleiding van een motie van de Tweede Kamer⁶ (de «motie-Heemskerk») een «Visie op markttoezicht» naar de Tweede Kamer gestuurd.⁷ Deze visie gaat in op de functie en vormgeving van markttoezicht, en op de relatie tussen toezicht en beleid. In haar brief van 5 november 2004 heeft de staatssecretaris van Economische Zaken⁸ de vragen beantwoord van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer over de visie.⁹ Volksvertegenwoordigers, beleidsmakers en belangenorganisaties krijgen met deze publicatie als aanvulling hierop een «bril» om naar toezicht op markten te kijken, en naar een aantal probleemgebieden daarbij. Die bril bestaat uit het toetsingskader dat in deze publicatie wordt gegeven.

1.3 Opzet toetsingskader

Een gangbare definitie van toezicht is: «het verzamelen van 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».¹⁰ Het Rijk kan «toezicht» houden op verschillende objecten zoals medeoverheden, rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT's)¹¹ en markten. Voor elk van deze objecten levert dat toezicht een specifiek «product» op.¹² Toezicht op markten moet opleveren dat de desbetreffende markt goed werkt. Daarbij gelden dan vaak ook de randvoorwaarden van andere publieke belangen die niet automatisch worden verzekerd door een goede marktwerking, bijvoorbeeld dat elektriciteit continu wordt geleverd of milieuvriendelijk wordt opgewekt.

In onze achtergrondstudie zijn we nagegaan aan welke normen het functioneren van het toezicht getoetst kan worden. We hebben gekeken naar het algemene toetsingskader dat de Algemene Rekenkamer hanteert op het gebied van toezicht en verantwoording¹³ en naar de uitgangspunten van het kabinet, zoals verwoord in de «Kaderstellende visie op toezicht»¹⁴ en in de «Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen».¹⁵ Verder zijn enkele specifieke normen ontleend aan de INTOSAI Guidelines on Best Practice for the Audit of Economic Regulation opgesteld door de INTOSAI Working Group on the Audit of Privatisation.¹⁶

Het toetsingskader van de Algemene Rekenkamer om het functioneren van markttoezicht te beoordelen, is opgebouwd uit de volgende elementen:

- organisatie van het toezicht;
- toezichtbeleid;
- inhoud van het toezicht;
- product van het toezicht;
- ministeriële verantwoordelijkheid;
- publieke verantwoording en consultatie.

In volgende hoofdstukken komen deze elementen aan de orde.

⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 200 XIII, nr. 5.

⁷ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004. Bijlage bij: Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 200 XIII, nr. 50.

⁸ Als tijdelijk vervangster van de minister.

⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 800 XIII, nr. 36.

¹⁰ Zie ook: Algemene Rekekamer «Toezicht op uitvoering publieke taken», Tweede Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 25 9556, nrs. 1–2, p. 8; «Kaderstellende visie op toezicht», Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 27 831, nr. 1, p. 7.

¹¹ De in artikel 91, eerste lid, onder d, Comptabiliteitswet 2001 bedoelde organisaties: rechtspersonen, die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen.

¹² Zie Algemene Rekenkamer «Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak», deel 2, Algemene Rekenkamer, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 27 656, nrs. 1–2, p. 27.

¹³ Algemene Rekenkamer «Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak deel 4», Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 450, nrs. 1–2.

¹⁴ «Kaderstellende visie op toezicht» Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 27 831, nr. 1.

¹⁵ Aanvulling van de Aanwijzingen voor de regelgeving met aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen, regeling van 5 september 1996, nr. 96M006 572, van de minister-president, minister van Algemene Zaken, Staatscourant 177, 13 september 1996, p. 16, 17 en 21.

¹⁶ www.nao.org.uk/intosai/wgap/ecregguidelines.htm. Seoel, October 2001. INTOSAI: International Organisation of Supreme Audit Institutions (nationale rekenkamers).

1.4 Leeswijzer

Deze achtergrondstudie is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 gaan we in op enkele begrippen rond toezicht op markten. In hoofdstuk 3 vindt u een beschrijving van de verschillende toezichthouders en hun taken. In de volgende zes hoofdstukken gaan we in op de specifieke elementen van toetsingskader voor markttoezicht. Bij elk van die elementen geven we eerst de uitgangspunten van de Algemene Rekenkamer en daarna een beschouwing. In hoofdstuk 4 komt de organisatie van het toezicht aan de orde, in hoofdstuk 5 het toezichtbeleid, in hoofdstuk 6 de inhoud van het toezicht en in hoofdstuk 7 het toezichtproduct. In hoofdstuk 8 leest u meer over de ministeriële verantwoordelijkheid voor de markttoezichthouders en in hoofdstuk 9 gaat het over de publieke verantwoording door markttoezichthouders.

2 MARKTREGULERING EN TOEZICHT

2.1 Marktregulering en overheid¹⁷

De overheid kan op verschillende manieren ingrijpen in de markt: met subsidies, accijnzen, verboden en geboden of regulering. Het instrument «regulering» omvat regelgeving en toezicht. Het doel van regulering is het marktmechanisme behoorlijk te laten werken, met een goede concurrentie en transparantie, binnen de randvoorwaarden van andere publieke belangen.

In haar achtergrondstudie naar toezicht op markten heeft de Algemene Rekenkamer gekeken hoe de marktwerking wordt gereguleerd. Daarbij is vooral gelet op het aspect van het toezicht. Dat betekent dat in de studie alleen de toezichthouders zijn meegenomen die specifiek de marktwerking bewaken en bevorderen: de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe), de Vervoerkamer, de Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA), de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de beoogde Nederlandse Zorgautoriteit (Zorgautoriteit).

2.2 Algemeen en sectoraal toezicht¹⁸

Er is een belangrijk onderscheid tussen het algemene en het sectorale toezicht. Het *algemene mededingingstoezicht* is erop gericht *concurrentie in stand te houden* en dekt in principe alle gebieden met marktwerking af. Het Nederlandse algemene mededingingsbeleid is neergelegd in de Mededingingswet (1998). De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) handhaaft deze wet.

Daarnaast is er ook toezicht op marktwerking in bepaalde (economische) sectoren. Dit *sectorale mededingingstoezicht* gebeurt in enige sectoren (telecommunicatie, energie, vervoer), die recent zijn geliberaliseerd en op weg zijn naar een «gewone marktsituatie» waarbij het doel is *concurrentie tot stand te brengen*. Daarnaast is het toezicht versterkt in de financiële sector, die vanouds wel marktwerking kent, maar waar deze vanwege verdere liberalisering extra bescherming behoeft. Tenslotte bestaat het voornemen per 1 januari 2006 de markt voor zorgverzekeringen (verder) vrij te geven en daar onafhankelijk toezicht op te organiseren. Om een goede marktwerking te bewerkstelligen in deze sectoren is de Mededingingswet in de regel niet krachtig en specifiek genoeg. Er zijn dan sectorspecifieke regels nodig om de markt aanvaardbaar te ordenen en tot meer concurrentie te komen. Voor deze sectoren zijn (of worden) sectorspecifieke toezichthouders ingesteld: de DTe, Vervoerkamer, OPTA, AFM en Zorgautoriteit i.o.

Bij de specifieke sectoren kunnen we de netwerksectoren (energie, telecommunicatie en vervoer) onderscheiden van de andere sectoren. In de netwerksectoren waarborgt de regulering dat derden vrije toegang tot het monopolienetwerk hebben, veelal door prijs en kwaliteit vast te stellen. Productie, handel en levering van de goederen of diensten waar het om gaat, zijn in het algemeen vrij. Daarnaast kunnen bij de netwerksectoren nog enkele andere zaken gereguleerd zijn om publieke belangen te waarborgen, bijvoorbeeld leveringszekerheid. In de overige sectoren met marktwerking zijn of worden specifieke zaken gereguleerd zoals consumentenvoorlichting in de financiële sector of het tegengaan van kruissubsidiëring bij zorgverzekeraars.

¹⁷ Zie hierover bijvoorbeeld:

Kieron Walsh, «Public Services and Market Mechanisms (Competition, Contracting and the New Public Management)», Macmillan, 1995;

Prof. dr. J. G. A. van Mierlo, «Over de verhouding tussen overheid, marktwerking en privatisering. Een economische meta-analyse», in: *Bestuurswetenschappen* 2001, nr. 5, p. 368–385.

¹⁸ Zie hierover bijvoorbeeld:

«Zicht op toezicht», Tweede Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 24 036, nr. 73; Mr. P. C. H. van Dijk, «Tussen generiek en specifiek: het rapport-Visser in de praktijk», in: De Ru en Peters (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten*, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2000, p. 44–52;

Prof. dr. E. E. C. van Damme en prof. dr. Ph. Eijlander, «Toezicht op marktwerking: algemeen of specifiek?», in: De Ru en Peters (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten*, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2000, p. 53–66.

Voor de afweging tussen algemeen en sectorspecifiek toezicht heeft het kabinet-Kok I bepaald dat er terughoudend moet worden omgegaan met specifieke mededingingsregels en met het instellen van sectorale toezichthouders.¹⁹ Daarnaast moeten er goede bestuurlijke voorzieningen zijn tussen de sectorale toezichthouder en de NMa. De Tweede Kamer steunde deze uitgangspunten.²⁰ Enkele sectorale toezichthouders (DTe, Vervoerkamer) zijn daarom ingesteld als kamer van de NMa.

2.3 Aangrijpingspunten voor het toezicht

Om de marktwerking te reguleren heeft de overheid in principe de keuze uit drie aangrijpingspunten voor haar interventies:

- de voorwaarden voor de marktwerking;
- het proces van de marktwerking zelf;
- de uitkomsten van de marktwerking.

We hebben de aangrijpingspunten en de aspecten voor marktwerking in de volgende tabel per toezichthouder weergegeven. Een vergelijkbaar overzicht is ook te vinden in de «Visie op markttoezicht» van het kabinet²¹ en in de studie van OXERA, die gevoegd was bij de beantwoording van de Kamervragen over de «Visie op Markttoezicht».²²

¹⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 24 036, nr. 73.

²⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 24 036, nr. 93.

²¹ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 4.

²² OXERA, «Costs and Benefits of Market Regulators», deel 1, October 2004, pag. V.

Tabel 1 Aangrijpingspunten voor toezicht

Aangrijpingspunt toezicht	Aspect marktwerking	Aard interventie	NMa	DTe	Vervoerkamer	OPTA	AFM	Zorgautoriteit i.o.
Voorwaarden voor marktwerking	Marktmacht	Voorkomen	Onthefingen kartelverbod; toetsing concentraties	-	Vergunningen, concessies	-	-	-
	Informatie-asymmetrie	Voorkomen	-	-	-	-	Vergunningen, registraties	Reguleren product-omschrijvingen, contractvoorwaarden
Proces van marktwerking	Marktmacht	Tegengaan	Toezicht verbod misbruik marktmacht	Toezicht op scheiding netbeheer/levering	Toezicht op naleving wetten (verbod op kruis-subsidies), onderzoek, bestuderen marktgedrag, sancties	Geschiedbeslchting, marktprikkel, tegengaan kruis-subsidiëring	-	Aanvullende verplichtingen opleggen aan partijen met aanzienlijke marktmacht
	Informatie-asymmetrie	Tegengaan	-	Publicaties, voorlichting (consumentenbescherming)	Voorlichting (consumentenbescherming), publicaties	Publicaties, voorlichting	Voorlichting, openbare gegevens, openbare registers bijhouden, normoverdracht	Publiceren transparantie-bevorderende informatie
Uitkomsten van marktwerking	Prijs	Beïnvloeden	-	Tariefstructuren en (maximum)tarieven vaststellen	Tarieven en voorwaarden taxivoer vaststellen, tariefstructuren en voorwaarden vaststellen voor gebruik van het spoor	Tarieven eindgebruikers KPN goedkeuren, interconnectietarieven goedkeuren, toezicht houden op hoogte posttarieven	-	Prijsgereguleering
	Hoedanigheid/kwaliteit van product	Beïnvloeden	-	Voorwaarden vaststellen voor transport; vergunning levering gebonden gebruikers	Leveringszekerheid (capaciteit)	Eindgebruikers beschermen; toezicht op kwaliteit dienstverlening post, overleg met TPG over aanvullende afspraken over postvervoer in het Besluit algemene richtlijnen post	-	Handhaving publieke randvoorwaarden

3 DE MARKTTOEZICHTHOUDERS

Hieronder volgt een korte beschrijving van de markttoezichthouders. Een uitvoerige beschrijving is te vinden in de inventarisatie van binnen- en buitenlandse markttoezichthouders, die het ministerie van Economische Zaken bij de «Visie op markttoezicht» heeft gepubliceerd.²³

3.1 Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) is in 1998 opgericht, toen de Mededingingswet in werking trad. In de Mededingingswet staan regels over mededingingsafspraken en economische machtsposities, en over toezicht op concentraties van ondernemingen. De regelgeving in deze wet sluit aan bij de regels over de mededinging volgens het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. De Mededingingswet is in beginsel van toepassing op alle sectoren van de economie. De NMa handhaaft het kartelverbod, treedt op tegen misbruik van economische machtsposities en toetst voorgenomen concentraties van ondernemingen, zoals fusies en overnames.

Website: www.nmanet.nl

3.2 Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe)

De Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) is in 1998 opgericht en als kamer bij de NMa ondergebracht. De DTe voert sinds 1 augustus 1998 de Elektriciteitswet 1998 uit en sinds 7 mei 2002 de Gaswet, en ziet erop toe dat de energieaanbieders deze wetten naleven. Volgens de Elektriciteitswet en de Gaswet 1998 moeten vragers en aanbieders onder non-discriminatoire voorwaarden toegang kunnen krijgen tot transportnetten. De DTe houdt zich concreet vooral bezig met het volgende: de dienst stelt tariefstructuren en transportvoorwaarden vast, en beoordeelt of beschermde afnemers zeker zijn van voorzieningen.

Website: www.dte.nl

3.3 Vervoerkamer

De Vervoerkamer is per 1 januari 2004 opgericht en is onderdeel van de NMa. Deze kamer houdt sectorspecifiek mededingingstoezicht op de spoorsector, overig openbaar vervoer als tram-, metro- en busvervoer, de luchthaven Schiphol en (in de toekomst) het loodswezen. De Vervoerkamer heeft taken op grond van de Spoorwegwet, de Concessiewet personenvervoer per trein, de Wet luchtvaart en de Wet personenvervoer 2000. Ze ziet erop toe dat de aanbieders in de vervoersector zich houden aan de wettelijke normen en verplichtingen voor de dienstverlening in die sector. Ook volgt de Vervoerkamer het marktgedrag van ondernemingen in deze sector.

Website: www.nmanet.nl/nl/vervoerkamer.asp

3.4 Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA)

In 1997 is de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA-wet) in werking getreden en is de OPTA opgericht. De OPTA handhaaft de Postwet en de Telecommunicatiewet. De taken van de OPTA zijn vooral:

²³ KPMG, Loyens & Loeff, in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, «Nationale en internationale inventarisatie markttoezichthouders en EU-toezichtsbeleid, eindrapport», Amstelveen/Rotterdam, 18 mei 2004. Bijlage bij: Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 200 XIII, nr. 50.

1. de kwaliteit en toegankelijkheid van de telecommunicatie-infrastructuur bewaken door optimale (nationale) marktcondities te scheppen, ook door partijen aan te wijzen met aanmerkelijke marktmacht, waaraan bijzondere verplichtingen worden opgelegd;
2. de maatschappelijke belangen bewaken bij toegang tot en gebruik van telecommunicatie- en postvoorzieningen. Het gaat er daarbij om dat die voorzieningen veilig, betrouwbaar en effectief zijn en dat de privacy van consumenten wordt beschermd. Daarnaast moeten de basisdiensten goed toegankelijk en betaalbaar zijn.

Als gevolg van nieuwe Europese richtlijnen voor de telecommunicatiesector verschuift het karakter van het toezicht in deze sector van ex ante naar ex post en groeit het meer toe naar het algemene mededingings-toezicht. De nieuwe Europese richtlijnen waren nodig om ontwikkelingen als internet, breedband en kabel te reguleren. De richtlijnen gaan uit van nieuwe, door de technologische ontwikkelingen ruimere, economische deelmarkten.

Website: www.opta.nl

3.5 Autoriteit Financiële Markten (AFM)

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) is per 2002 de opvolger van de Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE). De STE zag er vooral op toe dat de gedragsregels in het effectenverkeer werden nageleefd. De naam van deze instantie is veranderd, omdat het toezicht is uitgebreid van toezicht op effecten naar toezicht op de gehele financiële marktsector: sparen, lenen en beleggen.

Het gedragstoezicht op financiële instellingen bevordert een ordelijk en transparant marktproces, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en is er nadrukkelijk op gericht de consument op de effectenmarkten te beschermen. Het gedragstoezicht beoogt vooral informatieasymmetrie tegen te gaan. Ze beschermt bijvoorbeeld derden door misbruik van voorkennis te bestrijden en toe te zien op de naleving van de verplichting voor financiële instellingen om een financiële bijsluiter te voegen bij risicovolle producten.

Website: www.afm.nl

3.6 Nederlandse Zorgautoriteit i.o (Zorgautoriteit i.o.)

Het kabinet wil in de zorgsector geleidelijk een stelsel van gereguleerde marktwerking introduceren. Dit vraagt grote aanpassingen van het besturingssysteem van de zorg. Onderdeel van de stelselherziening is ondermeer de door het kabinet beoogde invoering per 1 januari 2006 van een nieuwe standaardverzekering voor curatieve zorg. Dit wordt uitgewerkt in het wetsvoorstel voor de Zorgverzekeringswet dat op 21 december 2004 door de Tweede Kamer is aanvaard.²⁴ Om daadwerkelijke concurrentie in de zorg tot stand te brengen en om toe te zien op de uitvoering van de Zorgverzekeringswet en de AWBZ, vindt het kabinet een sectorspecifieke markttoezichthouder voor de zorgsector noodzakelijk. De minister van VWS heeft in september 2004 in een brief aan de Tweede Kamer de hoofdlijnen geschetst voor het beoogde toezicht voor de zorgsector door de Nederlandse Zorgautoriteit.²⁵ De wettelijke basis van de Zorgautoriteit wordt in een apart wetsvoorstel voorbereid, namelijk het voorstel voor de «Wet marktordening gezondheidszorg». Het kabinet zal dit wetsvoorstel in 2005 bij de Tweede Kamer indienen en streeft ernaar

²⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 763, nrs. 2–3.

²⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 324, nr. 3.

dat de Zorgautoriteit per 1 januari 2006 van start kan gaan. Het huidige College Tarieven Gezondheidszorg (CTG) en het College van toezicht op de zorgverzekeringen (CTZ) zullen in de Zorgautoriteit opgaan. Eén specifieke taak van het CTZ – toezicht op de solvabiliteit van zorgverzekeraars – zal overgaan naar De Nederlandsche Bank (DNB).

4 ORGANISATIE VAN HET TOEZICHT

Onder de noemer organisatie van het toezicht zijn vier onderwerpen belangrijk:

- onafhankelijkheid en functiescheiding
- positionering van het toezicht
- deskundigheid
- integriteit en onpartijdigheid

Deze onderwerpen bespreken we achtereenvolgens in de paragrafen van dit hoofdstuk.

4.1 Onafhankelijkheid en functiescheiding

4.1.1 Uitgangspunten

De toezichtfunctie moet een afzonderlijke en onafhankelijke functie zijn, die gescheiden is van andere functies als beleid, regelgeving, uitvoering en advies. Daarmee worden risico's voorkomen zoals: onjuiste verantwoordingsinformatie, niet-adequate interventies, misbruik en oneigenlijk gebruik, fraude en belangenverstremming. Dit betekent niet dat de toezichtfunctie altijd in een zelfstandige organisatie moet zijn ondergebracht. Indien van voldoende waarborgen voorzien, kan het ook een onafhankelijke functie binnen een organisatorisch geheel zijn. Algemeen aanvaard uitgangspunt is dat de wetgever, de Kroon of de minister regelgeving en beleidskaders vaststelt.²⁶ Toezichthouders behoren conform de «Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen» (aanwijzing 124f)²⁷ uitsluitend regelgevende bevoegdheden te hebben, als het organisatorische of technische onderwerpen betreft, tenzij in bijzondere gevallen. Voor die bijzondere gevallen is goedkeuring nodig van de minister.

Tegelijkertijd is het belangrijk dat er, ondanks de functiescheiding, een duidelijke samenhang blijft tussen beleid, uitvoering en toezicht. Aparte toezichtorganisaties binnen of buiten het departement moeten daarom hun werkzaamheden voldoende terugkoppelen naar de beleids- en uitvoeringsinstanties.

4.1.2 Beschouwing

Het is de vraag of beleid en toezicht bij marktregulering wel altijd strikt gescheiden kunnen worden. Marktregulering is niet goed mogelijk zonder open normen die de toezichthouder zelf concreet moet invullen, doorgaans met enige regelstelling zoals richtlijnen.

Uit evaluaties en literatuur komt de scheiding tussen de regelgevende bevoegdheid en het toezicht naar voren als knelpunt. In een evaluatie van de Elektriciteitswet en de Gaswet uit 2002 heeft een aantal marktpartijen aangegeven de rolverdeling tussen DTe en de minister onduidelijk te vinden.²⁸ De marktpartijen vonden DTe te veel regelgever. De minister van Economische Zaken heeft daarop aangegeven dat hij het beleid in eerste instantie formuleert, en kondigde aan die afbakening te verduidelijken.

Publieke belangen – zoals sociale doelstellingen en milieudoelstellingen – dienen als randvoorwaarden voor de marktwerking. Daarvoor geldt dat de politiek deze belangen duidelijk en concreet moet en kan stellen, ook wanneer markttoezichthouders deze behartigen. Het is op deze punten niet noodzakelijk en ook niet wenselijk met open normen te werken. De

²⁶ «Visie op markttoezicht», p. 16.

²⁷ «Aanvulling van de Aanwijzingen voor de regelgeving met Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen», Regeling van 5 september 1996, nr. 96M006572, van de minister-president, minister van Algemene Zaken, Staatscourant 177, 13 september 1996, p. 16, 17 en 21.

²⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 254, nr. 1, p. 3.

Engelse Better Regulation Task Force stelt daarover in zijn rapport «Economic Regulators» het volgende²⁹:

«It is probable that regulators will continue to play a role in the delivery of social and environmental objectives. They are well-placed to do so, as they have the relevant expertise and they work closely with the companies. However, government must remember that the function of regulators is not to design social or environmental change. [...] The policy framework should distinguish clearly between the political goals of reducing fuel poverty and encouraging sustainable energy, where the parameters would be set by government, and the regulators' tasks of securing a reliable supply, promoting competition wherever possible and ensuring there are incentives for efficient production. [...] The policy objectives remain government's responsibility. [...] In practice this would mean departments clearly spelling out policy objectives on environmental and social issues which they would expect the regulators to implement.» Dat een duidelijke formulering van deze beleidsdoelstellingen nog wel eens te wensen overlaat, kwam naar voren in het onderzoek «Groene stroom» van de Algemene Rekenkamer. Daarin constateerde de Algemene Rekenkamer dat de regering in de loop der jaren doelstellingen had geformuleerd voor het aandeel duurzaam opgewekte elektriciteit van de totale hoeveelheid in Nederland gebruikte elektriciteit die niet consistent op elkaar aansluiten, omdat ze in verschillende termen zijn geformuleerd.³⁰

4.2 Positionering van het toezicht

4.2.1 Uitgangspunten

De Algemene Rekenkamer heeft geen opvattingen waar het toezicht gepositioneerd moet zijn, binnen of buiten het departement. Zij ziet dit vooral als een politiek-bestuurlijke afweging. Dit geldt bijvoorbeeld voor de vraag of toezichthouders een ZBO-status³¹ moeten hebben of voor de afweging tussen algemeen en specifiek markttoezicht. Wel vindt de Algemene Rekenkamer een goede afstemming tussen (markt)toezichthouders belangrijk.

De Europese wetgever schrijft niets voor over organisatorische onafhankelijkheid.³² Voor het toezicht op de financiële markten worden er wel eisen gesteld aan de onafhankelijkheid van de toezichthouder door het Internationaal Monetair Fonds en de International Organization for Governmental Securities Commissions (een mondiaal samenwerkingsverband van financiële toezichthouders). Volgens die eisen moet een financieel toezichthouder los staan van het verantwoordelijke ministerie.

4.2.2 Beschouwing

Er zit (nog) weinig lijn in de positionering van de markttoezichthouders. De NMa is onderdeel van het ministerie van Economische Zaken en heeft een paar kamers (DTe, Vervoerkamer). De OPTA is een publiekrechtelijk ZBO. De AFM is een privaatrechtelijk ZBO. Het is wel de bedoeling dat OPTA op termijn een kamer wordt van de NMa. De Eerste Kamer heeft op 7 december 2004 een wetsvoorstel aangenomen om de NMa als college (Raad van Bestuur) een ZBO te maken.³³

Hoewel de samenwerking van toezichthouders in allerlei protocollen behoorlijk geregeld lijkt te zijn, hoeft deze in de praktijk niet altijd even goed te lopen. Dat kwam bijvoorbeeld voor de samenloop OPTA/NMa naar voren uit de evaluatie van de OPTA.³⁴

²⁹ Better Regulation Task Force, «Economic Regulators», July 2001, p. 18; www.brtf.gov.uk.

³⁰ Algemene Rekenkamer, «Groene Stroom», Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 630, nrs. 1–2, p. 14–15.

³¹ ZBO = zelfstandig bestuursorgaan. Een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister. Definitie uit: voorstel Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, Eerste Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 27 426, nr. 276, artikel 1.

³² Zie antwoord op vraag 4 van de Kamer-vragen over de «Visie op markttoezicht».

³³ Eerste Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 27 639, nr. 228.

³⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 21 639, nr. 56, p. 16.

4.3 Deskundigheid

4.3.1 Uitgangspunten

Markttoezicht kan in juridisch, economisch en technologisch opzicht zeer complex zijn. Om hun taak goed uit te kunnen voeren is het dan ook essentieel dat de markttoezichthouders beschikken over deskundig personeel. De medewerkers hebben economische, juridische en (vak)technische deskundigheid nodig om het terrein te kunnen beoordelen waarop ze toezicht houden. Toezicht op marktwerking vraagt met name «sophisticated» economische kennis en technieken.

4.3.2 Beschouwing

De markttoezichthouders zijn jonge, snel groeiende organisaties die in korte tijd hun personeelsbestand moeten opbouwen en hun personeel aan zich moeten zien te binden. Ervaren personeel behouden lijkt een zorgpunt. Uit het «Syntheserapport evaluatie Mededingingswet»³⁵ van mei 2002 komen bijvoorbeeld aanwijzingen naar voren dat deskundig personeel de overstap maakt naar het bedrijfsleven, bijvoorbeeld naar de advocatuur. Verder kan de gevraagde deskundigheid verschuiven. Zo werd bij de NMa het kartelverbod voorheen sterk juridisch gehandhaafd en wordt dit nu meer economisch benaderd.

4.4 Integriteit en onpartijdigheid

4.4.1 Uitgangspunten

In guideline 5 van de INTOSAI Guidelines on Best Practice for the Audit of Economic Regulation³⁶ wordt aangegeven dat:

«To enable the regulator to operate effectively and to gain general acceptance for its work, it must be free from political pressure and resistant to influence from regulated suppliers, so that the decisions it takes are made impartially in the public interest.»

Om onpartijdig en integer te werken heeft de regulator regels en procedures nodig om beïnvloeding, uit welke hoek dan ook, te weerstaan. Daarbij zijn regels om belangenverstremming te voorkomen belangrijk. Bepaalde activiteiten voor de medewerkers moeten bijvoorbeeld verboden worden, zoals aandelen houden in bedrijven die onder toezicht staan, voor eigen rekening werkzaamheden verrichten die gelieerd zijn aan bedrijven die onder het toezicht van de toezichthouder vallen. Een ander risico is dat van vereenzelving met andere organisaties («capture») door betrokkenen; daarbij kan het om zowel ondernemingen als consumentenorganisaties gaan.

4.4.2 Beschouwing

Voor zover bekend hebben alle markttoezichthouders een integriteitsbeleid. De Algemene Rekenkamer heeft geen gegevens over hoe dit beleid daadwerkelijk functioneert.

³⁵ Berenschot, «Syntheserapport evaluatie Mededingingswet», 30 mei 2002, p. 61–62.

³⁶ INTOSAI Guidelines on Best Practice for the Audit of Economic Regulation opgesteld door de INTOSAI Working Group on the Audit of Privatisation, Seoul, 2001.

5 TOEZICHTBELEID

5.1 Uitgangspunten

De toezichthouder moet vooraf een *toezichtbeleid* geformuleerd hebben dat voldoende richting geeft om de drie elementen van toezicht uit te voeren: informatieverwerving, oordeelsvorming en interventies. De toezichthouder stelt daartoe duidelijk zijn doel vast en bepaalt hoe hij zijn toezicht gaat uitvoeren. Het toezichtbeleid moet zich richten op concrete en toetsbare doelstellingen. De middelen moeten goed onderbouwd worden ingezet. Risicoanalyse en marktanalyse zijn noodzakelijke instrumenten om een goed toezichtbeleid vast te stellen.

Verder is belangrijk dat de markttoezichthouder in zijn toezichtbeleid duidelijk aangeeft op welke aspecten van marktwerking het accent wordt gelegd: marktmacht en/of transparantie. Ook moet de toezichthouder – voor zover de wet daartoe de ruimte laat – het aangrijpingspunt van het toezicht aangeven: de voorwaarden voor de marktwerking, het proces van de marktwerking, de uitkomsten van de marktwerking. Verder is een belangrijke vraag, met name bij het algemene mededingingstoezicht, hoe de relevante markt wordt afgebakend.

De markttoezichthouder moet ook aangeven hoe andere publieke belangen worden meegenomen in het toezicht. In sommige gevallen is de markttoezichthouder zelf belast met het toezicht daarop, bijvoorbeeld de DTe die ook toezicht houdt op de leveringszekerheid en duurzaamheid van energie. In andere gevallen richten andere organen zich op de andere publieke belangen. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de brief van de minister van VWS over de beoogde oprichting van de Zorgautoriteit dat bij de liberalisering van de zorgverzekeringen het College van Zorgverzekeringen (CVZ) de taak krijgt van pakketbeheerder.³⁷ Dat raakt aan de taak van de Zorgautoriteit i.o. om te beoordelen of polissen in overeenstemming zijn met de Zorgverzekeringswet.

Tussen de andere publieke belangen en de bevordering van marktwerking kan spanning bestaan. In de «Visie op markttoezicht» geeft de minister aan dat de afweging van publieke belangen een taak is voor de politiek en niet voor de toezichthouder.³⁸ Voor zover echter de toezichthouder daarin zelf ruimte heeft, moet hij aangeven hoe hij die belangen tegen elkaar afweegt. In die gevallen waarin andere toezichthouders zich op de andere publieke belangen richten, is het zaak dat de minister een duidelijke hiërarchie van belangen aangeeft en dat de toezichthouders onderling voor een goede afstemming zorgen.

Ten slotte moeten de toezichthouders in hun toezichtbeleid kosten en baten van hun activiteiten tegen elkaar afwegen.

De Engelse Better Regulation Task Force (BRTF) heeft aanbevolen dat de toezichthouder zijn toezichtbeleid neerlegt in een jaarplan, dat past in een meerjarig kader.³⁹ Volgens de BRTF moeten markttoezichthouders in hun jaarplan aangeven hoe zij zullen omgaan met mogelijk strijdigheden tussen de verschillende doelstellingen van het toezicht. Als de toezichthouder beslissingen publiceert, moet hij toelichten hoe deze beslissingen bijdragen aan de doelstellingen van het toezicht. De BRTF geeft verder aan dat bedrijven die onder toezicht staan, de beweegredenen van de toezichthouder moeten kunnen volgen, om hun strategie te kunnen ontwikkelen.

³⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 324, nr. 3, p. 19.

³⁸ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 17.

³⁹ Better Regulation Task Force, «Economic Regulators», July 2001, p. 29; www.brtf.gov.uk.

Het is om een aantal redenen belangrijk dat een toezichtbeleid concreet vorm krijgt in een jaarplan. Om te beginnen geeft dit een duidelijke richting aan de interne bedrijfsvoering. Daarnaast verschaft een concreet geformuleerd jaarplan een handvat om te evalueren of het gevoerde toezicht effectief was en om het zo nodig bij te stellen. Ten slotte geeft een concreet jaarplan de organisatie die onder toezicht staat, enige zekerheid over wat zij kan verwachten. Dat is des te belangrijker bij markttoezicht-houders, omdat deze in het algemeen een zekere vrijheid hebben om wettelijke normen zelf in te vullen.

5.2 Beschouwing

In de OPTA-evaluatie uit 2001 constateerde Twynstra Gudde dat de marktpartijen onzeker waren over de voorspelbaarheid van marktcondities en de verwachte winstgevendheid in de telecomsector. OPTA had daaraan onder meer bijgedragen door in relatie tot een aantal dossiers vooraf niet genoeg normen te stellen, en doordat het voor de marktpartijen niet altijd duidelijk was welke keuzen OPTA maakte voor de lange en korte-termijnbelangen. In dat kader stelde Twynstra Gudde dat het optreden van OPTA in sommige gevallen positieve effecten heeft gehad op de dienstenconcurrentie en in andere gevallen op de infrastructuurconcurrentie. Hierdoor zijn de marktcondities voor marktpartijen niet altijd even voorspelbaar geweest.⁴⁰

Om een goed toezichtbeleid te kunnen opstellen heeft de toezichthouder deugdelijke en systematische beleidsinformatie nodig. Uit hun websites blijkt dat alle markttoezichthouders analyses uitvoeren van het terrein waarop ze toezicht houden en dat ze mede op basis daarvan richting geven aan hun toezichtactiviteiten.

In de «Visie op markttoezicht»⁴¹ geeft het kabinet aan dat de toezichthouder, om goed en transparant toezicht te houden, in een heldere visie dient neer te leggen hoe met de gegeven bevoegdheden en met verzoeken om op te treden zal worden omgegaan: het toezichtbeleid. Volgens de «Visie»⁴² volgt uit de Algemene wet bestuursrecht dat de markttoezichthouder een eigen toezichtbeleid (handhavingsbeleid) ontwikkelt en publiceert.

Wettelijk is nergens voorgeschreven dat de markttoezichthouders jaarlijks een toezichtbeleid moeten opstellen. Wel worden in enige wetten daarvoor aanzetten gegeven. Zo dient de DTe sinds augustus 2003 op basis van de Elektriciteitswet 1998 (artikel 5d lid 1) een handhavingsplan op te stellen dat de goedkeuring van de minister behoeft.⁴³ Een dergelijke bepaling was eerder ook al bij amendement toegevoegd aan het voorstel tot wijziging van de Mededingingswet in verband met de omvorming van de NMa tot ZBO.⁴⁴ Met een handhavingsplan moet het voor marktpartijen inzichtelijker en voorspelbaarder worden hoe de handhavinginstrumenten worden toegepast.

Voor de andere toezichthouders zijn er geen soortgelijke wettelijke verplichtingen. Wel moeten de markttoezichthouders hun begrotingen door de minister laten goedkeuren. Volgens de memorie van toelichting bij het Voorstel voor een nieuwe wet op het financieel toezicht⁴⁵ zal daarbij de begrotingssystematiek van de toezichthouders voortaan zijn gebaseerd op de uitgangspunten van VBTB.⁴⁶ Daarmee zou inzicht kunnen worden geboden in het voorgenomen beleid van de AFM en DNB. Overigens heeft de AFM in 2004 voor het eerst een jaargenda opgesteld.

⁴⁰ Ministerie van Verkeer en Waterstaat/ Twynstra Gudde, «Rapport Evaluatie OPTA», 30 maart 2001, p. 8–10.

⁴¹ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 10.

⁴² «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 10–11.

⁴³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 200 XIII, nr. 52, p. 1.

⁴⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 27 639, nr. 57.

⁴⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 708, nr. 3, p. 16.

⁴⁶ Van Beleidsbegroting tot Beleidsverantwoording.

Daarin geeft ze inzicht in haar (toezicht)prioriteiten en de belangrijkste ontwikkelingen voor 2004. De jaaragenda van de AFM zal voortaan ieder jaar in december verschijnen en vooraf in oktober in conceptvorm aan marktpartijen worden voorgelegd.⁴⁷

Ten slotte komen in de jaarverslagen die alle markttoezichthouders wettelijk verplicht zijn te schrijven, ook beschouwingen voor over het voorgenomen beleid. Zo geeft de OPTA in haar jaarverslag over 2003⁴⁸ een visie op de markten van elektronische communicatie en een visie op de postmarkt. Daarin analyseert ze de ontwikkelingen op die markten en stelt ze op basis daarvan een aantal (top)prioriteiten.

⁴⁷ Jaaragenda 2004, www.autoriteit-fm.nl.

⁴⁸ www.opta.nl.

6 INHOUD VAN HET TOEZICHT

Het toezicht op markten moet alle drie elementen bevatten: informatieverzameling, oordeelsvorming en interventies. Die drie elementen moeten goed uitgewerkt zijn en ook goed op elkaar afgestemd zijn.

6.1 Oordeelsvorming en beoordelingscriteria

6.1.1 Uitgangspunten

Het cruciale element in het toezichtproces is de oordeelsvorming. De markttoezichthouders moeten zich een oordeel vormen over de vraag of het doel van het toezicht – een goede marktwerking binnen de gestelde randvoorwaarden van andere publieke belangen – bereikt wordt. Om vast te stellen wanneer er een goede marktwerking is en wanneer de andere publieke belangen zijn gewaarborgd, moet de toezichthouder een duidelijk normenkader met duidelijke criteria hebben. Ook de «Visie op markttoezicht» benadrukt dat oordeelsvorming door de toezichthouder moet plaats vinden op basis van duidelijk kenbare normen en criteria.⁴⁹

Voor de markttoezichthouders zijn duidelijke beoordelingscriteria des te belangrijker, omdat zij veelal te maken hebben met open normen en omdat grootheden zoals een goede marktwerking (voor bijvoorbeeld de NMa) en/of een juiste prijszetting (voor DTe en OPTA) tamelijk lastig te operationaliseren zijn.

Goede concrete beoordelingscriteria vooraf voorkomen dat situaties willekeurig worden beoordeeld, en geven ook de onder toezicht staande zekerheid. Als dit toezichtelement niet goed is uitgewerkt, bestaat bovendien het risico dat de toezichthouder te veel en te ongericht informatie verzamelt.

Bij de oordeelsvorming gaat het niet alleen om de oordeelsvorming in individuele cases, maar ook om een oordeelsvorming over de totale sector of het totale terrein. Het gaat bij dit laatste in essentie om het toezichtproduct. Verwacht mag worden dat daarover ten minste jaarlijks in het jaarverslag verslag wordt gedaan.

6.1.2 Beschouwing

Goede beoordelingscriteria kunnen eenvoudiger geformuleerd worden als er een concreet uitvoeringsbeleid is. Uit evaluaties in 2001 en 2002 kwam naar voren dat duidelijke beoordelingscriteria en indicatoren in een aantal gevallen niet vooraf of niet voldoende waren geformuleerd (onder andere voor marktwerking). Zo was de OPTA vrij terughoudend bij het operationaliseren van normen ten aanzien van begrippen, zoals onder meer kostenoriëntatie en daadwerkelijke concurrentie.⁵⁰ Over de DTe stelde een aantal partijen dat de besluiten en Richtlijnen van DTe onvoldoende consistent en duidelijk zouden zijn.⁵¹

6.2 Informatieverwerking

6.2.1 Uitgangspunten

De informatieverzameling moet gericht zijn op het doel van het toezicht. Dit element hangt nauw samen met de oordeelsvorming. Wanneer je weet

⁴⁹ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 10.

⁵⁰ Ministerie van Verkeer en Waterstaat/ Twynstra Gudde, «Rapport Evaluatie OPTA», 30 maart 2001, p. 5.

⁵¹ «Evaluatierapport Elektriciteitswet 1998 en Gaswet», 1 maart 2002, p. 37 zie ook: Berenschot, «Eindrapport Audit DTe», Den Haag, 13 augustus 2003, p. 5; bijlage bij: Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 28 982, nr. 8.

waarover je een oordeel wilt vormen, weet je immers ook welke informatie je moet hebben.

Onderscheid kan worden gemaakt tussen «gebrachte» informatie (rapportages e.d.) en «gehaalde» informatie (bijvoorbeeld onderzoek ter plaatse). Als toezichthouders informatie gebruiken die de onder toezicht gestelde levert, moet deze worden gevalideerd. De medewerkers die informatie halen, moeten over voldoende bevoegdheden en deskundigheden beschikken om adequaat bediend te worden. Zo vergt een goede prijszetting bij netwerken een diepgaand inzicht in en grondige informatie over de (financiële en economische) bedrijfsvoering bij het gereguleerde bedrijf.⁵²

6.2.2 Beschouwing

Over hoe de verschillende toezichthouders aan de informatie komen voor hun toezicht, is (nog) weinig bekend. Ook de literatuur en de evaluaties besteden daaraan weinig tot geen aandacht. Wel wordt in de pers door ondertoezichtstaanden het nodige geklaagd over de vele informatie die de toezichthouder bij hen opvraagt zonder dat hun duidelijk is waarom.⁵³ Bij de evaluatie van maart 2002 van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet gaven marktpartijen aan dat naar hun mening DTe een onevenredige hoeveelheid informatie bij hen opvraagt.⁵⁴ Ze gaven aan dat dit een aanzienlijke administratieve last met zich meebracht, te meer daar voor hen niet altijd duidelijk was wat DTe met de gevraagde informatie deed. Dit is een klassiek probleem bij toezichthouders die onvoldoende duidelijke beoordelingscriteria hebben.

Een ander punt is ook dat aan partijen die onder toezicht staan, doorgaans voor verschillende publieke belangen wordt gevraagd hoe zij de normen naleven. Soms is dezelfde toezichthouder naast de zorg voor marktwerking ook belast met de zorg voor andere publieke belangen (DTe let bijvoorbeeld op toegankelijkheid, leveringszekerheid, duurzaamheid) en zal deze zelf voor afstemming kunnen zorgen. Vaak heeft een ondertoezichtstaande echter te maken met verschillende toezichthouders die elk voor zich een publiek belang bewaken. Een voorbeeld hiervan is de zorgverzekeringssector. Die krijgt vanaf 2006 niet alleen te doen met de Zorgautoriteit, maar onder andere ook met de NMa, de DNB, het CVZ, de AFM, de Inspectie voor de Gezondheidszorg, de FIOD-ECD en mogelijk ook met een nieuwe consumententoezichthouder.⁵⁵ In de «Visie op markttoezicht» wordt aangegeven dat het een goede informatie-uitwisseling tussen toezichthouders van belang is om verschillende uitleg van dezelfde soort begrippen te voorkomen. De visie stelt dat de markttoezichthouders hiervoor het beste samenwerkingsprotocollen of convenanten kunnen afsluiten.⁵⁶ Maar mogelijk ligt de oplossing meer in het onderbrengen van meerdere publieke belangen bij één toezichthouder, waarbij overigens – zoals eerder aangegeven – de andere publieke doelen duidelijk door de minister moeten zijn bepaald en aangegeven.⁵⁷ In de «Visie op markttoezicht» wordt ingegaan op enige voor- en nadelen van bundeling van meerdere toezichttaken binnen één sectorspecifieke markttoezichthouder.⁵⁸

In feite gaat het er om «regulatory overload» (te zware administratieve belasting door toezicht) te voorkomen. Deze kan ontstaan door een grote informatievraag in de volgende situaties:

- doordat er veel regelgeving is en de toezichthouder deze gedetailleerd nader invult;

⁵² Zie het rapport van het National Audit Office, Report by the Comptroller and Auditor General, «Pipes and Wires», HC 723 session 2001–2002: 10 April 2002, London: The Stationary Office, p. 5–6 en 31–32. www.nao.org.uk

⁵³ Zie bijvoorbeeld het artikel «Toezicht op banken moet niet door banken worden betaald» in Het Financieele Dagblad van 19 februari 2003.

⁵⁴ «Evaluatierapport Elektriciteitswet 1998 en Gaswet», 1 maart 2002, p. 37.

⁵⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 324, nr. 3, p 17–20.

⁵⁶ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 10.

⁵⁷ Zie ook Better Regulation Task Force, «Economic Regulators», July 2001, p. 16–18.

⁵⁸ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 9.

- doordat één markttoezichthouder toezicht houdt op verschillende andere publieke belangen naast marktwerking;
- doordat verschillende andere toezichthouders naast de markttoezichthouder toezicht houden op een veelheid aan andere publieke belangen naast marktwerking.

6.3 Interventies/sancties

6.3.1 Uitgangspunten

Duidelijk moet zijn tot welke interventies (waaronder sancties) de toezichthouder bevoegd is. Bovendien moeten deze toereikend zijn om de beoogde doelen (voldoende marktwerking binnen bepaalde publieke randvoorwaarden) te bereiken. De interventies moeten verder effectief en proportioneel zijn. Bij de toezichthouders moeten «sancties opleggen» (zoals bestuurlijke boetes) en «oordeelsvorming» gescheiden functies zijn. Daarnaast is het belangrijk dat de verschillende toezichthouders op één gebied hun interventies goed op elkaar afstemmen.

Voor interventies met rechtsgevolgen is het normatieve kader met bezwaar en beroep van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Daarnaast is het vaak ook mogelijk normovertredingen strafrechtelijk af te wikkelen. Wanneer de toezichthouder kan kiezen tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving moet hij goed motiveren waarvoor hij kiest. Ook moeten er goede afspraken zijn tussen de toezichthouder en het Openbaar Ministerie over de afstemming tussen het bestuursrechtelijke en het strafrechtelijke traject. Tenslotte kunnen vooral bij de Mededingingswet derden zich wenden tot de burgerlijke rechter, als ze menen in hun belang getroffen te zijn door een vermeende overtreder van mededingingsregels.⁵⁹ De toezichthouder zal ook dat in de keuze voor zijn optreden kunnen betrekken.

6.3.2 Beschouwing

Verwacht mag worden dat de toezichthouders de effectiviteit en doelmatigheid van hun interventies periodiek evalueren. In de evaluaties van de diverse toezichthouders en in de literatuur is (nog) weinig aandacht besteed aan de vraag of en hoe interventies en sancties worden beoordeeld op hun effecten. Dit punt verdient echter de aandacht, ook door de mogelijkheid in een aantal gevallen om te kiezen tussen bestuurlijke en strafrechtelijke sancties of om de normhandhaving eventueel in de privaatrechtelijke sfeer te laten.

Het lijkt tenslotte zinvol dat de betrokken departementen en markttoezichthouders periodiek een overzicht en een benchmark maken van de interventiemogelijkheden van de verschillende toezichthouders, zowel nationaal als internationaal.

⁵⁹ Bijvoorbeeld de rechtszaak eind 2003 tussen NLTree en KPN over (gratis) schoolinternet.

7 TOEZICHTPRODUCT

7.1 Uitgangspunten

In de voorgaande hoofdstukken ging het erom hoe het toezicht is georganiseerd en wat het inhoudt. In dit hoofdstuk gaan we in op het toezichtproduct: datgene waar het toezicht toe moet leiden. Toezicht op markten moet opleveren dat er op de desbetreffende markt een goede marktwerking komt: concurrentie en transparantie. Bij het sectorspecifieke markttoezicht zijn er doorgaans ook randvoorwaarden. Dat zijn andere publieke belangen die niet automatisch worden verzekerd door een (ongestoorde) marktwerking zoals toegankelijkheid, leveringszekerheid en duurzaamheid (van bijvoorbeeld energieproductie). Dat betekent dat bij het toezicht op markten het toezicht naast een goede marktwerking vaak ook nog een ander product moet opleveren, namelijk dat specifieke regelgeving over specifieke onderwerpen wordt nageleefd. Ook bij het algemene mededingingstoezicht op grond van de Mededingingswet kan de NMa naast marktwerking andere publieke belangen mee laten wegen.

Soms kunnen de verschillende producten -marktwerking en andere publieke belangen- elkaar in de weg zitten. In een aantal gevallen ligt het toezicht op marktwerking en andere publieke belangen bij dezelfde toezichthouder zoals bij de OPTA en de DTe. In andere gevallen, bijvoorbeeld in de voorstellen voor de zorg, ligt het toezicht op marktwerking en dat op andere publieke belangen bij verschillende toezichthouders. Waar het voor één toezichthouder al lastig is deze belangen af te wegen, wordt dit heel moeilijk als er verschillende toezichthouders zijn. Een samenhangende verantwoording door de toezichthouders aan minister, parlement en andere belanghebbenden over wat al het toezicht op één terrein oplevert, is zeker in die situatie gewenst.

7.2 Beschouwing

Uit de literatuur blijkt dat het niet zo eenvoudig is vast te stellen wanneer nu precies van effectieve concurrentie sprake is. De economische literatuur levert geen eenduidige definitie van concurrentie. Als gevolg daarvan is er geen duidelijke indicator om na te gaan of er concurrentie is en hoe sterk die is.⁶⁰ Ook is het de vraag of het altijd duidelijk is vast te stellen welk effect het toezicht daarop heeft.

De evaluaties van de Mededingingswet,⁶¹ Elektriciteitswet 1998 en Gaswet⁶² en OPTA-wet⁶³ geven aan dat deze wetten en het toezicht de marktwerking wel degelijk hebben bevorderd. Als we deze evaluaties nader beschouwen, wordt echter niet altijd goed duidelijk hoe die conclusies zijn onderbouwd en welke indicatoren en parameters zijn gebruikt om de marktwerking te meten. Evenmin blijkt uit de evaluaties duidelijk of die betere marktwerking te danken is aan de liberalisatie in combinatie met technische ontwikkelingen, aan de regelgeving of aan het toezicht. De vraag is overigens ook of die drie in hun effecten te scheiden zijn.

Voorts komen andere publieke belangen dan marktwerking in de evaluaties maar zeer summier aan de orde. Ook in de jaarverslagen van de toezichthouders wordt er veelal slechts summier aandacht aan besteed. In haar rapport «Groene Stroom» constateerde de Algemene Rekenkamer dat, hoewel er in 2003/2004 veel was verbeterd, er nog de

⁶⁰ Prof dr. E. E. C. van Damme en prof dr. Ph. Eijlander, «Toezicht op marktwerking: algemeen of specifiek?», in: De Ru en Peters (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten*, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2000, p. 62.

⁶¹ Berenschot, «Syntheserapport evaluatie Mededingingswet», 30 mei 2002, p. 1.

⁶² Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 254, nr. 1, p. 2.

⁶³ Ministerie van Verkeer en Waterstaat/ Twynstra Guddde, «Rapport Evaluatie OPTA», 30 maart 2001, p. 7–11.

nodige gebreken bestonden in de verantwoording over en het toezicht op de regelingen voor groene stroom.⁶⁴

De Staatssecretaris van Economische Zaken heeft bij haar brief met de antwoorden op de Kamervragen over de «Visie op markttoezicht» tevens aan de Tweede Kamer een onderzoek van het onderzoeksinstituut OXERA aangeboden over de kosten en baten van markttoezicht.⁶⁵ Deze studie biedt een raamwerk op basis van een *counterfactual* analyse. Daarin wordt de huidige situatie vergeleken met een alternatieve situatie waarin de toezichthouder niet zou bestaan (counterfactual), maar de onderliggende wetgeving of regulering wel. De staatssecretaris van Economische Zaken geeft in de begeleidende brief aan de Tweede Kamer aan dat het onderzoek de indicatie geeft dat door het toezicht van zowel OPTA als NMa de allocatieve efficiency (welvaart) aanzienlijk toeneemt en dat er een substantiële herverdeling is van producenten- naar consumenten-surplus. Daarbij vermeldt zij ook dat het slechts gaat om illustratieve toepassingen en partiële beoordelingen.⁶⁶

OXERA zegt over dit onderzoek dat het gebruikte raamwerk vooral goed toe te passen is op de kosten en baten van toezichthouders die zich richten op concurrentie.⁶⁷ Het raamwerk is volgens OXERA minder goed toepasbaar op toezichthouders die zich richten op vormen van marktfalen, die niet direct de concurrentie bedreigen, zoals asymmetrische informatie tussen vragers en aanbieders. Dit laatste speelt vooral bij de AFM. OXERA merkt op dat daar de bevordering van effectieve mededinging vaak minder aandacht heeft gekregen, juist omdat de regulering van financiële dienstverlening zich in Nederland en elders traditioneel op informatie-asymmetrie heeft gericht.

Hoewel OXERA daarvoor een interessant raamwerk heeft ontwikkeld, kunnen we concluderen dat het een moeilijke kwestie blijft om vast te stellen hoeveel effect de markttoezichthouders hebben op marktwerking en/of welvaartsgroei. Dit is zeker moeilijk te bepalen, als het toezicht ook nog op de andere publieke belangen betrekking heeft. Daarnaast is lastig om het causaal verband aan te tonen tussen welvaartsgroei en stimulering van marktwerking enerzijds en regulering en toezicht anderzijds, ook al vanwege de invloed van technische ontwikkelingen.

Om te bepalen hoe effectief marktregulering is, is het cruciaal hoe de «relevante markt» wordt afgebakend. Hoe wijder de grenzen van die markt worden getrokken, hoe minder snel er sprake zal zijn van marktmacht. Soms worden de grenzen van de relevante markt bepaald door – al dan niet Europese – regelgeving, zoals in de telecommunicatiesector.⁶⁸ In andere gevallen, vooral bij de Mededingingswet, wordt de relevante markt bepaald door de toezichthouder of – bij beroep – door de rechter. Waar de grenzen precies getrokken moeten worden, zal van geval tot geval worden bepaald. Door de directeur-generaal van de NMa is dit in een rede voor de jaarlijkse conferentie van ENCORE als volgt aangeduid: «Market definition is an art rather than a science: it deals with the skillful application of law, economics and statistics».⁶⁹ De vraag kan worden gesteld of de politiek de relevante markt toch niet meer zou moeten bepalen. Overigens geeft de minister in de «Visie op markttoezicht» aan dat hij niet elke open norm nader zal invullen. Het begrip «relevante markt» bijvoorbeeld is wel een open (economisch) begrip is, maar hoeft niet te worden afgebakend tegenover andere publieke belangen.⁷⁰

⁶⁴ Tweede Kamer 2003–2004, 29 630, nrs. 1–2, p. 27–30.

⁶⁵ OXERA, «Costs and Benefits of Market Regulators», 2 delen, October 2004.

⁶⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 800 XIII nr. 36, p. 2.

⁶⁷ OXERA, «Costs and Benefits of Market Regulators», deel I, October 2004, p. VII.

⁶⁸ Stb. 2004, 189; Kamerstukken 28 851.

⁶⁹ «Measurement and the Art of Competition Policy», versie 14 april '04, pg. 11; website NMa: www.nmanet.nl.

⁷⁰ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 17.

Een apart probleem is nog de juiste prijszetting (*price cap*) te bepalen voor de producten of diensten in netwerksectoren. Een te hoge prijs geeft monopoliewinsten voor de netwerkeigenaar, een te lage prijs kan technische vernieuwingen tegenhouden.⁷¹ In beide gevallen gaat de welvaart voor de samenleving achteruit. In feite moet de toezichthouder de hele bedrijfsvoering van de marktpartij doorlichten om de prijszetting goed te kunnen bepalen. Dat vraagt veel deskundigheid en kennis van de toezichthouder.

⁷¹ Zie ook: Ministerie van Verkeer en Waterstaat/Twynstra Gudde, «Evaluatie OPTA», 30 maart 2001, p. 8, waarin vraagtekens worden gezet bij de tariefstelling voor het gebruik van de lokale infrastructuur van KPN, die het investeringsklimaat voor nieuwe infrastructuraanbieders minder aantrekkelijk zou maken.

8 MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

8.1 Uitgangspunten⁷²

Toezicht op markten is een publieke taak die wordt gefinancierd met publiek geld. Vaak is dit een combinatie van rijksbijdragen en heffingen bij de bedrijven die onder toezicht staan.⁷³ Dit publieke geld moet rechtmatig worden geïnd en besteed, dat wil zeggen: in overeenstemming met de wettelijke voorschriften die hieraan zijn gesteld. Verder moet het ordelijk en controleerbaar worden beheerd. Organisaties die publiek geld innen en besteden, moeten zich daarover jaarlijks verantwoorden. Verder dienen die organisaties jaarlijks verantwoording af te leggen over hoe ze de (wettelijke) taak uitvoeren: de activiteiten die zij daartoe verrichten en de prestaties die zij daarvoor leveren. Vooral de doelmatigheid en doeltreffendheid zijn daarbij belangrijk. De verantwoording over de prestaties (taakuitvoering) moet samenhangen met de verantwoording over de financiën.

Een aantal markttoezichthouders zijn afzonderlijke rechtspersonen die op afstand geplaatst zijn van het Rijk. In ons staatsbestel moet de minister altijd aan de Staten-Generaal kunnen rapporteren hoe een publieke taak wordt uitgevoerd en of de daarmee gemoeide publieke middelen recht- en doelmatig worden gebruikt. Dit geldt ook, als een organisatie buiten de rijksoverheid deze publieke taak uitvoert.⁷⁴ De minister moet daarom *toezicht* houden om zich een oordeel te vormen over hoe deze RWT's hun taak uitvoeren en of ze de daarmee gemoeide publieke gelden recht- en doelmatig innen, beheren en besteden. Bij markttoezicht heeft de minister volgens de «Visie op markttoezicht» vooral een voorwaardenscheppende rol en is hij alleen verantwoordelijk voor de wetgeving en de kaders waarin de organisatie opereert.⁷⁵ Ook dan moet hij echter voor wat betreft de taakuitvoering inzicht verwerven in de beleidsprestaties van de direct verantwoordelijke organisatie en de Kamer hiervan op de hoogte stellen.⁷⁶ De «systeemverantwoordelijke» minister blijft daarmee te allen tijde een «toetsende» medeverantwoordelijkheid houden voor de resultaten, zoals het systeem die voortbrengt en zoals die in de algemene beleidsdoelstelling geformuleerd zijn.

De Algemene Rekenkamer hanteert daarbij als uitgangspunt dat er duidelijke afspraken moeten bestaan tussen ministerie en RWT over de reikwijdte en diepgang van de verantwoording over prestaties, middelen en bedrijfsvoering.

Het toezicht van de minister beziet de Algemene Rekenkamer vooral in het licht van de ministeriële verantwoordelijkheid. Om zijn verantwoordelijkheid waar te kunnen maken moet de minister een duidelijk omschreven minimumpakket aan bevoegdheden hebben om te kunnen sturen en bij te sturen. Afhankelijk van de aard en taak van de RWT kunnen die bevoegdheden bestaan uit: goedkeuring, schorsing of vernietiging van bepaalde besluiten of instemming met (bepaalde) bestuurshandelingen. Het is een politieke afweging hoe precies de relatie tussen de minister en toezichthouder op afstand is vormgegeven. Zo heeft de minister bij de markttoezichthouders niet de mogelijkheid om besluiten in individuele gevallen te vernietigen. Alleen de rechter kan dergelijke besluiten toetsen. Wel meent de Algemene Rekenkamer dat de minister steeds moet kunnen ingrijpen, als een markttoezichthouder zijn taak ernstig verwaarloost (taakverwaarlozingsregeling).⁷⁷

⁷² Zie met name: Algemene Rekenkamer, «Toezicht op uitvoering publieke taken», Tweede Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 25 956, nrs. 1–2; Algemene Rekenkamer, «Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak deel 3», Tweede Kamer, vergaderjaar 2002–2003, 28 655, nrs. 1–2; Algemene Rekenkamer, «Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak deel 4», Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 450, nrs. 1–2.

⁷³ Zie antwoord op vraag 20 van de Tweede Kamer bij de «Visie op markttoezicht».

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld: Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 26 806, nr. 6, Notaoverleg op 6 november 2000 van de vaste commissie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties uit de Tweede Kamer met de minister van BZK over de nota «Vertrouwen in verantwoordelijkheid».

⁷⁵ «Visie op markttoezicht», p. 15–18.

⁷⁶ Hafir, Regeling Rijksbegrotingsvoorschriften 2002 van de minister van Financiën, dd. 19-11-2001, p. 27–28.

⁷⁷ Algemene Rekenkamer «Toezicht op uitvoering publieke taken», Tweede Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 25 956, nrs. 1–2, p. 14.

8.2 Beschouwing

De markttoezichthouders leggen verantwoording af over hun toezicht aan de minister, die op zijn beurt weer verantwoording aflegt aan het parlement. Daarvoor moet de minister zich een oordeel kunnen vormen over hoe de markttoezichthouder functioneert, van wie hij daartoe informatie moet (kunnen) krijgen. Het kabinet heeft dit zo neergelegd in de «Visie op markttoezicht».⁷⁸

De NMa, de DTe en de Vervoerkamer zijn onderdeel van het ministerie van Economische Zaken, wat betekent dat de minister volledig verantwoordelijk is voor deze organisaties. Binnen het departement hebben ze echter wel een zekere zelfstandige positie. Bovendien stellen de verschillende wetten (bijvoorbeeld de Mededingingswet) enkele specifieke eisen zoals een afzonderlijke verslaggeving. Door de Eerste Kamer is op 7 december 2004 het wetsvoorstel aangenomen om de NMa om te vormen tot een zelfstandig bestuursorgaan.⁷⁹

De andere bestaande twee markttoezichthouders, OPTA en AFM, zijn ZBO's. De OPTA is een publiekrechtelijke rechtspersoon en de AFM is een privaatrechtelijke rechtspersoon (stichting). De verantwoordelijkheid van de minister is neergelegd in de op deze instellingen betrekking hebbende specifieke wetgeving. Voor de Zorgautoriteit i.o. zal dit moeten worden geregeld in de Wet marktordening gezondheidszorg die in 2005 aan de Tweede Kamer wordt aangeboden. De minister van VWS heeft aangegeven voorkeur te hebben voor een ZBO-status van de Zorgautoriteit, met een publiekrechtelijke rechtspersoon.

De NMa, DTe en Vervoerkamer vallen als onderdeel van het ministerie van Economische Zaken onder het normale regime van de Comptabiliteitswet. Hun begroting is onderdeel van de departementale begroting. NMa en DTe brengen wel (gezamenlijk) een afzonderlijk jaarverslag uit. De Vervoerkamer is pas per 1 januari 2004 opgericht en heeft dus nog geen jaarverslag uitgebracht. Het jaarverslag van NMa/DTe bevat wel een verslag van werkzaamheden, maar geeft nauwelijks financiële gegevens; die staan in de departementale rekening. De gewenste samenhang tussen werkzaamheden en financiën gaat daarmee verloren. OPTA en AFM brengen beide een jaarrekening en een jaarlijks verslag van hun werkzaamheden uit, die de minister moet goedkeuren. Bij de AFM worden hiervoor regels gesteld in het «Voorstel voor een wet op het financieel toezicht».⁸⁰ Ook bij OPTA en AFM is het niet voorgeschreven dat de gegevens over de werkzaamheden en de financiën worden geïntegreerd in het verslag.

Bij alle jaarrekeningen worden rechtmatigheid en financieel beheer afgedekt.

Opmerkelijk is dat alleen voor het verslag van werkzaamheden van de NMa is voorgeschreven dat de minister zijn eigen bevindingen daarover mee moet sturen aan de Tweede Kamer.

De geheimhoudingsplicht kan de verantwoording en de informatieverstrekking door toezichthouders aan de minister en anderen compliceren. De toezichthouders hebben die geheimhoudingsplicht op grond van wettelijke bepalingen en EU-richtlijnen voor bedrijfsgegevens die tot individuele organisaties herleidbaar zijn. Enerzijds is het uitgangspunt dat de minister geen bedrijfsvertrouwelijke gegevens kan opvragen. Ander-

⁷⁸ «Visie op markttoezicht», p. 16.

⁷⁹ Eerste Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 27 639, nr. 228.

⁸⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 708, nr. 2, art. 1:16 en 1:19.

zijds zijn er de bepalingen dat een ZBO aan de minister desgevraagd alle inlichtingen verstrekt die deze nodig heeft om zijn taak uit te kunnen oefenen.⁸¹ In het ZBO-wetsvoorstel voor de NMa wordt dit zodanig geïnterpreteerd dat de minister ook bedrijfsvertrouwelijke gegevens kan inzien.⁸² Op een soortgelijke manier wordt met het geheimhoudingsartikel in de OPTA-wet (artikel 24) omgegaan.

In dit kader heeft de informatieverschaffing door de toezichtautoriteiten op de financiële markten midden jaren negentig met de Vie d'Or-affaire voor de nodige ophef gezorgd. De verschillende financiële toezichtwetten stelden dat gegevens of inlichtingen die de toezichthouders over instellingen hadden verkregen, niet werden gepubliceerd en geheim waren. Die bepaling was zo absoluut geformuleerd dat zelfs de minister van Financiën geen bevoegdheid had om – in het geval van Vie d'Or – alle gewenste gegevens van de Verzekeringskamer te krijgen.⁸³ De minister heeft daarop het Wetsvoorstel «toezicht op toezicht» aanhangig gemaakt.⁸⁴ De daaruit resulterende wet⁸⁵ geeft de minister de bevoegdheid om aan de financiële toezichthouders de gegevens te vragen die hij nodig heeft om toezicht te houden op de toereikendheid van de desbetreffende wet of op de manier waarop de toezichthouder die uitvoert of heeft uitgevoerd. Daarbij heeft de minister ook de mogelijkheid gekregen informatie op te vragen bij de betrokken financiële toezichthouder over een individuele instelling die onder toezicht staat, zij het alleen onder bepaalde omstandigheden, namelijk als de instelling failliet of nagenoeg failliet is.⁸⁶ Naar de mening van de minister van Financiën was daarmee de ruimte benut die de Europese geheimhoudingsbepalingen boden.⁸⁷ Deze gedragslijn is in het «Voorstel voor een Wet op het financieel toezicht»⁸⁸ in artikel 1:25 inhoudelijk ongewijzigd overgenomen.

De vraag kan worden gesteld of dit voor de minister voldoende basis is om zich een oordeel te vormen over de taakuitvoering van de AFM.

In zijn reactie op deze achtergrondstudie wees de minister van Financiën er op dat in de studie verschillende toezichthouders worden besproken die soms op basis van Europeesrechtelijke achtergronden verschillen. Hij acht het van belang dat deze verschillen onderkend worden bij de beoordeling van het functioneren van de financiële toezichthouders. Een voorbeeld waarbij de AFM afwijkende mogelijkheden heeft ten opzichte van andere toezichthouders (bijvoorbeeld de NMa en de OPTA) betreft de geheimhoudingsplicht. Deze is afkomstig uit het Europese recht en komt er op neer dat vertrouwelijke gegevens die de AFM in het kader van het toezicht verkrijgt, geheim moeten blijven. De reden hiervoor is het ingrijpende karakter van de verplichting voor financiële ondernemingen informatie te verstrekken aan de toezichthouder en het bevorderen van die informatieverstrekking door de onder toezicht staanden. Hiervoor is het van belang dat financiële ondernemingen, behoudens enkele wettelijke gespecificeerde uitzonderingen, erop kunnen vertrouwen dat vertrouwelijke informatie vertrouwelijk blijft.

De minister kan de stelling van de Rekenkamer in haar studie dat de ministeriële verantwoordelijkheid moeilijk waar te maken kan zijn als gevolg van deze geheimhoudingsplicht in haar algemeenheid niet onderschrijven. Tegenover de geheimhoudingsplicht heeft de toezichthouder de verplichting informatie te verstrekken die nodig is om te beoordelen of de toezichthouder naar behoren functioneert. De gegevens die de toezichthouder van de financiële onderneming verkrijgt, zijn divers van aard en niet al deze gegevens zijn noodzakelijk voor het beoordelen van de prestaties van de toezichthouder. In lijn met

⁸¹ ZBO-wetsvoorstel voor de NMa, Eerste Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 27 639, nr. 228, artikel 5e; OPTA-wet, art. 18.

⁸² Tweede Kamer 2000–2001, 27 639, nr. 3 p. 14.

⁸³ H. R. B. M. Kummeling, «Relatieve geheimhoudingsplichten», W. E. J. Tjeenk Willink, Deventer, 1997, p. 17.

⁸⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 1995–1996, 24 456, nrs. 2–3.

⁸⁵ Stb. 1999, 342. Wet van 2 juli 1999 tot aanpassing van de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 en de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf in verband met het mogelijk maken van onderzoek naar de toereikendheid van deze wetgeving of van de wijze waarop de toezichthouders deze wetgeving uitvoeren of hebben uitgevoerd.

⁸⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 1995–1996, 24 456 en 23 669, nr. 12, p. 14.

⁸⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 1995–1996, 24 456 en 23 669, nr. 12, p. 14.

⁸⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 708, nr. 2.

Europese regelgeving behoeven bijvoorbeeld vertrouwelijke gegevens over individuele instellingen niet te worden verstrekt.

Voorts merkt de minister op dat hij, naast de informatieverplichting, diverse andere bevoegdheden heeft om het optreden van de toezichthouder te beoordelen. Hierbij moet gedacht worden aan: het goedkeuren van de begroting en de jaarverantwoording, de benoeming en ontslag van de bestuurders van de toezichthouders en de reguliere vijfjaarlijkse evaluaties van het optreden van de toezichthouders. Verder vindt hij het van belang te realiseren dat het optreden van de toezichthouder in individuele gevallen altijd onderhevig is aan rechterlijke controle.

Of de minister zijn verantwoordelijkheid helemaal waar kan maken is ook belangrijk vanwege de mogelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder zelf en/of de minister voor toezicht dat niet goed is uitgevoerd.⁸⁹ In haar reactie op deze achtergrondstudie gaf de AFM aan dat in de jurisprudentie, die over aansprakelijkheid van toezichthouders beschikbaar is (o.m. Vie d'Or en Peetoom), de betrokken rechtscolleges de vraag of toezichthouders aansprakelijk zijn, bevestigend hebben beantwoord. Daarnaast merkt de AFM op dat door het Ministerie van Financiën bij het operationeel worden van de toezichttaak van de AFM (indertijd als Stichting Toezicht effectenverkeer), onder voorwaarden, een vrijwaring is verleend welke thans is aangevuld met een beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

Ten slotte is er nog de Europese dimensie die het voor de minister lastig maakt om zijn ministeriële verantwoordelijkheid voor het markttoezicht volledig waar te maken. De markttoezichthouders voeren rechtstreeks onderzoek uit voor de Europese Commissie en markttoezichthouders uit andere landen en nemen deel aan functionele Europese samenwerkingsverbanden met soortgelijke markttoezichthouders. Het is niet altijd even duidelijk wie daarvoor verantwoordelijk is. De markttoezichthouders opereren daarmee in een «verantwoordelijkheidsvacuüm» dat te meer klemmt, omdat ze daarnaast met grote vrijheid en uitgebreide bevoegdheden hun werk doen. Overigens stelt de «Visie op markttoezicht» hierover dat de minister uiteraard vooraf op de hoogte moet zijn van afspraken die de toezichthouders met elkaar maken en indien wenselijk ook instructies moet kunnen geven op terreinen waar de minister beleidsverantwoordelijkheid heeft.⁹⁰ In dit verband merkte de Minister van Financiën in zijn reactie op deze achtergrondstudie op dat indien de toezichthouder in internationale samenwerkingsverbanden opereert, de minister verantwoordelijk blijft voor zijn functioneren. De toezichtsbevoegdheden van de minister zijn ook in dit kader van toepassing.

⁸⁹ Door het ministerie van Justitie is aan professor Cees van Dam, Director Regulation Forum, British Institute of International and Comparative Law (www.biicl.org), een opdracht verleend voor een onderzoek naar de aansprakelijkheidsrisico's van toezichthouders op de terreinen van marktwerking, gezondheid en veiligheid. Rapportage hierover is gepland voor 15 juli 2005.

⁹⁰ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 4.

9 PUBLIEKE VERANTWOORDING EN CONSULTATIE

9.1 Uitgangspunten

De toezichthouders moeten niet alleen aan de minister verantwoorden hoe ze hun publieke taak uitvoeren. Dit moet ook transparant zijn voor andere belanghebbenden en voor de samenleving als geheel. Dit wordt vanuit verschillende hoeken benadrukt. De Better Regulation Task Force (BRTF)⁹¹ en de INTOSAI Working Group on the Audit of Privatisation⁹² vinden het daarnaast belangrijk dat markttoezichthouders stakeholders (zoals consumentenorganisaties, belangengroepen, cliëntenraden en gereguleerde bedrijven) betrekken bij hun plannen, regelingen en beslissingen. In de INTOSAI Guidelines wordt daarover opgemerkt dat de organisaties die onder toezicht staan, doorgaans in bezwaar en beroep kunnen gaan tegen beslissingen van de toezichthouders, maar de consumenten niet. Om maatschappelijk draagvlak te creëren is het belangrijk dat de toezichthouders belanghebbenden consulteren en uitleg geven over hun beslissingen. Ook de «Visie op markttoezicht» benadrukt het belang van communicatie met het veld voor de effectiviteit van de markttoezichthouders.⁹³

Hoe meer beslissingsruimte de toezichthouder heeft, hoe sterker de noodzaak voor transparantie en consultatie is. Daarbij kan overigens de vertrouwelijkheid van bedrijfsgegevens een reële beperking zijn. Dat geldt bijvoorbeeld in de financiële sector, waar het heel belangrijk is dat stabiliteit en vertrouwen instandgehouden worden.

De BRTF onderkent twee zorgpunten in het consultatieproces van stakeholders. Er kan eenvoudigweg te veel geconsulteerd worden en soms hebben de toezichthouders zich al voor de consultatie een definitieve mening gevormd.

Van de huidige markttoezichthouders kent de AFM als enige een raad van toezicht. Die raad ziet erop toe dat het bestuur van de AFM zijn taken naar behoren uitvoert en keurt ook het jaarplan, de begroting en de jaarrekening van de AFM goed, voordat de minister deze goedkeurt. Grote strategische bestuursbesluiten worden vooraf ter goedkeuring aan de raad van toezicht voorgelegd. De minister van Financiën benoemt of ontslaat de leden van de raad. Leden van het Bestuur van de AFM worden benoemd op voordracht van de raad van toezicht.

In lijn met de «Kaderstellende visie op toezicht» van het kabinet⁹⁴ meent de Algemene Rekenkamer dat de raad van toezicht of de publieke verantwoording aan stakeholders het toezicht door de minister niet kan vervangen. Wel kan deze daar onder strikte voorwaarden gebruik van maken. In de «Visie op markttoezicht» stelt het kabinet zich op hetzelfde standpunt.⁹⁵

9.2 Beschouwing

Alle markttoezichthouders consulteren stakeholders, vaak voordat ze bepaalde beleidsregels en/of richtsnoeren opstellen. Ook organiseren ze consultaties over bijzondere onderwerpen. De consultaties kunnen verschillende vormen (schriftelijk, mondeling) hebben en kunnen zich richten op verschillende groepen stakeholders (gereguleerden, belangengroepen, consumentenorganisaties). De NMa houdt een consultatie over haar prioriteiten in het toezicht. Om de buitenwereld te raadplegen

⁹¹ Better Regulation Task Force, «Economic Regulators», July 2001, p. 35–36; www.brtf.gov.uk.

⁹² INTOSAI Guidelines on Best Practice for the Audit of Economic Regulation opgesteld door de INTOSAI Working Group on the Audit of Privatisation, Seoul, 2001, Guideline 8.

⁹³ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 12.

⁹⁴ «Kaderstellende visie op toezicht», Tweede Kamer, vergaderjaar 2000–2001, 27 831, nr. 1.

⁹⁵ «Visie op markttoezicht», 18 juni 2004, p. 12.

over haar prioriteiten voor 2004 heeft de NMa in augustus 2003 een consultatiedocument uitgebracht dat ook betrekking heeft op de DTe en de Vervoerkamer, toen in oprichting.⁹⁶ Behalve om meningen over de aandachtsgebieden voor 2004 vroeg de NMa aan belanghebbenden om reacties op de criteria op basis waarvan de NMa haar prioriteiten stelt. Het voornemen bestaat om bij de Zorgautoriteit tot een soortgelijke consultatieprocedure te komen als bij de NMa.⁹⁷

In het voorstel voor de nieuwe Wet op het financieel toezicht⁹⁸ wordt in artikel 1.22 bepaald dat de financiële toezichthouders (AFM en DNB) een overleg organiseren over hun begroting, over de gerealiseerde baten en lasten, de inkomsten en uitgaven, de verrichte werkzaamheden en de toezichtlasten voor ondernemingen. Dat overleg moet tweemaal per jaar plaats vinden met een representatieve vertegenwoordiging van de ondernemingen die onder zijn toezicht staan, cliëntenorganisaties die de toezichthouder heeft toegelaten en ambtenaren die de minister heeft aangewezen. Het gaat hierbij om overleg over zowel het voorgenomen als het gevoerde beleid. Overigens consulteert de AFM al langere tijd onder toezicht staande instellingen over haar begroting. Sinds 2004 consulteert de AFM marktpartijen ook over haar – in haar jaaragenda neergelegde – (toezicht)prioriteiten.⁹⁹

Naar de mening van de Algemene Rekenkamer zouden uit oogpunt van «good governance» ook andere markttoezichthouders hun stakeholders moeten raadplegen over zowel het voorgenomen als het gerealiseerde beleid. Belangrijk is dat ook consumentenorganisaties worden betrokken bij de consultaties. Consumenten hebben immers wel te maken met de beslissingen van de toezichthouders, maar kunnen daar zelf niet tegen in bezwaar of beroep gaan.

⁹⁶ Consultatiedocument NMa-agenda 2004, 08-08-2003; www.nmanet.nl.

⁹⁷ Tweede Kamer vergaderjaar 2003–2004, 29 324, nr. 3, p. 21.

⁹⁸ Tweede Kamer vergaderjaar 2003–2004, 29 708, nr. 2.

⁹⁹ Jaaragenda 2004, www.autoriteit-fm.nl.