

Op weg naar de nieuwe marktautoriteit

Mr. E.H. Pijnacker Hordijk*

De voorgenomen fusie van de NMa, OPTA en de Consumentenautoriteit is inmiddels een politieke realiteit. De vaste Kamercommissie voor EZ, Landbouw en Innovatie (ook al zo'n fusieproduct) besprak het onderwerp op 7 juni 2011. Het fusievoorstel werd vooral aangegrepen als aanleiding om nog wat meer potentiële fusieballonnetjes op te laten: waarom niet ook het Commissariaat voor de Media en het College van Toezicht Auteursrechten met elkaar laten fuseren? Serieuze bedenkingen bij de fusie van de drie genoemde autoriteiten waren er niet. Maar inhoudelijk onderbouwde redenen voor deze fusie werden ook niet gegeven. Inmiddels heeft de minister bij brief van 8 juli jl. aan de Kamer de plannen nader ingevuld. Het enthousiasme dat uit de brief spreekt, kan de indruk niet helemaal wegnemen dat de fusie vooral is ingegeven door bezuinigingsoverwegingen. Waarbij onmiddellijk de vraag rijst of de kosten die de voorbereiding en implementatie van de fusie gaan meebrengen de bezuinigingstaakstelling (ruim zeven miljoen euro per jaar) de komende jaren niet ruimschoots gaan compenseren.

Intussen worstelen mededingingsjuristen nog steeds met de vraag wat het werkelijke nut van een fusie van de NMa met de Consumentenautoriteit zou kunnen zijn. Grootste zorg is dat de kerntaak van de NMa, het algemene mededingingstoezicht inclusief fusiecontrole niet ondergesneeuwd raakt onder de 'nevenfuncties'. De nieuwe Marktautoriteit moet uit vier directoraten gaan bestaan: consumentenbescherming, telecom, energie en mededingingstoezicht. Volgens de brief van de minister zouden deze vier directoraten kwantitatief min of meer gelijkwaardig moeten zijn. Dat kan al snel leiden tot politieke onderwaardering van het belang van het algemene mededingingstoezicht, dat niettemin op alle eco-

nomische sectoren van toepassing is. De belangrijkste synergiewinst lijkt daarin te schuilen dat de typische consumentenbeschermingstaken uit de telecom- en energiewetgeving worden ondergebracht bij het directoraat dat de taken van de consumentenautoriteit voortzet. Winst schuilt ook daarin dat de 'horizontale' juridische dienst van de NMa als concept gehandhaafd blijft. Dat kan zeker leiden tot vergroting van de juridische kwaliteit van de besluitvorming.

Volgens de minister staat voor de nieuwe Marktautoriteit de consument centraal. Dat zijn mooie woorden, maar het klinkt toch vooral opportunistisch. Het *consumer interest* dat de sleutelrol vervult in het hedendaagse mededingingsbeleid ziet niet op de bescherming van de consument tegen, kort gezegd, oneerlijke handelspraktijken, maar is de *proxy* voor het belang van het beschermen van de effectieve concurrentie. Dat is iets wezenlijk anders. Ook waar de NMa en OPTA zich bezighouden met sectorspecifieke marktregulering gaat het om het bevorderen van de goede werking van markten en is het perspectief aanzienlijk ruimer dan dat van bescherming van de consumenten tegen onfaire handelspraktijken (met inbegrip van onredelijk hoog geachte prijzen). Voor zover de NMa en OPTA zich bezighouden met consumentenbeschermingsaangelegenheden – denk aan de recente colportagezaken van de NMa in de energiesector – rijst de vraag of de desbetreffende bevoegdheden niet beter bij de Consumentenautoriteit (hadden) kunnen worden ondergebracht. Aan de bekroonde en volgens het ministerie van EL&I kennelijk zeer populaire consumentenwebsite Consuwijzer werken ook de NMa en OPTA mee. Maar dat op dit vlak nu via een fusie wezenlijke synergievoordelen te realiseren zouden zijn, valt te betwijfelen. Een enkel bezoek aan de website is voldoende om vast te stellen dat deze in alle ernst geen kernactiviteit van de NMa kan zijn.

Het blijft dan ook de vraag of de mogelijke synergievoordelen van de vorming van een soort superautoriteit

* Mr. E.H. Pijnacker Hordijk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. en tevens redactielid van M&M.

opwegen tegen de dreiging van een verlies aan focus en inhoud. Maar hoe dan ook rijst de vraag hoe een fusie met de Consumentenautoriteit zou kunnen bijdragen aan vergroting van de efficiency en kwaliteit van de output van de NMa. Informele afspraken tussen de markt- autoriteiten en de Consumentenautoriteit – zoals wij deze al jaren kennen voor de relatie tussen de NMa enerzijds en OPTA en de NZa anderzijds – lijken een praktisch middel om de efficiency en kwaliteit van de handhaving te bevorderen dan een fusie tot een megatoezichthouder. Eventueel zou men ook kunnen denken aan overheveling van bepaalde wettelijke taken van NMa en OPTA naar de Consumentenautoriteit.

Inmiddels begint ook de raad van bestuur van de nieuwe Marktautoriteit geleidelijk aan vorm te krijgen. Onlangs werd huidig OPTA-bestuursvoorzitter Chris Fonteijn aangewezen als nieuwe bestuursvoorzitter van de NMa en daarmee ook van de fusieautoriteit. De minister heeft duidelijk te verstaan gegeven dat de nieuwe raad van bestuur, wellicht na een beperkte overgangperiode, uit slechts drie leden zou moeten gaan bestaan. De fusiepartners onderschrijven deze gedachte: de huidige raad van bestuur kan het met een enkele fulltimer en twee parttimers immers ook gemakkelijk rooien. Maar in het veld denkt niet iedereen daar even positief over. Reeds in de huidige structuur van de NMa staat de raad van bestuur op forse afstand van de operationele directoraten. Met name de directie Mededinging beschikt over een zeer grote autonomie in de onderzoeksfase, zonder dat de raad van bestuur daar enig inhoudelijk toezicht op uitoefent. Dat heeft weer te maken met de interne machtscheiding bij de NMa, maar heeft ook een duidelijke keerzijde vanuit een oogpunt van kwaliteitscontrole. Het risico is aanzienlijk dat een driekoppige raad van bestuur van een marktautoriteit met een sterk heterogeen taken- en bevoegdhedenpakket niet bij machte zal zijn om inhoudelijk voldoende kennis, inzicht en overzicht te hebben om de activiteiten van de eigen staf optimaal te beoordelen en aan te sturen. Het risico van besturen op basis van onderbuikgevoelens neemt aanzienlijk toe. Juist bij een onafhankelijke ‘supertoezichthouder’, over wie uiteindelijk alleen nog maar een tamelijk marginaal toetsende bestuursrechter controle uitoefent, is dat geen lonkend perspectief: ‘politiek met een kleine p’ is een even grote bedreiging voor de objectiviteit, de kwaliteit en het gezag van een bestuurlijk orgaan als de ‘politiek met een grote p’ die juist welbewust op grote afstand is gezet. Zeker de gefuseerde Marktautoriteit zal dringend behoefte hebben aan een deskundige raad van bestuur met inhoudelijk gezag, die in staat is enerzijds weerwerk te bieden tegen de onvermijdelijke aanvallen op de eigen onafhankelijkheid vanuit de politieke arena, maar die anderzijds in staat is de *Sturm und Drang* van enthousiaste medewerkers in goede banen te leiden. Een buitengewoon moeilijke en veel-eisende taak, waarvan het de vraag is of deze door een gezelschap van drie heren en dames kan worden vervuld. In de recente brief van de minister wordt aangegeven dat de raad van bestuur van de Marktautoriteit een soort klein stafbureau zou moeten krijgen dat de voorbe-

reiding van de besluitvorming ondersteunt. De vorming van een dergelijk ‘kabinet’ kan de kwaliteitszorgen slechts ondervangen indien het een hoog kwaliteitsprofiel krijgt. Dat lijkt moeilijk in het bezuinigingsplaatje in te passen. Daarnaast zal er hoe dan ook behoefte zijn aan versterking van de staf van de verschillende directoraten op seniorniveau. Ook dat is een breed gepercipieerde noodzaak die niet direct verenigbaar is met de bezuinigingsdoelstellingen die de bottom line voor de operatie vormen.

Een ander punt van aandacht zijn de grote verschillen in de wet- en regelgeving (inclusief *soft law* zoals *best practices*) voor de verschillende domeinen die de nieuwe Marktautoriteit zal moeten gaan bestrijken. Dat vereist harmonisatie en waarschijnlijk ook aanpassing van die wet- en regelgeving. Dat vergt dus ook investeringen door het ministerie van EL&I op wet- en regelgevend vlak. Dit kan niet eenvoudig aan de nieuwe Marktautoriteit zelf worden overgelaten. Het risico is dan groot dat de focus bij de nieuwe ZBO verschuift naar het voorkomen van bestuurlijke en juridische bedrijfsongevallen in plaats van op inhoudelijk optimale taakuitoefening. Hoe dan ook zal de nieuwe autoriteit ervoor moeten waken dat het mededingingsrechtelijke beoordelingskader – dat ook in de huidige situatie al aanleiding kan geven tot discussies – niet erodeert.

Kostenreductie: het zou mooi zijn als die op termijn gerealiseerd zou kunnen worden, maar het waarborgen van de kwaliteit van het fusieproduct zou toch de eerste prioriteit moeten zijn. Kortom, het zal een hele uitdaging worden om het project te laten slagen en het zal een nog grotere uitdaging worden om in de aanloop naar de fusie de kwaliteit van het ‘eigenlijke’ werk er niet onder te laten lijden.

Ieder nadeel heeft zijn voordeel: het fusieproject heeft tot gevolg dat de plannen tot invoering van strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht *sine die* zijn verdaagd. Hierover wordt al tijden niets meer vernomen. Duidelijk is dat de nieuwe autoriteit zo’n fundamentele ingreep in de eigen taken en bevoegdheden er niet ook nog bij kan hebben, om nog maar te zwijgen van de praktische uitvoeringsperikelen waartoe de gedwongen samenwerking met het OM aanleiding zal geven.

Tot zover het toekomstperspectief. Op 30 juni 2011 nam Pieter Kalbfleisch formeel afscheid van de NMa. Hij was reeds eerder feitelijk vertrokken om redenen die in de nationale media breed zijn uitgemeten. Dit redactioneel is bepaald niet de plek om daar nog een schepje bovenop te doen. Namens de voltallige redactie van *Markt & Mededinging* zou ik Pieter Kalbfleisch hartelijk willen bedanken voor hetgeen hij sedert zijn aantreden in de hoogtijdagen van het bouwfraude-epos voor de mededingingswereld heeft betekend. De wijze waarop hij leiding heeft gegeven aan, inderdaad, de afwikkeling van dat epos was bijzonder én bijzonder succesvol. Hij heeft daarmee in korte tijd groot gezag verworven. Pieter Kalbfleisch wist als geen ander daadkracht te combineren met charme en collegialiteit. De verhouding tussen de NMa en de buitenwereld, meer in het bijzonder

de mededingingsjuristen in de advocatuur en het bedrijfsleven (die op hun beurt een niet uit te vlakken bijdrage leveren aan de (zelf)handhaving van het mededingingsrecht) is onder zijn bewind sterk verbeterd. Kalbleisch' jaarlijkse optreden tijdens het kerstdebat van de Vereniging voor Mededingingsrecht was daarvan de manifestatie bij uitstek: altijd met open vizier en met inhoudelijke argumenten het debat aangaan. Het is ten zeerste te hopen dat Kalbleisch' opvolger Chris Fonteijn zich door hem laat inspireren.

In deze aflevering van *M&M* treft de lezer een interview met D-G Italianer. Redactieleden Drijber en Lugard hebben hem een jaar na zijn aantreden een interview afgenomen dat een aantal lezenswaardige inzichten heeft opgeleverd. Hengevelt schreef een actueel artikel over een thema op het snijvlak van mededingingsrecht en aanbestedingsrecht: de mogelijkheid van uitsluiting van deelname aan aanbestedingen van ondernemingen die de mededingingswetgeving hebben overtreden. Naast de vaste column van Schinkel die – hoe kan het anders – de voorgenomen oprichting van de Nationale Marktautoriteit op de korrel neemt, bevat deze aflevering diverse annotaties. Loozen en Varkevisser schreven een – zoals de titel reeds verraaft – kritische annotatie bij een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam over een verticale fusiezaak in de sector van de ambulancezorg. Wiggers en Sluijs bespreken het eerste besluit van de NZa waarbij de regels omtrent vaststelling van aanmerkelijke marktmacht van een zorgaanbieder zijn toegepast met een lokale apotheek te Breskens als slachtoffer. Tot slot bespreekt Parret het prejudiciële arrest van het Hof van Justitie waarin definitief is uitgemaakt dat nationale mededingingsautoriteiten niet de bevoegdheid hebben om besluiten te nemen waarin wordt vastgesteld dat de Europese mededingingsregels *niet* zijn overtreden.

De redactie wenst de lezers veel leesplezier en een zonnige zomer.