



Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Nederlandse Mededingingsautoriteit

14 februari 2012

1. Inleiding

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) ontvangt meer klachten en signalen over mogelijke overtredingen van regelgeving waarvan de naleving aan haar toezicht is onderworpen, dan zij gelet op haar onderzoekscapaciteit in onderzoek kan nemen. Dit noodzaakt de NMa tot het maken van keuzes over welke signalen en klachten zij zal onderzoeken. Daartoe hanteert de NMa een prioriteringsbeleid. Onder klachten verstaat de NMa in dit verband aanvragen tot handhavend optreden. Indien geen sprake is van een aanvraag tot handhavend optreden, dan spreekt de NMa over een signaal.

Als de NMa een klacht ontvangt, gaat zij allereerst na of de klacht inderdaad moet worden aangemerkt als een aanvraag tot handhavend optreden in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Hiervoor is ten eerste bepalend of de klager belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 Awb. Ten tweede moet de klacht voldoen aan de eisen die deze wet aan de aanvraag stelt.¹ Deze eisen komen terug in het formulier dat de NMa heeft vastgesteld voor het indienen van aanvragen tot handhavend optreden. De NMa onderzoekt vervolgens op basis van haar prioriteringsbeleid of aan het onderzoek naar de klacht prioriteit moet worden gegeven gezien de beschikbare onderzoekscapaciteit.

In het navolgende gaat de NMa in op de uitgangspunten van haar prioriteringsbeleid.²

2. Prioriteringscriteria die de NMa hanteert

De NMa bepaalt de prioriteit van een onderzoek naar een klacht of signaal over een mogelijke overtreding aan de hand van de volgende vragen:

1. Welke omvang heeft het economisch belang dat met de mogelijke overtreding is gemoeid?
2. Welke omvang heeft het consumentenbelang dat met de mogelijke overtreding is gemoeid?
3. Hoe ernstig is de mogelijke overtreding?
4. Is het optreden van de NMa tegen de mogelijke overtreding doelmatig en doeltreffend?

In het geval er sprake is van een aanvraag tot handhavend optreden, houdt de NMa bij de beoordeling van de prioriteit van een onderzoek tevens rekening met het betrokken individuele belang van de aanvrager, naast eventueel betrokken maatschappelijke belangen.

Bij de onderlinge afweging van de belangen hanteert de NMa als uitgangspunt dat zij in de eerste plaats de belangen van de consument in het algemeen dient. Ook houdt de NMa rekening met de aandachtsgebieden en de sectoren die zij benoemd heeft in de NMa-agenda.

Indien het antwoord op één of meer van de bovengenoemde vragen en belangen tot de conclusie leidt dat een nader onderzoek naar een aanvraag tot handhavend optreden geen prioriteit heeft, gezien de beschikbare onderzoekscapaciteit op dat moment of binnen afzienbare tijd, dan wijst de NMa de aanvraag af wegens gebrek aan prioriteit.

Economisch belang

Voor het antwoord op de vraag welke omvang het economisch belang heeft dat met een mogelijke overtreding is gemoeid, verkent de NMa welk effect de overtreding – als daarvan sprake zou zijn – heeft voor de Nederlandse economie als geheel.

Bij signalen en klachten over mogelijke overtredingen van de Mededingingswet maakt de NMa daartoe een inschatting van de mogelijke relevante markten. Blijkt uit die grofmazige inschatting dat

¹ Zie Afdeling 4.1.1, artikelen 4:1 tot en met 4:6 Awb.

² Het prioriteringsbeleid van de NMa heeft geen betrekking op de vraag of de NMa handhavend optreedt tegen door haar geconstateerde overtredingen. Het prioriteringsbeleid moet dan ook worden onderscheiden van het handhavingsbeleid dat de NMa hanteert bij de inzet van haar (alternatieve) handhavingsinstrumenten, indien de NMa op basis van een onderzoek een vermoedelijke overtreding vaststelt. De uitgangspunten van dit handhavingsbeleid zijn neergelegd in het document 'Handhaving door de Nederlandse Mededingingsautoriteit' (Staatscourant 1 april 2009, nr. 63).



de omvang daarvan relatief gering is, dan zal de impact op de Nederlandse economie in beginsel ook gering zijn. Is de omvang relatief groot, dan beoordeelt de NMa de impact van de mogelijke inbreuk op de relevante markt.

Bij signalen en klachten over mogelijke overtredingen van de sectorspecifieke regelgeving voor de energie- en vervoermarkten acht de NMa het gebruik van de omvang van de relevante markten als criterium minder geschikt. Gebruik van de omvang van de relevante markten als criterium kan er immers toe leiden dat de NMa klachten over netbeheerders verschillend behandelt, naar gelang de omvang van het netwerk van de desbetreffende netbeheerder. Gelet hierop verkent de NMa het economisch belang bij de veronderstelde overtreding in de eerste plaats aan de hand van de economische impact van die overtreding. Ten tweede kan de NMa het belang van marktopening en het belang van een level playing field meewegen.

Consumentenbelang

Voor het antwoord op de vraag welke omvang het consumentenbelang heeft dat met een mogelijke overtreding is gemoeid, verkent de NMa in hoeverre die overtreding – als daarvan sprake zou zijn – de consument (direct of indirect) raakt, bijvoorbeeld in de vorm van hogere prijzen, slechtere kwaliteit, beperking van keuzemogelijkheden of een beperking in de mogelijkheid om zijn eigen belang optimaal te behartigen doordat hem de daarvoor benodigde (transparante) informatie wordt onthouden. Dit neemt overigens niet weg dat de NMa onder omstandigheden ook belang kan hechten aan mogelijke overtredingen die ingrijpen in de structuur van de markt.

Ernst van de overtreding

Voor het antwoord op de vraag hoe ernstig een mogelijke overtreding is, sluit de NMa in beginsel aan bij de indeling van voorschriften in de boetecategorieën van de Beleidsregels voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009³, welke indeling is gebaseerd op de ernst van de overtreding van die voorschriften.

Bij signalen of klachten over veronderstelde overeenkomsten tussen ondernemingen die mogelijk overtredingen van artikel 6 of 24 van de Mededingingswet opleveren, onderscheidt de NMa zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Verstreckende horizontale afspraken en uitsluitingsmisbruik beschouwt de NMa als zeer zware overtredingen (zie ook de Toelichting bij artikel 6 van de genoemde Boetebeleidsregels).

Bij signalen of klachten over mogelijke overtredingen van de sectorspecifieke regelgeving voor de energie- en vervoermarkten hecht de NMa veel belang aan de vraag of de veiligheid en betrouwbaarheid van energie- of spoorwegnetwerken in het geding is of zou kunnen komen indien daadwerkelijk van een overtreding sprake zou zijn. Als dat het geval is, zal de NMa daaraan bij de beoordeling van de prioriteit van het onderzoek veel gewicht toekennen.

De vraag of er specifieke ernstverzachtende of -verzwarende omstandigheden zijn, blijft bij de verkenning van de ernst van de mogelijke overtreding in beginsel buiten beschouwing. Het antwoord op die vraag zou immers een vergaand inhoudelijk onderzoek naar de zaak en de mogelijke overtreder vergen. Dit geldt evenwel niet voor een vermoeden van recidive. Als het signaal of de klacht betrekking heeft op een mogelijke herhaling van een overtreding door eenzelfde partij, wordt hieraan bij de prioriteitsafweging veel gewicht toegekend.

Doelmatigheid en doeltreffendheid

De NMa streeft er naar om de beperkte onderzoekscapaciteit waarover zij beschikt daar in te zetten waar haar onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden (het meest) nodig zijn om een einde te maken aan een overtreding en/of de nadelige gevolgen daarvan.

Voor het antwoord op de vraag of een onderzoek van de NMa naar een mogelijke overtreding *doelmatig* is, verkent de NMa ten eerste of zij de meest aangewezen (overheids)instantie is om op te treden. Het kan bijvoorbeeld doelmatiger zijn om het signaal of de klacht, gelet op de aard daarvan, te laten onderzoeken door een andere toezichthouder of door de mededingingsautoriteit van een andere lidstaat. Bij toetsing aan de doelmatigheid van haar optreden, hecht de NMa voorts belang aan de mogelijkheden van de klager om buiten de NMa om een einde te maken aan de gedraging waarover deze klaagt. Daarbij houdt de NMa ook rekening met de hoedanigheid van de klager. In bepaalde gevallen kan de civiele rechter de meer aangewezen instantie zijn. Dat kan meer in het bijzonder het

³ Stcrt. 2009, nr. 14079.



geval zijn als reeds een geding bij de civiele rechter aanhangig is.

Ten tweede maakt de NMa een inschatting van de middelen die nodig zijn om een overtreding vast te stellen en het vervolgens gewenste effect te bereiken – beëindiging van de overtreding en beëindiging of ongedaanmaking van de nadelige gevolgen daarvan. Naarmate daarvoor verhoudingsgewijs meer middelen nodig zijn, zal het optreden van de NMa doorgaans minder doelmatig zijn.

Bij signalen of klachten over de overtreding van sectorspecifieke regelgeving voor de energie- en vervoermarkten beoordeelt de NMa de doelmatigheid van een onderzoek om een overtreding vast te stellen ten slotte mede in het licht van de vraag of er sprake is van een geschil dat de NMa via een geschillenprocedure kan beslechten. Als vuistregel hanteert de NMa dat in het geval reeds een geschil bij haar aanhangig is, onderzoek van de NMa naar aanleiding van een signaal of klacht niet doelmatig is. Is geen geschil aanhangig, maar heeft een klacht betrekking op een kwestie die de NMa als geschil geschikter zou kunnen behandelen, dan zal de NMa ook dat gegeven meewegen bij de vraag of onderzoek naar de klacht doelmatig is.

Voor het antwoord op de vraag of een onderzoek van de NMa naar een mogelijke overtreding *doeltreffend* is, verkent de NMa onder andere of het waarschijnlijk is dat de NMa na uitgebreid onderzoek een overtreding kan vaststellen. Daarbij houdt de NMa rekening met de controle die de bestuursrechter uitoefent en de eisen die daarbij worden gesteld aan het handhavend optreden door de NMa. Indien op basis van onderzoek een overtreding zou kunnen worden vastgesteld, beoordeelt de NMa op welke wijze die mogelijke overtreding en de nadelige gevolgen daarvan definitief zouden kunnen worden beëindigd. Bij deze beoordeling kan de NMa ook betrekken of van haar interventie mogelijk een precedentwerking uitgaat waardoor vergelijkbare overtredingen zullen worden beëindigd of voorkomen en daarmee het voor de markt of de consument gewenste effect wordt bereikt.

3. Wijze waarop de NMa de prioriteringscriteria toepast

De NMa ontvangt meer klachten en signalen dan zij kan onderzoeken gezien haar onderzoekscapaciteit. Derhalve kan niet iedere klacht of signaal worden onderzocht. Om ervoor te zorgen dat de NMa te allen tijde de meest belangrijke onderzoeken start, maakt de NMa aan de hand van de bovengenoemde vragen een analyse van de binnengekomen klachten en signalen. Zij onderzoekt of deze nader moeten worden onderzocht en zo ja, of hieraan op dat moment of binnen afzienbare tijd prioriteit kan worden gegeven, gezien de beschikbare onderzoekscapaciteit bij de desbetreffende directie en de bij de NMa bekende klachten en signalen. Hiermee bereikt de NMa dat per directie de prioriteit van alle ambtshalve onderzoeken (naar aanleiding van signalen) en onderzoeken naar aanleiding van aanvragen tot handhavend optreden tegen elkaar worden afgewogen. Deze analyse is geen rekenkundige exercitie. De capaciteitsverdeling per directie hangt nauw samen met toekenning van middelen door het beleidsdepartement dat verantwoordelijk is voor de desbetreffende regelgeving, waarvan het toezicht op de naleving aan de NMa is opgedragen.

In het belang van een evenwichtige inzet van de beschikbare onderzoekscapaciteit voor onderzoeken naar mogelijke overtredingen op de energiemarkt enerzijds en de vervoermarkt anderzijds, kan de NMa bovendien de prioriteit van onderzoeken voor elk van deze markten afzonderlijk bepalen.

Bij de beoordeling van de prioriteit van een onderzoek naar aanleiding van een aanvraag tot handhavend optreden kan blijken dat het wenselijk is om bepaalde ontwikkelingen af te wachten die voor de prioriteit van dat onderzoek relevant zijn. In die gevallen zal de NMa de aanvrager voorstellen om pas een besluit te nemen als die ontwikkelingen in voldoende mate zijn uitgekristalliseerd.

De bovenstaande toelichting is niet limitatief. Er kunnen zich omstandigheden voordoen die hierboven niet zijn uitgewerkt, maar toch een rol kunnen spelen bij de beoordeling of aan een onderzoek prioriteit moet worden gegeven, zoals de omvang van de beschikbare onderzoekscapaciteit ten opzichte van de voor het onderzoek benodigde onderzoekscapaciteit en eventuele spoedeisendheid van het onderzoek als gevolg van internationale aspecten of het mogelijk verloren gaan van bewijsmateriaal.



4. Wijze waarop de NMa haar prioritering verantwoordt

De NMa verantwoordt de wijze waarop zij haar prioriteiten stelt in individuele besluiten – en meer in het algemeen – in haar jaarverslag. Indien de NMa een aanvraag tot handhavend optreden afwijst wegens gebrek aan prioriteit, zal de NMa aangeven waarom zij de inzet van haar onderzoekscapaciteit naar aanleiding van de aanvraag in het licht van de prioriteringscriteria niet opportuun acht. Dit besluit wordt openbaar gemaakt.

Den Haag, 14 februari 2012

*De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
Chr. Fonteijn.*

H. Don.

D. Mulock Houwer.