

Vergaderjaar 2009–2010

24 036

Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit

Nr. 368

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 26 november 2009

Mede namens de minister van Financiën geef ik u hierbij, conform uw verzoek met kenmerk 2009Z08225/2009D23358, mijn reactie op het rapport «Maatschappelijke last van toezicht» (hierna: het rapport) dat Langman-Economen heeft opgesteld in opdracht van MKB-Nederland.¹ Ik waardeer de tijd en moeite die MKB-Nederland heeft genomen om onderzoek onder haar leden te doen naar de knelpunten die zij in het economisch toezicht ervaren. Dergelijk onderzoek draagt zowel voor beleidsmakers als toezichthouders bij aan hun inzicht over hoe dit toezicht in de praktijk wordt ervaren.

Het rapport gaat in op het economische toezichtbeleid in Nederland en meer in het bijzonder op de criteria die de overheid aan dit toezicht stelt. Volgens het rapport zouden drie extra eisen aan dit toezicht gesteld moeten worden: subsidiariteit, proportionaliteit en rechtszekerheid. Aan de hand van drie cases van de NMa en twee van de AFM wordt betoogd dat het economisch toezicht niet aan deze extra eisen zou voldoen. In deze brief ga ik in op de drie in het rapport genoemde eisen, waarbij ik per eis tevens inga op de voor die eis relevante cases.

1. Subsidiariteit

Volgens het rapport houdt subsidiariteit in dat regulering en toezicht op een zo laag mogelijk niveau worden vormgegeven. Zelfregulering waar het kan, overheidsregulering (bijvoorbeeld mededingingstoezicht) waar het moet. Casus 4 stelt dat de NMa zelfregulering door brancheorganisaties bemoeilijkt, bijvoorbeeld in verband met informatieverstrekking aan hun leden en bij erkenningsregelingen.

De uitleg van subsidiariteit in het rapport is in lijn met de Visie op Markttoezicht² waarbij de overheid meer overlaat aan de markt maar wel kaders stelt en zorgt voor toezicht. Dit doet de overheid om te waarborgen dat burgers en bedrijven binnen de lijnen van het speelveld blijven en zich aan de spelregels houden. Hierbij worden brancheorganisaties zowel door de NMa als vanuit het ministerie ondersteund bij het nemen van hun

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Kamerstukken II, 2003–2004, 29 200 XIII, nr. 50.

eigen verantwoordelijkheid om de mededingingsregels na te leven, ook bij informatie-uitwisseling en bij erkenningsregelingen. In het mededingingstoezicht heeft de wetgever in 2004, in navolging van de Europese Commissie, het ontheffingenstelsel zoals dat gold sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet (hierna: Mw) afgeschaft. Ondernemingen die daarvoor in aanmerking wilden komen, moesten een ontheffingsaanvraag indienen. De NMa was exclusief bevoegd om individuele ontheffingen van het kartelverbod te verlenen mits voldaan werd aan de ontheffingsvoorwaarden. Sinds de afschaffing van dit systeem geldt de algemene vrijstellingsmogelijkheid van het kartelverbod. In dit systeem moeten ondernemingen – zonder tussenkomst van de NMa – zelf nagaan of een afspraak onder het kartelverbod valt en, zo ja, of die voldoet aan de voorwaarden van de algemene vrijstelling (dezelfde als voorheen voor een ontheffing). De bewijslast daarvoor ligt bij de ondernemingen. In de beoordeling kunnen zij afgaan op de bestaande besluiten van de NMa en de Europese Commissie en Europese en nationale jurisprudentie. Hierdoor is de naleving van de mededingingsregels primair de verantwoordelijkheid geworden van het bedrijfsleven zelf, hetgeen in overeenstemming is met het principe dat regulering en toezicht op een zo laag mogelijk niveau moeten worden vormgegeven. Daarnaast zijn de lasten voor het bedrijfsleven gereduceerd, omdat er geen formele ontheffingsbesluiten meer hoeven te worden aangevraagd.

Via verschillende algemene maatregelen van bestuur of beleidsregels ondersteunt de overheid het bedrijfsleven bij de eigen verantwoordelijkheid om zich aan de mededingingsregels te houden. De Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009¹ zijn een goed voorbeeld. In combinatieovereenkomsten kunnen kort gezegd twee of meer ondernemingen de gezamenlijke inschrijving op een aanbesteding en de gezamenlijke uitvoering daarvan regelen. Deze overeenkomsten kunnen de mededinging beperken. Om duidelijkheid te verschaffen, heb ik beleidsregels vastgesteld waarin ik aangeef hoe de NMa haar bevoegdheid tot toepassing van het kartelverbod en de algemene vrijstelling moet toepassen ten aanzien van combinatieovereenkomsten. Ondernemingsorganisaties zijn in de gelegenheid gesteld suggesties te doen ter verbetering van de werkbaarheid. Die suggesties zijn meegenomen bij de uiteindelijke beleidsregels.

Ook de NMa heeft uitvoerige *guidance* ontwikkeld voor het bedrijfsleven in de vorm van uitvoeringsregels over de praktijk van diverse samenwerkingsvormen en de Mw. Hierbij spelen brancheorganisaties een belangrijke rol. Enerzijds kunnen zij aangeven welke vragen bij hun leden leven en verbeteringsuggesties doen aan de NMa, anderzijds kunnen zij hun leden informeren over het speelveld en de spelregels. Ondersteuning van de leden bij het opzetten van «compliance programma's» is een goed voorbeeld van het laatste. De NMa consulteert brancheorganisaties voordat zij uitvoeringsregels vaststelt. Dat is bijvoorbeeld gedaan bij de Richtsnoeren samenwerking bedrijven² en recentelijk bij de conceptrichtsnoeren voor de zorgsector³. In de Richtsnoeren samenwerking bedrijven wordt met concrete voorbeelden geïllustreerd wat een branche-organisatie wel en niet mag. Prijs- en marktverdelingsafspraken mogen bijvoorbeeld niet, een vrijblijvend calculatiemodel mag onder bepaalde voorwaarden wel. Erkenningsregelingen zijn toegestaan zolang ze de concurrentie niet uitsluiten. Voor breed gedragen succesvolle erkenningsregelingen betekent dit dat ze open toegang moeten waarborgen volgens de criteria in de richtsnoeren. Zolang dat is gewaarborgd is er geen aanleiding voor optreden door de NMa.

¹ Stcrt. 2009, nr. 14 082.

² Stcrt. 2008, nr. 77.

³ Zie Consultatieronde Richtsnoeren voor de zorgsector van 27 juli 2009 op www.nmanet.nl.

Naast uitvoeringsregels biedt de NMa ook de gelegenheid om een informele zienswijze te vragen. Een informele zienswijze is bedoeld om bijvoorbeeld nieuwe rechtsvragen te beantwoorden. Een recent voorbeeld

is de informele zienswijze aan een aantal brancheverenigingen die wilden komen tot een regeling voor het verdoofd castreren van varkens¹. Verder biedt de NMa sinds geruime tijd via een informatielijn voor ondernemers een laagdrempelige manier om met haar in contact te treden met vragen over mededinging, energie en vervoer. Hiervan wordt in de praktijk veelvuldig gebruik gemaakt.

2. Proportionaliteit

Volgens het onderzoeksrapport houdt proportionaliteit in dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden en de kosten van het toezicht in redelijke verhouding moeten staan tot de baten ervan. Ook de effecten op de marktstructuur moeten daarbij als kosten worden gezien. Het economisch toezichtbeleid zou hier op onderdelen tekort schieten. In het mededingingsbeleid (casus 1) zouden gelijke gevallen niet gelijk behandeld worden door (i) het feit dat kleine ondernemingen worden achtergesteld bij grote, (ii) de verschillen tussen het fusie- en karteltoezicht en (iii) de verschillen tussen de beoordeling van vraagmacht en aanbodmacht. Waar bij karteltoezicht onvoldoende aandacht zou bestaan voor de economische context van de hele keten van productie tot consumptie. Bij het financiële toezichtbeleid zou sprake zijn van een onevenredige verdeling van de kosten van toezicht die de marktstructuur zou verslechteren (casus 3). Bovendien zouden de kosten hier niet in redelijke verhouding staan tot de baten (casus 2). In de volgende paragrafen wordt eerst op de drie punten over het mededingingsbeleid ingegaan en komt daarna het financiële toezichtbeleid aan de orde.

2.1 Grote en kleine ondernemingen in mededingingsrecht

Er is geen reden om aan te nemen dat kleine ondernemingen in het mededingingsrecht in het algemeen worden achtergesteld bij grote zoals het rapport stelt. De Mw en de NMa maken geen onderscheid tussen grote en kleine (MKB) ondernemingen. Wel is er een wettelijke uitzondering van het kartelverbod voor bepaalde categorieën afspraken van ondergeschikte betekenis (bagatelregeling), en geldt dat ondernemingen met een economische machtspositie van die positie geen misbruik mogen maken. Of een onderneming een economische machtspositie heeft, hangt af van de marktcontext en de mate waarin zij zich onafhankelijk kan opstellen van concurrenten, afnemers en toeleveranciers.

2.2 Toezicht op fusies en kartels

Omdat fusies en kartels van elkaar verschillen in de effecten op de concurrentie, kunnen ze niet als gelijke gevallen beschouwd worden zoals het rapport stelt. Fusie- en karteltoezicht zijn beide ingegeven vanuit de noodzaak voor vrije mededinging op de markt, om daarmee te waarborgen dat ondernemingen op efficiënte wijze innovatieve en gevarieerde producten en diensten aanbieden tegen een betaalbare prijs. Dit komt de eindgebruiker ten goede. Het belangrijkste verschil in beoordeling van fusies en onderlinge afspraken tussen concurrenten (kartels) is dat bij fusies sprake is van toezicht vooraf om te voorkomen dat de concurrentie in belangrijke mate wordt belemmerd. Bij kartels is sprake van toezicht achteraf of de afspraken tussen de ondernemingen de mededinging hebben beperkt. Fusietoezicht sluit echter op onderdelen wel aan bij karteltoezicht. Niet langer wordt het enkele ontstaan of versterken van een economische machtspositie onderzocht, maar wordt bezien of de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt in belangrijke mate kan worden belemmerd. Fusies tussen concurrerende ondernemingen (horizontale fusies) kunnen, net als bepaalde kartelafspraken, ingegeven zijn vanuit de wens om te komen tot een efficiëntere onderneming, met meer mogelijkheden

¹ Zie persbericht NMa van 27 oktober 2008 op www.nmanet.nl.

om verschillende soorten producten of diensten aan te bieden tegen een lagere prijs. Dergelijke fusies kunnen de concurrentie bevorderen. Fusies die de concurrentie juist kunnen belemmeren, zijn in principe verboden. Dit kan met name – maar niet uitsluitend – het geval zijn door het ontstaan van een economische machtspositie waardoor een onderneming onafhankelijk van toeleveranciers, concurrenten en afnemers kan handelen. Volgens Europese rechtspraak is hiervan in ieder geval een vermoeden bij een marktaandeel van 50% of meer. Dit sluit echter niet uit dat er, ook bij kleinere marktaandelen – afhankelijk van andere factoren – sprake kan zijn van een fusie die «de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt in belangrijke mate kan belemmeren».

Dergelijke mededingingsbeperkende fusies kunnen evenwel alsnog goedgekeurd worden, indien door de fuserende ondernemingen wordt onderbouwd (via het «efficiëntieverweer») dat er efficiëntievoordelen optreden die de concurrentie bevorderen en in belangrijke mate aan de eindgebruiker ten goede zullen komen. Aan de goedkeuring kunnen voorwaarden worden verbonden om te waarborgen dat de eindgebruiker van de voordelen kan profiteren. Eenzelfde mogelijkheid bestaat ook in het karteltoezicht voor categorieën van onderlinge afspraken tussen concurrenten die in concrete gevallen de concurrentie beperken. De efficiëntievoordelen en de doorgifte daarvan dienen hierbij een voldoende tegenwicht te bieden voor de concurrentiebeperking. Het karteltoezicht is achteraf en daarbij staat de eigen verantwoordelijkheid van de samenwerkende ondernemingen centraal. Bepaalde soorten onderlinge afspraken tussen concurrenten, zoals prijsafspraken en marktverdeling, worden echter geacht enkel te leiden tot een uitschakeling van de concurrentie, zonder dat hier potentiële voordelen voor de eindgebruiker tegenover staan. Dergelijke «hard core» afspraken zijn daarmee naar hun aard economisch schadelijk en vrijstelling is derhalve niet mogelijk. Ook vanuit moreel oogpunt is het in een vrije markt bewust uitschakelen van de prikkel om te strijden om de gunsten van de consument naar zijn aard afkeurenswaardig.

2.3 Vraag- en aanbodmacht en keten van productie tot consumptie

Vraag- en aanbodmacht worden verschillend beoordeeld vanwege de verschillende effecten op de consument. Hier is dus geen sprake van gelijke gevallen die gelijk behandeld moeten worden zoals het rapport stelt. In het mededingingstoezicht kan het bij een consument gaan om een natuurlijk persoon, onderaan in de bedrijfskolom, die goederen en diensten afneemt, maar evengoed om professionele (grote of MKB) ondernemingen die goederen en diensten afnemen op een markt om deze vervolgens aan te wenden in het eigen productieproces.

De NMa ziet op de markten waarop zij toezicht houdt spelers met sterke en minder sterke inkoop- en onderhandelingsposities. Een sterke inkooppositie hoeft vanuit mededingingsrechtelijke optiek op zichzelf niet bezwaarlijk te zijn, zolang de voordelen die de inkoper hiermee behaalt maar voor een billijk deel worden doorgegeven aan de consument. De concurrentie op de afzetmarkt bepaalt de prikkel om deze voordelen door te geven. Waar prijsafspraken en marktverdeling tussen verkopers optreden (aanbodzijde) wordt de consument (vraagzijde) direct benadeeld en worden geen voordelen doorgegeven. Als de voordelen niet worden doorgegeven, dan is dat niet te zo zeer te wijten aan inkoopmacht maar aan onvoldoende concurrentie op de afzetmarkt van de inkopers (aanbodmacht).

Het bovenstaande doet echter niet af aan de negatieve uitkomsten die zich, gezien in een breder economisch perspectief, kunnen voordoen als

gevolg van een sterk ongelijke onderhandelingsmacht. Zo is algemeen bekend dat MKB-bedrijven niet altijd in staat zijn hun contractuele rechten op te eisen in geval van schending van die rechten door grote inkopers. Hoewel dergelijke praktijken vaak geen directe relatie hebben met misbruik van een economische machtspositie in mededingingsrechtelijke zin, heeft deze problematiek nadrukkelijk de aandacht van mijn ministerie. Zoals u bekend, voert het EIM momenteel een onderzoek uit naar de aard en omvang van problemen met en klachten over inkoopmacht. Met dit onderzoek wordt beoogd meer inzicht te krijgen in hoeverre het MKB last heeft van oneerlijke praktijken. De resultaten worden gebruikt voor de beleidsmatige vraag of hier een rol is voor de overheid en hoe die rol ingevuld kan worden vanuit de wens om MKB-ondernemers ruim baan te geven. Nog voor het kerstreces zullen u de resultaten van dit onderzoek met de beleidsmatige reactie daarop worden toegestuurd.

Daarnaast is er – in tegenstelling tot wat het rapport betoogt – zeker oog voor de keten van productie tot consumptie. Een recent voorbeeld is dat de NMa een sectorstudie maakt van de ontwikkeling van de voedselprijzen in de gehele keten van de agri- en foodsector¹.

2.4 Kosten en baten toezicht AFM en de invloed van het financiële toezicht op de marktstructuur

De constatering dat de kosten van het toezicht door de AFM op adviseurs en bemiddelaars de afgelopen jaren zijn gestegen, moet in het juiste perspectief worden geplaatst. De AFM is op grond van de Wet op het financieel toezicht belast met het toezicht op de naleving van regelgeving door de financiële sector. De intensiteit van het toezicht door de AFM heeft, in het licht van het risicogeoriënteerde toezicht dat de AFM als uitgangspunt hanteert, een directe relatie met de gedragingen van de onder toezicht staande instellingen, zo ook adviseurs en bemiddelaars. Ten aanzien van deze groep streeft de AFM naar een zichtbare verbetering van de kwaliteit van de dienstverlening door adviseurs en bemiddelaars hetgeen moet leiden tot minder meldingen en klachten. De AFM verwacht dan ook voor dit jaar een forse toename van het aantal handhavingmaatregelen. De kwaliteit van de dienstverlening door adviseurs en bemiddelaars zal dus, anders dan door LangmanEconomen in case 3 wordt gesteld, positief kunnen worden beïnvloed door het toezicht door de AFM zonder dat de mededinging binnen de sector daardoor onder druk komt te staan. Op grond van de bestaande bekostigingssystematiek krijgen onder toezicht staande instellingen enkel de kosten doorberekend die de AFM voor het toezicht op de betreffende toezichtcategorie heeft gemaakt (na aftrek overigens van de overheidsbijdrage). Lastenverzwaringen binnen één categorie worden derhalve niet verdeeld over alle categorieën. Op dit moment wordt opnieuw gekeken naar de bekostiging van het toezicht op de financiële markten. Definitieve conclusies hierover zijn (vanwege de in acht te nemen zorgvuldigheid en grondigheid) eerst in 2010 te verwachten. De minister van Financiën heeft hierover aan de Tweede Kamer reeds bericht bij brief van 5 december 2008².

3. Rechtszekerheid

Tegen besluiten van de NMa staat bezwaar en (hoger) beroep open. De procedures bij de NMa kunnen volgens het rapport (casus 6³) lang duren waardoor reputatieschade kan optreden en ondernemingen lang in onzekerheid kunnen verkeren.

De stelling dat de procedures bij de NMa te lang duren en dat daardoor reputatieschade kan optreden moet in de juiste context worden gezien. Wat de lengte van de procedures betreft kan de NMa slechts de duur van

¹ Zie antwoorden van de minister van Economische Zaken, mede namens de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, van 2 september 2009 op de vragen van het lid van de Tweede Kamer van de Staten-Generaal Mastwijk over het artikel «NMa-onderzoek verbaast LTO», Kamervragen met antwoord 2008–2009, nr. 3687.

² Kamerstukken II, 2008–2009, 28 122, nr. 29.

³ Omdat er geen casus 5 is opgenomen in het rapport is casus 6 de vijfde casus.

het boetebesluit en het eventuele bezwaar daartegen beïnvloeden. De bezwaarprocedure kan zelfs worden overgeslagen op basis van de Wet rechtstreeks beroep¹ die sinds 1 september 2004 van toepassing is. Daarnaast is de NMa bezig de doorlooptijden van de besluit- en bezwaarprocedure te verkorten door haar processen verder te optimaliseren. Hierbij vormen zorgvuldigheid en rechtsbescherming van betrokkenen de randvoorwaarden. De duur van het beroep en eventueel hoger beroep kan de NMa niet beïnvloeden. Die worden bepaald door de tijd die de Rechtbank Rotterdam c.q. het College van Beroep voor het Bedrijfsleven nodig heeft om tot een zorgvuldige beslissing te komen.

In haar communicatiebeleid betracht de NMa ook uiterste zorgvuldigheid. In het geval van overtredingen van het kartelverbod wordt bijvoorbeeld pas een persbericht uitgebracht over de betrokken ondernemingen als het onderzoek is afgerond, de boete is vastgesteld en er hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden. Als buiten de NMa om bekend wordt gemaakt (bijv. door de betrokken ondernemingen zelf) dat er een onderzoek loopt, is de situatie anders. De recente Werkwijze voorlichting van de NMa² gaat uitgebreid in op de communicatie door de NMa. Wat informele zienswijzen betreft verwijs ik naar de paragraaf 1 van deze reactie.

De minister van Economische Zaken,
M. J. A. van der Hoeven

¹ Stb. 2004, nr. 220.

² Stcrt. 2009, nr. 13 732.