

Speaking notes Chris Fonteijn
Kerstbijeenkomst Vereniging voor Mededingingsrecht

'Kansen, keuzes en de consument'
13 december 2011, Den Haag
(alleen het gesproken woord telt)

Introductie

Dames en heren,

Het is mij een eer en genoegen vandaag mijn 'maidenspeech' bij de VvM te mogen geven. Ik heb van mijn voorganger Pieter Kalbfleisch begrepen dat hij altijd veel plezier beleefde aan zijn optreden tijdens het jaarlijkse kerstdebat. Dit jaar is de opstelling wat anders dan u gewend was bij de voorgaande 'lagerhuis-debatten'. Maar dat betekent wat mij betreft niet dat u het debat met mij hoeft te schuwen, integendeel zelfs. In de volgende 25 minuten zal ik uit te doeken doen wat u van mij, als nieuwe NMa- en beoogd ACM-voorzitter, de komende tijd kunt verwachten. Aangezien ik een warm voorstander ben van het principe *noblesse oblige*, zal ik daarbij ook ingaan op wat ik van u, als leden der Nederlandse mededingingsadel, ga verwachten. En daarna mag u dan weer uit de doeken doen, wat u daarvan vindt.

Fusie

Het onderwerp dat de gemoederen zeer bezig houdt binnen en buiten de Zürichtoren, is de aanstaande fusie tussen OPTA, NMa en CA. De oprichting van de Autoriteit Consument en Markt, zal over 1 jaar, 18 dagen, zo'n 8 uur en nog wat minuten een feit zijn. Maar eigenlijk bestaat de ACM nu al. Door de intensieve voorbereidingen die momenteel plaatsvinden binnen de drie organisaties en de bruggen die we daarbij moeten slaan, is de organisatorische samensmelting al lang begonnen. Toen wij aan dit proces begonnen had het voor velen, mijzelf inclusief, nog wat veel de smaak van een gearrangeerd huwelijk. Een huwelijk dat vooral leek te worden ingegeven door de politieke drijfveer om aanzienlijke bezuinigingen te realiseren. Dat gezegd hebbende, twijfel ik er inmiddels echter niet meer aan dat dit een huwelijk op goede gronden is, en dat het een zeer vruchtbaar huwelijk kan zijn.

Organisatie

De eerste voorwaarde daarvoor is uiteraard wel dat de huwelijkspartners bereidwillig zijn. Die bereidheid is bij alle partners ten volle aanwezig. Dit uit zich onder meer in de enorm voortvarende manier waarop de organisatorische vormgeving van ACM momenteel wordt aangepakt. De verantwoordelijkheid voor dat deel van de fusie is bij de fusiepartners zelf neergelegd. Dit levert een behoorlijke 'nevenactiviteit' op, want het is de bedoeling dat u daar verder niets van merkt en het *business as usual* blijft. Juist omdat u daar niks van merkt, leek het mij aardig u een kleine kijk in de keuken te geven van wat dit fusieproces bij ons teweegbrengt. In ieder geval zorgt dit proces ervoor

dat we in een hoog tempo veel knopen doorhakken, over de nodige heilige huisjes. Dit maakt duidelijk hoe eensgezind de fusiepartners zijn om ACM de best mogelijke startpositie te geven. Op dit moment zitten we met de Stuurgroep van de fusie, waarin de besturen van de drie toezichthouders vertegenwoordigd zijn, midden in een belangrijk besluitvormingsmoment over de indeling van de nieuwe organisatie. Nadat we hierover eerst met directeuren, managers en ondernemingsraad om de tafel hebben gezeten, zullen we begin volgende week aan de medewerkers de voorlopige nieuwe organisatorische indeling presenteren. Wat kan ik over die indeling alvast aan u kwijt? ACM zal drie pijlers kennen: mededingingstoezicht, sectorspecifiek markttoezicht en consumentenzaken. Deze drie pijlers worden ondergebracht in vier directies: mededinging, consumenten (waaronder ook alle niet-marktgerelateerde zaken van OPTA en EK – denk bijvoorbeeld aan spam), een reguleringsdirectie Telecom, post en vervoer, en een reguleringsdirectie Energie. Daarnaast is het de bedoeling dat er een aparte directie Juridische Zaken komt, zoals u dat nu bij de NMa ook al gewend bent. ACM zal in principe een driekoppige Raad van Bestuur kennen. Verder is het voor u niet onbelangrijk om te weten dat art. 24- zaken in de gereguleerde sectoren zullen verhuizen naar de reguleringsdirecties, omdat daar de meeste sector kennis geconcentreerd is. ACM Medewerkers zullen bovendien flexibeler binnen de organisatie ingezet worden dan nu het geval is, en er zal op projectbasis worden gewerkt, over de directies heen.

Stroomlijnen bevoegdheden en procedures

Tot zover de eerste contouren van de 'organisatie ACM'. Hoe zit het met de 'toezichthouder ACM'? Bij de beantwoording van die vraag denk ik graag in termen van "Kansen en keuzes."

Om met keuzes te beginnen: Gelet op de doelstelling van deze regering om tot een compacte rijksdienst te komen, zal dit huwelijk pas geslaagd zijn als de ACM met minder middelen, méér effect kan bereiken. Dat betekent dus dat de ACM meer zal moeten zijn dan de som der delen. Dat kan, maar daarvoor is wel vereist dat onze bevoegdheden en procedures, die in verschillende wetten vastliggen, worden gestroomlijnd en vereenvoudigd waar nodig en mogelijk. De keuzes die hierover moeten worden gemaakt komen terug in het wetsvoorstel dat door ons moederdepartement wordt voorbereid. Het uitgangspunt daarbij is dat verschillen in bevoegdheden en procedures tussen de toezichthouders zullen worden opgeheven, tenzij ze gerechtvaardigd zijn (bijvoorbeeld met het oog op specifieke sectoren). Alleen op die manier kunnen met deze fusie de gewenste *efficiencies* worden bereikt. Directeur-Generaal Mark Dierikx gaf onlangs tijdens de ACLE-workshop "Merging Market Authorities" al een *sneak preview* over onderdelen die in het voorstel voor deze stroomlijningswet een plaats krijgen: hogere boetes voor consumentenzaken, en kortere procedures. Bijvoorbeeld door het afschaffen van de bezwaarmogelijkheid in sanctiezaken. Verder zal de ACM een openbaarmakingsregime kennen volgens het principe "alles openbaar, tenzij". Ook in sanctiezaken. Overigens zal deze stroomlijningswet naar verwachting niet eerder dan 1 januari 2014 in werking treden. Dat geeft ACM het eerste jaar dus best een uitdaging, aangezien zij al een jaar eerder wordt ingesteld en de winkel in dat jaar gewoon open blijft.

In de media en vakliteratuur wordt het nut van de fusie wel onderschreven, maar vaak ook de angst geuit over de teloorgang van alles wat nu goed is. Laat ik u in de eerste plaats verzekeren dat wij er in

het fusieproces op gebrand zijn de *best practices* van iedere fusietoezichthouder te bewaken en te bewaren. Met het doel deze vervolgens uit te breiden over de hele organisatie. Bij *best practices* denk ik bijvoorbeeld ook aan de huidige werkwijze digitale recherche van de NMa, die door onze collegatoezichthouders in binnen- en buitenland wordt beschouwd als *state of the art*. En dat is een term die wat mij betreft moet gaan gelden op alle terreinen van de nieuwe organisatie.

Overigens is het goed voor u te weten dat het Ministerie van plan is om het voorstel voor de stroomlijningswet ook openbaar te consulteren. In dat verband doe ik dan ook mijn eerste beroep op u: wij zouden het bijzonder op prijs stellen indien u bij die gelegenheid uw mening over deze stroomlijningswet niet onder stoelen of banken steekt. Maar u hoeft uiteraard niet het moment van deze consultatie af te wachten. Ik nodig u van harte uit uw ideeën en eventuele zorgen met mij en mijn ACM-collega's te bespreken, vandaag of op een andere gelegenheid. Over zorgen gesproken: Kennelijk leeft bij sommigen onder u de vrees dat als gevolg van de fusie de focus op het mededingingstoezicht zou verslappen. Hen kan ik gerust stellen. Van focus verliezen is geen sprake. Wel van het vinden van een hernieuwde focus, die anticipeert op de ontwikkelingen waar we als ACM mee te maken krijgen.

Toezichtstijl

Een van die ontwikkelingen waar we mee te maken krijgen noem ik de zogenaamde "Bermuda-driehoek" waarin de ACM zich bevindt: het budget wordt verminderd, de rechters stellen hoge eisen aan het bewijs en de motivering, en de politiek en maatschappij hebben steeds hogere verwachtingen van wat je als toezichthouder zou moeten doen. Om niet te verdwijnen in deze Bermudadriehoek, moet je slim omgaan met je instrumentenmix en duidelijk zijn in je prioritering. Keuzes maken dus: welke zaken pak je op, en met welke middelen? Probleemgestuurd en oplossingsgericht werken zullen hier de sleutelwoorden vormen. Waarbij niet zoveel mogelijk boetes, maar zoveel mogelijk effect voorop staat.

De tijd van de premisse dat vrije mededinging alleen altijd het beste resultaat voor de consument oplevert, is wat mij betreft voorbij. Ik heb al eens eerder gezegd dat het generieke mededingingsrecht te lang is ingevuld en uitgelegd als een reeks van geboden en verboden. Terwijl het juist gaat om het creëren van kansen en keuzes voor anderen. Kansen voor innovatie, de consument, afnemers, nieuwe toetreders. Als het gaat over keuzes moet de consument niet alleen wat te kiezen hebben, maar ook kunnen, en willen kiezen. Keuze betekent niet alleen het hebben van een keuze maar die ook – op basis van juiste en volledige informatie – weloverwogen kunnen maken. Dat vergt maximale transparantie over mogelijkheden, en inzicht in verschillen. Hier zie ik een belangrijke taak weggelegd voor de nieuwe consumentendirectie van de ACM. Ook zie ik een grote rol weggelegd voor nieuwe communicatiemiddelen zoals *social media*, die de ACM in staat stellen de consument beter te bereiken en te bedienen. Door met een blik van buiten naar binnen te werken. In het kader van Consuwijzer zijn door de drie toezichthouders op dat punt ook al belangrijke stappen gezet. Zo maakt Consuwijzer actief gebruik van haar eigen Twitteraccount en Facebookpagina om haar doelgroep te bereiken.

Het probleem oplossen; daar gaat het uiteindelijk om. Liever een markt die werkt dan een boete geïnd. Daarbij moet het hele scala aan formele en informele instrumenten worden ingezet, om maximaal effect te bereiken. Met een juiste balans tussen formele en informele instrumenten. Dit kan dus variëren van handhaving tot advocacy, het bevorderen van compliance, ‘coregulering’, of het nemen van toezeggingsbesluiten. Dit alles op basis van het principe van tweehandigheid (ambidextrie): daar waar mogelijk effectief dialoog, daar waar nodig hard én eenduidig optreden. In zaken waarin het kartelverbod keihard wordt geschonden, zullen wij dat laatste dus ook zeker blijven doen. Ook hier geldt dat de ACM wil werken met een blik van buiten naar binnen. De wisselwerking tussen het bedrijfsleven en de toezichthouder blijft daarom essentieel. Door middel van bijvoorbeeld consultaties en ronde tafels. Oplossingsgericht zijn betekent ook dat ACM haar visie zal uitspreken over zaken binnen haar werkterrein, zoals we dat recent hebben gedaan in de Marktscan Personenvervoer per Spoor. Wij gaan misschien niet over het beleid, maar we zullen wel degelijk zaken aan de orde stellen. Ook als we daar kritiek op krijgen.

Bij een toezichtstijl die er op is gericht maximale naleving te bevorderen, hoort ook het thema ‘gedragsbeïnvloeding’ hoog op de agenda te staan. Tot die conclusie kwamen wij laatst ook met onze collega-toezichthouders in het Markttoezichthoudersberaad, waar over dit onderwerp intensief is gesproken. Het is een hot item, temeer omdat de ACM niet de enige toezichthouder is die voor de uitdaging staat om met minder middelen aan steeds hogere verwachtingen te voldoen. Anticiperen en verder kijken dan je neus lang is, is daarbij cruciaal. Zo heeft de NMa onlangs – in het kader van jong geleerd is oud gedaan – een voorlichtingsfilm gemaakt voor middelbare scholieren, waarin zij in 10 minuten een les kartelrecht krijgen. In de krokettensector, dat dan weer wel. Het moet natuurlijk wel aansprekend blijven.

Concluderend verwacht ik dat de ACM haar reputatie dus niet uitsluitend zal vestigen door vooral veel boetes op te leggen, maar door vooral ook oplossingsgericht te zijn. Dit vergt misschien een andere *mindset* van zowel de ACM medewerkers, als van u. Indien u namens uw cliënt een probleem aandraagt bij de ACM, mag van zowel de ACM medewerkers als van u worden verwacht dat u actief bijdraagt aan een oplossing. Ik denk bijvoorbeeld aan toezeggingsbesluiten, waarbij het essentieel is dat de toezeggingen die worden gedaan voldoende concreet en stevig zijn.

Waar zie ik verder nog kansen voor ACM?

ACM als Consumentenautoriteit.

De fusie van de drie autoriteiten zal belangrijke kansen bieden als het gaat om het vergroten van consumentenwelvaart. Het mededingingsrecht zorgt ervoor dat de consument genoeg te kiezen heeft. Het consumentenrecht zorgt ervoor dat hij ook daadwerkelijk een weloverwogen keuze kan maken. Door deze twee takken van sport onder één dak te hebben, kan er nog gericht worden gewerkt aan de oplossing van een concreet probleem.

Daarbij moet wel in iedere zaak de vraag worden gesteld: wie is hier eigenlijk de consument? En is die consument sterk of zwak? Is er een informatieachterstand? Of juist een informatieovervloed? Op het 10^e congres van het *International Competition Network* in mei van dit jaar [georganiseerd door de NMa] is door de nationale mededingingsautoriteiten nog uitgebreid gediscussieerd over de rol die het begrip consumentenwelvaart zou moeten innemen in het mededingingstoezicht. Hoewel die rol nog niet in alle landen op dezelfde manier wordt ingevuld, bleek uit deze discussie wel dat de koppeling tussen het mededingingstoezicht en het vergroten van consumentenwelvaart steeds vanzelfsprekender wordt. Bij de NMa is de vergroting van de consumentenwelvaart al langer erkend als onderliggend doel van het mededingingstoezicht. Ook spelen de effecten voor de consument al een rol bij de keuze van zaken. Die ontwikkeling zal zich met de ineenvlechting van de drie toezichthouders verder doorzetten.

ACM en Publieke Belangen

Een andere belangrijke kans voor de ACM is de manier waarop zij zgn. publieke belangen kan laten meewegen in haar besluitvorming. Ik ben er van overtuigd dat dit een van de grote uitdagingen wordt voor markttoezichthouders in de toekomst. Ook mijn voorganger Pieter Kalbfleisch was die mening al toegedaan, en hij heeft dit item hoog op de agenda geplaatst. Terecht, want het is een discussie waarvan de uitkomst moet zijn dat het mededingingsrecht en publieke belangen niet haaks op elkaar staan. De Mededingingswet heeft altijd al ruimte geboden om rekening te houden met andere dan mededingingsrechtelijke belangen. In de vorm van *efficiencies* bij fusies, of in art. 6 lid 3-verband. De NMa heeft daarbij tot nu toe wel als criterium gehanteerd dat wanneer een beroep wordt gedaan op een publiek belang om bepaalde *efficiencies* te rechtvaardigen, deze publieke belangen ook als zodanig erkend worden in de wet en of in de politieke besluitvorming. Uiteraard moet er ook aan de voorwaarden van art. 6(3) worden voldaan, in het bijzonder de noodzakelijkheid, proportionaliteit en eis van voldoende restconcurrentie. Kan een regeling niet aan deze voorwaarden niet voldoen, dan is de het aan de wetgever om te bepalen of hij het betreffende publieke belang wil dienen door middel van een wettelijke norm. Daarbij zal de wetgever dan moeten bepalen hoe hij publieke belangen zoals duurzaamheid wil laten wegen tegen belang van marktwerking en vrije mededinging. De NMa toetst mogelijke *efficiencies*, ook wanneer die in de sfeer van publieke belangen liggen, aan het kader dat haar daarvoor binnen de Mededingingswet is gegeven. Dat neemt niet weg dat de NMa, en straks de ACM, graag bijdraagt aan zoveel mogelijk helderheid over die kaders.

Ook hier geldt dat we met een blik van buiten naar binnen willen werken. In dat verband noem ik graag de Rondetafel Duurzaamheid die onlangs door de NMa is georganiseerd. Daarbij is de NMa in gesprek gegaan met een aantal vertegenwoordigers uit het bedrijfsleven, de SER, VNO-NCW en het ministerie van EL&I. Ook de teneur bij die discussie was dat men vooral last heeft van onduidelijkheid over wat er wel en niet mag op het gebied van duurzaamheidsinitiatieven, en niet zozeer dat het mededingingsrecht concreet belemmeringen opwerpt. Daarnaast bevestigde de discussie wederom de steeds sterker wordende link tussen duurzaamheidsinitiatieven en innovatie. Een zeer nuttige bijeenkomst dus, voor alle betrokkenen. Helderheid bieden naar buiten over de toepasselijke kaders impliceert uiteraard ook helderheid binnen de ACM over de vraag: tot waar kunnen we gaan binnen de

kaders en de capaciteit die ons gegeven zijn? U mag weten dat wij aan die vraag binnen de ACM de komende tijd de nodige aandacht zullen blijven besteden. En ook hier nodig ik u van harte uit uw ideeën op dit uitdagende terrein met ons te delen. In ieder geval kan ik zeggen dat wij van plan zijn dit soort rondetafelgesprekken een vast onderdeel van het ACM-instrumentarium te laten vormen.

ACM en Onafhankelijkheid

Het onderwerp publieke belangen, waar iedereen om ons heen een mening en verwachtingen over heeft, brengt mij tot een ander belangrijk thema voor de ACM, te weten onafhankelijkheid. Niet alleen vis à vis marktpartijen, maar ook richting de politiek. Vooral op dat laatste vlak zijn de eisen vanuit Brussel steeds strenger, zoals blijkt uit de eisen op dit punt in de nieuwe telecommunicatie- en energierichtlijnen. Je zou kunnen stellen dat het Europese recht zo langzamerhand de ware hoeder is van de onafhankelijkheid van toezichthouders [zie ook Ottow/Lavrijssen in Tijdschrift voor Toezicht nov. 2011]. Gelukkig benadrukte ook onze Minister van EL&I in juni van dit jaar, in zijn brief aan de Kamer naar aanleiding van de kabelamendementen, nog eens dat de onafhankelijkheid van de toezichthouder voor hem een zeer belangrijk uitgangspunt is. Onafhankelijkheid is naast een wettelijk verankerde waarborg, in mijn optiek vooral een *mindset* die je als toezichthouder moet hebben. Onafhankelijkheid is uiteindelijk iets wat de toezichthouder zelf hoog dient te houden. Zoals ik onlangs in het Tijdschrift voor Toezicht schreef, doe je dat niet vanuit een ivoren toren of als een verongelikt kind bij kritiek of druk. Ik heb geen problemen met druk. Wel met oneigenlijke druk. Onafhankelijkheid wordt vooral verdiend door als professionals te luisteren naar de geluiden om ons heen en te begrijpen dat er niet één absolute waarheid bestaat. Door aanspreekbaar te zijn, en uit te leggen waarom je bepaalde dingen doet, maar ook waarom je bepaalde dingen niet doet. Daarmee kweek je begrip en draagvlak voor je beslissingen.

ACM en de buitenwereld

Als ik naar het toezichtsland om ons heen kijk, constateer ik dat samenwerking tussen nationale toezichthouders steeds belangrijker wordt. Niet alleen in concrete zaken, maar misschien nog wel meer in overkoepelende thema's.. Van de onderwerpen die ik vandaag heb genoemd, is de meerderheid ook aan de orde van de dag bij onze collega-autoriteiten: handhavingsbeleid bij krimpende budgetten, nieuwe manieren om compliance te bevorderen (film), gedragsbeïnvloeding, discussies over de rol van publieke belangen. Het Markttoezichthoudersberaad (MTB) vormt in dat verband een zeer nuttig discussieplatform op nationaal niveau. Maar ook met onze buitenlandse collega's zijn deze discussies aan de orde van de dag. Het voorzitterschap van BEREC heeft mij ook doen realiseren dat er nog een harmonisatieslag nodig is op Europees niveau. Hoewel het normenkader van het generieke en sectorspecifieke mededingingsrecht inmiddels redelijk is geüniformeerd, geldt dat nog niet voor een aantal belangrijke normen in de uitvoerings sfeer. Denk bijvoorbeeld aan de uiteenlopende regimes als het gaat om de vaststelling en invordering van boetes [bijv. t.a.v. *inability to pay*]. En zo zijn er ongetwijfeld – ik doe weer een beroep op u – nog wel meer te bedenken. Veel van dit soort onderwerpen vielen tot nog toe binnen het domein van de procedurele autonomie. In de rechtspraak is inmiddels echter een duidelijke ontwikkeling zichtbaar waarbij, via de achterdeur van het nuttig effect van het EU recht, alsnog een harmonisatieslag wordt gemaakt. Ik ben

er van overtuigd dat die ontwikkeling zich alleen maar verder zal doorzetten, en ik denk dat het eigenlijk ook niet anders kan. De ACM is dan ook voornemens, net zoals de drie toezichthouders dat tot nu toe ook individueel hebben gedaan, een zeer actieve bijdrage te leveren in de internationale arena van toezichthouders.

Laatste jaar NMa

Wat kunt u in het laatste bestaansjaar van de NMa op het gebied van mededingingstoezicht nog verwachten? Gelet op de aanstaande fusie hebben wij besloten de prioriteitsgebieden van de NMa in het laatste jaar niet te wijzigen. De agenda 2010-2011 zal dus nog een jaar worden verlengd, met een paar kleine accentverschuivingen. Concreet betekent dit dat we ons ook in het laatste jaar zullen blijven focussen op de zorgsector (met nadruk op farmacie en spreiding & specialisatie van zorg, maar met uitzondering van de thuiszorg), de financiële markten en de zakelijke dienstverlening, de verwerkende industrie en, als aanvullende sector, Transport.

Verder zullen we vooral de nodige energie steken in de eerste toezichtsagenda van de ACM.

Dames en heren, ik rond af. Het komende jaar staat bij de NMa, OPTA en CA in het teken van verandering en integratie. Samen worden zij de ACM. Het mededingingsdomein gaat onderdeel vormen van een groter geheel. Dat brengt mij tot mijn laatste vraag aan u: Blijft u een vakvereniging voor alleen mededingingsrecht? Of is bij de VvM misschien ook de tijd aangebroken voor een stap richting verandering en integratie?

Ik dank u voor uw aandacht.