

Wat levert de NMa op? Hoe lager de ontvangsten, hoe beter de NMa het doet(?!)

Onlangs heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) haar jaarverslag over 2009 gepubliceerd.¹ Uit het jaarverslag blijkt dat in 2009 de NMa ruim 30% minder concentraties heeft behandeld, is het aantal ingediende en afgehandelde klachten licht gedaald en is er in verband met overtredingen van de Mededingingswet en de energie- en vervoerswetgeving in totaal EUR 5,3 miljoen aan boetes opgelegd, een daling van maar liefst 55% vergeleken met een jaar eerder. Deze daling is fors, maar de zogenaamde outcome van de NMa, is slechts met een kleine 8% gedaald ten opzichte van 2008, tot EUR 328 miljoen. Volgens de NMa bedraagt de outcome “bijna zeven keer het jaarlijkse budget van de NMa.”² Wat een rendement en dat in deze tijden van crisis!

De outcome is een, door de NMa zelf ingevoerde, graadmeter om de economische effecten van haar eigen mededingingstoezicht te kwantificeren. De NMa lijkt het dus goed te doen. Nadere bestudering van de berekening van de outcome laat echter zien dat er sprake is van verandering van de boekhoudregels. De reden voor de grote discrepantie in de mate waarin de “opbrengst” van de NMa (-55%) en de outcome van het mededingingstoezicht zijn gedaald (-8%) zal hoogstwaarschijnlijk liggen in de in 2008 aangepaste berekeningsmethode van de outcome. Tot dan toe werden zowel de opbrengst als de outcome per jaar berekend. Sinds 2008 wordt er wat betreft de outcome echter niet meer gekeken naar de outcome per jaar, maar wordt deze “uitgesmeerd” over drie jaar; er wordt gekeken naar het “voortschrijdend gemiddelde”.³ In de outcome over 2009 zitten dus ook effecten die door het NMa optreden in de twee voorgaande jaren zijn behaald. Voor alleen het jaar 2008 was dat reeds EUR 700 miljoen,⁴ voor 2007 EUR 615 miljoen en voor 2006 ruim EUR 800 miljoen.⁵ Hoe dan een jaargemiddelde van EUR 317 miljoen voor 2007 en EUR 356 miljoen voor 2008 zijn berekend, is ons een raadsel.

De vraag die moet worden gesteld, is wat het doel is van de outcome van het mededingingstoezicht. Volgens de NMa draagt de outcome bij aan de “onderbouwing van de legitimiteit van mededingingswetgeving en de effectiviteit van de handhaving daarvan”.⁶ In een redactioneel van Jolling de Pree uit 2005, werd gesuggereerd dat vol-

gens cynici de ratio achter de noodzaak om de outcome te berekenen eerder de zoektocht naar argumenten is “om zich op voorhand te weren tegen de voortdurend op de loer liggende Haagse bezuinigingsdrift”. Bovendien werd in die bijdrage kritiek geuit over het feit dat het “voornamelijk de NMa zelf is die de loftrumpet over haar eigen optreden schalt”, en werd er gepleit voor een berekening van de welvaartseffecten van het optreden van de NMa door onafhankelijke economen.⁷

De door De Pree in 2005 geuite overwegingen zijn nog steeds relevant. Cynici kunnen nog steeds hun vraagtekens zetten bij de ratio achter de noodzaak om de outcome te berekenen en de meerwaarde ervan voor de legitimiteit van de mededingingswetgeving en de effectiviteit van het mededingingstoezicht. De dreiging van de Haagse bezuinigingsdrift is actueler dan ooit (het loopt in de miljarden) en daarmee ook de noodzaak voor de NMa om te benadrukken dat de totale effecten van het mededingingstoezicht positief zijn voor de economie, ondanks het feit dat de “opbrengsten” van de NMa flink zijn gedaald en er toch bijna 10% meer medewerkers op de payroll van de NMa staan in vergelijking met een jaar eerder.

Overigens wordt de legitimiteit van (zelfstandige) bestuursorganen wat ons betreft niet bepaald door het bestuursorgaan zelf. Dat hoeven zij niet zelf te doen. De politiek/wetgever legitimeert het mededingingsrecht en daarmee de NMa als toezichthouder. Pas als de wetgever de Mededingingswet wil afschaffen, is daarmee de legitimiteit van de NMa vervallen.

De voorvraag voor dit al is overigens of de legitimiteit van de NMa in klinkende munt moet worden uitgedrukt, of is al het gereken verspilde energie (en menskracht)? Wat ons betreft is deze manier van eigenwaardering door de NMa nutteloos en werkt het zelfs averechts, althans zet het ons op het verkeerde been.

Ter adstructie van die conclusie volgt een korte experimentele gedachtenexercitie. In een ideale mededingingsrechtelijke wereld waar geen overtredingen van de mededingingsregels plaatsvinden – dankzij het (preventieve) toezicht van de NMa –, behoeft de NMa geen boetes op te leggen. Dat levert dan geen ontvangsten op. Is dat erg? Nee, dan hebben de mededingingsregels en het toezicht daarvan door de NMa hun doel bereikt. Een klinkender resultaat is er niet, toch? Wanneer er geen boetes meer hoeven te worden opgelegd, heeft de NMa nagenoeg geen ontvangsten meer (alleen nog wat filingfees); een sterke daling dus. Die daling is in dat geval dus positief. En niet negatief, zoals het jaarverslag

1 Het jaarverslag is beschikbaar op www.nmanet.nl.

2 NMa Jaarverslag 2009, p. 8.

3 NMa Jaarverslag 2008, p. 34.

4 NMa Jaarverslag 2008, p. 46.

5 NMa Jaarverslag 2007, p. 39.

6 NMa Jaarverslag 2008, p. 34.

7 J.K. de Pree, “De 900 miljoen van de NMa”, AM 2005, p. 107.

nu lijkt te suggereren. Door de focus te leggen op de hoogte van de boetes, door ze te verdisconteren in de term 'ontvangsten van de NMa' en voor boetes de term 'handhavingsproduct'⁸ te hanteren (alsof het iets is dat je kan verkopen en vercommercialiseren), lijkt het erop dat de NMa streeft naar de hoogste opbrengst en dus naar meer en hogere boetes, althans de gebezigde terminologie lijkt een streven naar steeds meer te suggereren; wie wil immers publiceren dat zijn/haar opbrengst lager is dan het jaar ervoor. Het leest daardoor als een jaarverslag van de eerste de beste beursgenoteerde onderneming.

Het berekenen van de opbrengst is een onjuiste insteek, die haaks staat op het nastreven van een ideale mededingingsrechtelijke wereld. Het zou zelfs kunnen leiden tot het vaststellen van targets van het aantal op te leggen boetes.

Wat ons betreft is het wenselijk de oorzaken van de daling in 2009 van de hoogte van de boetes te duiden. De enkele mededeling in het jaarverslag dat er in 2009 meer boetes zijn opgelegd, maar dat het totaalbedrag lager is vanwege de aard van de zaken en de omzetten van de betrokken ondernemingen is niet voldoende.⁹ Een beter onderbouwde uitleg geeft onzes inziens een betere legitimiteit van de NMa dan de daling/stijging van de boetebedragen *an sich*. Is die daling bijvoorbeeld te danken aan betere handhaving van de NMa, of meer activiteit van de Europese Commissie? Of heeft de NMa niet effectief genoeg gehandhaafd? Dat is informatie die er onzes inziens toe doet.

Daarnaast lijkt de *outcome* ons niet het complete beeld te geven en zet ons daarom ook op het verkeerde been. De *outcome* zou wat ons betreft slechts iets betekenen als het wordt afgezet tegen de kosten van niet opgespoorde overtredingen van de mededingingsregels. Wederom een gedachtenexercitie ter adstructie. Laten we aannemen dat de NMa en de Mededingingswet de maatschappij in 2009 inderdaad EUR 328 miljoen heeft opgeleverd; laten we dat de bruto-opbrengst noemen. Wat we dan nog niet weten is wat het aantal niet opgespoorde overtredingen de maatschappij heeft gekost in 2009. Als dat bedrag is gegroeid ten opzichte van 2008, dan is de NMa wellicht minder effectief geweest, ook al hebben zij ons

EUR 328 miljoen opgeleverd. De schade voor de maatschappij is immers toegenomen. Wanneer dat bedrag echter kleiner wordt, dan doet de NMa het steeds beter. Is dat schadebedrag nihil, dan leven we (wederom) in een ideale mededingingsrechtelijke wereld, waarin geen overtredingen van de mededingingsregels plaatsvinden. Dat is nog eens een *outcome* om trots op te zijn. Kortom, de *outcome* wil alleen wat zeggen als we die afzetten tegen de kosten van niet opgespoorde overtredingen van de mededingingsregels. Met andere woorden: wat is de nettobijdrage van de NMa aan de maatschappij? Aangezien de NMa ons niet zal voorrekenen wat niet opgespoorde kartels kosten (dat is ook schier onmogelijk), en alleen berekent wat de wel opgespoorde kartels opleveren, krijgen we een onvolledig beeld voorgeschoteld. Kortom, wat ons betreft mogen deze berekeningen achterwege blijven en vernemen wij liever waarom het boetebedrag in 2009 is gedaald.

Hoeveel FTE zich bezighouden met het berekenen van de *outcome* volgt niet uit het jaarverslag. Wel blijkt dat in het onderzoek naar misbruik- en kartelzaken, één van de kernprocessen van de NMa, de normen voor het aantal besteede dagen niet is gehaald; wellicht dat de economen die de *outcome* berekenen, voortaan eerst kunnen helpen bij die kernprocessen en als ze dan nog tijd overhebben, eens een berekening kunnen maken.¹⁰

De redactie wenst gebruik te maken van deze plek om te melden dat Jolling de Pree, een van de langst zittende redactieleden, de redactie heeft verlaten. Hij is betrokken geweest bij de oprichting van Actualiteiten Mededingingsrecht (toen nog onder de naam Nieuwsbrief Mededinging) en is met zijn scherpe pen, bijvoorbeeld over de berekening van de *outcome*, en kritische input op bijdragen van andere auteurs een drijvende kracht geweest achter Actualiteiten Mededingingsrecht. De redactie maakt graag gebruik van deze gelegenheid om Jolling de Pree te danken voor zijn betrokkenheid en onmiskenbare bijdrage(n). De plaats van De Pree in de redactie zal vanzelfsprekend genoeg niet kunnen worden opgevuld, maar wij willen Maikel van Wissen op deze plaats als nieuw redactielid welkom heten.

DV & WG

⁸ NMa Jaarverslag 2009, p. 74.

⁹ NMa Jaarverslag 2009, p. 8.

¹⁰ NMa Jaarverslag 2009, p. 74.