

Zin in de fusie! Over keuzes en kansen

Een vraagggesprek met Chris Fonteijn, een pragmaticus die glasheldere keuzes wil maken

Op 17 oktober 2011 interviewden drie leden van de redactie van Actualiteiten Mededingingsrecht Chris Fonteijn. Aanleiding voor dit vraagggesprek is zijn recente benoeming tot bestuursvoorzitter van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).¹ De redactie was benieuwd naar de manier waarop Chris Fonteijn aankijkt tegen de aanstaande fusie tussen de NMa, de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatieautoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit tot de nieuwe Autoriteit Consument en Markt (ACM);² hoe hij als (relatieve) buitenstaander naar het generieke mededingingsrecht kijkt en heeft gekeken; en hoe de nieuwe autoriteit zou moeten functioneren. Hoewel hij ten tijde van het gesprek slechts een paar maanden bestuursvoorzitter was en de antwoorden over een jaar wellicht anders zouden luiden, had Chris Fonteijn op ieder van onze vragen een onomwonden en duidelijk antwoord. Op ons kwam hij zeer enthousiast en energiek over; hij heeft zin in de fusie. Het resultaat van dit boeiende en open gesprek treft u hier aan.

U heeft uw gehele carrière buiten het generieke mededingingsrecht gewerkt. Wat is uw beeld daarvan en is uw beeld gewijzigd in de loop van de jaren?

Toen ik advocaat was, vond ik het mededingingsrecht iets weg hebben van een mandarijnenwetenschap, waarin een kleine groep juristen elkaar probeert uit te leggen hoe het zit, terwijl buiten die groep niemand snapt waar het over gaat. Ik dacht vaak, wat maken jullie hier een toestand van en vroeg me tegelijkertijd af: waar draait het in deze zaak nu echt om. Ik geloof namelijk in de eenvoud der dingen en niet in de complexiteit. De uiteindelijke keuzes die worden gemaakt, moeten glashelder zijn.

Bij de OPTA beoefen ik het telecomrecht. Dat is concreter, compacter en is duidelijk ingekaderd, alhoewel het complex is door de techniek die er bij komt kijken. In die tijd werd mijn mening over het generieke mededingingsrecht genuanceerder, alleen al omdat het verschil in een ex ante en ex post regulering een andere beoordeling vereist. En nu moet ik het generieke mededingingsrecht beoefenen. Ik heb mij in de zomervakantie als een jong studentje een week opgesloten met het boek van

Wie is Chris Fonteijn?

1955	Geboren te Den Haag;
1978	Rechtsgeleerdheid (Universiteit Leiden);
1980-2005	Advocaat aan de Rotterdamse balie;
2005-heden	Collegevoorzitter OPTA;
2008-heden	Voorzitter van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie, de BEREC ¹ ;
1-7-2011	Bestuursvoorzitter NMa; tevens beoogd voorzitter ACM (vanaf 2013).

Chris Fonteijn komt uit een ware juristenfamilie. Zijn broers en zusters hebben allen rechten gestudeerd en zijn vader was jurist op het toenmalige ministerie van Justitie. Hij is geboren in Den Haag. Vanuit zijn kamer op de twaalfde verdieping van de Zürich-toren met uitzicht op het Malieveld en de Noordzee is zijn ouderlijk huis te zien. Na zijn studie in Leiden is hij in Rotterdam gaan wonen en werken, onderbroken door een korte periode in Dubai. Hij woont nog steeds in Rotterdam en zal daar voorlopig ook blijven wonen, getuige zijn verzuchting dat hij 'thuis niet moet aankomen met verhuisplannen naar Den Haag'. Als advocaat begon hij in de zeerechtpraktijk, maar al snel stapte hij over naar het ondernemingsrecht. Chris Fonteijn vertelt dat hij veel investeringen begeleidde in het voormalige Oostblok, omdat hij Russisch had geleerd in zijn diensttijd tijdens de ondervragingsopleiding. Van die opleiding heeft hij zijn leven lang plezier gehad. Als advocaat was hij geen mededingingsrechtsspecialist, maar het mededingingsrecht was vaak wel een aandachtsgebied in de zaken die hij behandelde. Dan had hij een collega die hem, zoals hij dat noemt 'bij de hand nam voor het mededingingsrecht'. De laatste tien jaar van zijn advocatuurlijke bestaan heeft hij een praktijk gehad in het energierecht.

Hij is wielrenner en beleeft er plezier aan om dat zelf te doen, maar ook als supporter. Ondanks een overvolle agenda schiet het fietsen er niet bij in. "Dat heb ik nodig om te kunnen functioneren", zegt hij, "tijdens het wielrennen heb ik tijd om te reflecteren over de adviezen die ik krijg en na te denken over de drijfveren van mensen." Dan probeert hij 'achter de werkelijkheid van dingen te komen'.

Whish.² Ik dacht, het zal me toch niet gebeuren dat ik er straks niks van begrijp. Enigszins tot mijn verrassing, en ook tot verrassing van mijn gezin, werd ik daar echt blij van. Gelukkig maar; stel je voor dat het me tegen had gestaan.

Op onze vraag hoe hij voorkomt zelf een 'mandarijn' te worden, antwoordt hij: "mijn natuur voorkomt dat ik dat

¹ BEREC is het Engelstalige acroniem van Body of European Regulators for Electronic Communications, opgericht bij Verordening 1211/2009 (Pb 2009, L337/1).

² R. Whish, Competition Law, Oxford: Oxford University Press, 2008.

word. Ik ben echt een pragmaticus. Het gaat mij om de oplossing van het vraagstuk”.

Dat pragmatisme uit zich in de manier waarop ik wil omgaan met de handhavingsbevoegdheden. Het gaat daarbij om het zoeken van de juiste balans tussen formele en informele instrumenten. Bij de OPTA hebben we daar ook mee geëxperimenteerd. Niet alleen beboeting is effectief; met de dreiging van ingrijpen komt de boel in beweging. En ook in verband met de bezuiniging moet we noodgedwongen intelligenter omgaan met de

Met de dreiging van ingrijpen komt de boel in beweging

middelen; we moeten variëren in de instrumentenmix. In het generieke mededingingsrecht is het vaak alles of niets: of een boete, of geen zaak. Ik sluit niet uit dat we in de toekomst meer gaan doen met het instrument van toezeggingsbesluiten. Ik heb liever een markt die werkt, dan een boete geïnd. Dat gezegd zijnde is dat middel weer niet geschikt voor kartelzaken.

Ik zou ook vaker de informele weg willen bewandelen; meer met de bedrijven om tafel gaan zitten. Het handhaven is geen doel op zich, maar een middel om markten te laten werken. Het generieke mededingingsrecht is een aaneenschakeling van geboden en verboden. Dat vormt in feite een hele negatieve ‘verpakking’ voor iets dat heel positief is. Het mededingingsrecht gaat in mijn ogen over het creëren van kansen en keuzes voor anderen. Dat moet leiden tot een positieve omgeving voor innovatie. Zo kijk ik nu aan tegen het generieke mededingingsrecht.

U bent op dit moment voorzitter van de BEREC. Wat neemt u mee uit deze internationale ervaring voor uw internationale contacten in het mededingingsrecht?

Ik vermoed dat die ervaring mij goed van pas zal komen. BEREC geeft adviezen aan de nationale *regulators* in individuele zaken. Ik heb hier veel van geleerd. Je leert werken in het Europese krachtenveld tussen de nationale autoriteiten en de Europese Commissie. Dat heeft natuurlijk veel raakvlakken met de situatie in het mededingingsrecht. Mijn korte ervaring met internationale contacten op het mededingingsvlak is overigens bijzonder positief. Zo woonde ik recent de Fordham-conferentie bij en was positief verrast door een intensief onderhoud dat ik had met een tiental hoofden van andere mededingingsautoriteiten vanuit de hele wereld. Terwijl ik gewend ben om vergaderingen in een Europese setting bij te wonen waarbij verschillende *heads of agency* worden geflankeerd door allerlei assistenten, kregen we hier de gelegenheid om urenlang heel informeel met z'n tienden allerhande ervaringen uit te wisselen. Ik vond dat bijzonder stimulerend.

U komt van de OPTA. Wat zou de NMa kunnen leren van de OPTA?

Hoewel ik begrijp dat de NMa al een traditie heeft op dit vlak, zou ik, zoals gezegd, meer de informele weg willen bewandelen. Meer partijen stimuleren om een effectief *compliance* programma te implementeren. En als je dat doet, mag je ook wat verwachten van de toezichthouder. Dat hebben we bij de OPTA ook gedaan door *compliance* handvesten te sluiten, zoals met KPN.³ Het grote verschil is evenwel dat je als sectorspecifieke toezichthouder ‘bovenop’ de onderneming zit waarop je moet letten en daar dus logischerwijze mee om tafel komt te zitten. Dat is in het generieke mededingingsrecht wel anders, waar het potentieel alle ondernemingen betreft. Desalniettemin kan je vanzelfsprekend wel bepaalde sectoren uitkiezen waar je op deze manier te werk zult gaan.

Iets anders is de manier hoezeer je de grenzen wilt opzoeken. Er wordt de OPTA wel eens aangewreven dat zij meer beroepszaken verliezen dan de NMa. Of dat klopt, weet ik niet precies, maar een mogelijke verklaring daarvoor is wel gelegen in de *ex ante* controle van de OPTA; *ex ante* zaken bij OPTA vinden vaak prospectief plaats in een zeer volatiele omgeving. De dossiers van de NMa gaan vaak terug op een meer uitgekristalliseerde omgeving. Dan is het gemakkelijker om te constateren of er voldoende bewijs is om tot een (boete) besluit te komen. Ik heb wel de neiging de grens op te zoeken en een zaak voor te laten komen, omdat ik het niet eng vind een zaak te verliezen. Je moet risico's durven nemen. Daar zit, denk ik, wel iets waar de NMa wat van de OPTA kan leren. Zo zijn er trouwens ook genoeg onderwerpen waar de OPTA van de NMa en de CA zal kunnen leren.

Volgens een Rijks persbericht moet u “het beste uit de fusie-organisaties [zien] te verenigen”.⁴ Wat is het beste van elke drie?

Het gaat om de *best practices* van de drie autoriteiten. Een deel daarvan heeft te maken met de inrichting van de organisatie. Zo zitten de juristen van de OPTA in de lijn bij de teams en niet in een afdeling, zoals de Juridische Dienst van de NMa. Door de stap in een aparte afdeling over te slaan, zouden procedures sneller kunnen gaan. Aan de andere kant loop je met juristen in de lijn het risico dat er tunnelvisie ontstaat die dan op een andere manier gecheckt moet worden. Op die punten kan je van elkaar leren.

Overigens vereist de wet bij de NMa zogenaamde *chinese walls*. Volgens de uitleg van het CBB in de ETB Vos-zaak⁵ vereist dat een aparte afdeling. Hoewel ik die uitspraak vanzelfsprekend zal respecteren, vond ik hem wel moeilijk te begrijpen. Een afdeling als de Juridische Dienst is en blijft een afdeling van dezelfde NMa die ook een rapport opmaakt. Ik zie niet in hoe een afdeling van dezelfde organisatie kan afdoen of bijdragen aan de *chinese walls*. Ik geloof zeker in de scheiding van de onderzoekstaken

3 *Compliance Handvest KPN en OPTA van 24 augustus 2008*, <http://www.opta.nl/nl/download/publicatie/?id=2571>, waarin de OPTA Compliance Assistance biedt.

4 <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2011/06/24/fontein-bestuursvoorzitter-nederlandse-mededingingsautoriteit.html>.

5 Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 30 augustus 2011 in zaak ETB Vos/NMa, LJN BR6737, AM 2011, p. 156, m.nt. H.M.H. Speyart, M. Polvliet.

en sanctionerende taken, maar bij de OPTA hadden we daarom een scheiding op persoonlijk niveau.

Op uw persoonlijke niveau is die scheiding nu weg. Althans, de collegevoorzitter OPTA en bestuursvoorzitter NMa zijn bij u in een personele unie terechtgekomen. Wat vindt u daarvan? Heeft dat voor- of nadelen? Of is dat neutraal?

Het voelt voor mij bepaald niet als een probleem. Bovendien is het maar tijdelijk. In formele zin zou het een probleem kunnen zijn, als de OPTA de NMa moet adviseren in concentratiecontrolezaken, maar dat hebben we nu zo geregeld dat ik me bij die zaken terugtrek uit de besluitvorming. Er is dan gewoon geen bemoeienis van mijn kant. De dagelijkse gang van zaken bij de OPTA heb ik overgedragen aan de vice-voorzitter van het College, Mark de Jong.

Ik vind de personele unie voor de fusie van de drie

Je moet uitleggen wat je niet doet

toezichthouders in combinatie met mijn beoogde voorzitterschap van de nieuwe autoriteit wel een groot voordeel. Dit haalt namelijk de spanning uit het fusieproces waardoor een eventuele 'loopgravenoorlog' tussen de organisaties wordt voorkomen."

In de pers heeft u gezegd, wijzend op de bezuinigingen, dat u scherpe keuzes zult moeten maken en dat u als leiding vooral zult moeten durven kiezen om bepaalde dingen niet te doen. Welke keuzes kunnen we verwachten en welke dingen zal de NMa niet meer doen?

De nieuwe fusieautoriteit zit in een spanningsveld met drie hoeken. Allereerst zal het budget aanzienlijk minder zijn; dat is een feit. Ten tweede stellen de rechters steeds hogere eisen aan het bewijs en de motivering. En ten derde hebben de politiek en de maatschappij steeds hogere verwachtingen van wat je doet. Om niet te worden geplet onder die drie factoren, zal je als autoriteit (a) intelligent moeten omgaan met je instrumentenmix en (b) duidelijk moeten zijn in je prioritering. Wat betreft dat laatste moet je durven kiezen in wat je doet en vooral moeten durven uitleggen wat je niet doet. Dat laatste is wellicht wat on-Haags, maar dat vind ik wel belangrijk voor het verwachtingspatroon van de buitenwereld in een tijd waarin het budget slinkt. Weliswaar geldt de Mededingingswet voor iedereen, maar je prioriteit moet wel daar liggen, waarmee het maatschappelijk belang gediend is. Daarbij moet ook gedacht worden aan de consument; we gaan tenslotte Autoriteit Consument en Markt heten. En dat de rechter steeds hogere eisen stelt in combinatie met wederom dat afnemende budget, zorgt er voor dat je ook om die reden intelligenter moet omgaan met je instrumentenmix. Dus niet altijd kiezen voor de boete die voor de rechter kan komen, maar bijvoorbeeld ook het toezeggingsbesluit en, informeler, compliance programma's bevorderen, zodat toch het doel wordt bereikt om markten beter te laten werken, met



Chris Fonteijn

het oog op het vergroten van de kansen en keuzes in Nederland.

Kunt u contouren schetsen van hoe de nieuwe autoriteit er organisatorisch uit gaat zien?

Alle consumentenzaken van de drie autoriteiten zullen worden samengevoegd in de Consumentendirectie. Die zal voornamelijk bestaan uit de huidige CA en alle niet-marktgerelateerde zaken die de OPTA, zoals het toezicht op SPAM, en de Energiekamer van de NMa uitvoert. Dit wordt een substantieel onderdeel van de organisatie.

In hoeverre dienen de opsporingsbevoegdheden van de toekomstige ACM geharmoniseerd te worden?

De bestaande verschillen zijn om te beginnen niet groot. Ik vind dan ook dat de opsporingsbevoegdheden gelijk getrokken moeten worden. Een van de krachten van de fusie is juist dat de opsporing gebundeld kan worden. Het zou ook vreemd zijn als ambtenaren van de ACM afhankelijk van het rechtsgebied, dan weer de ene bevoegdheid hebben en dan weer de andere. Gelijke bevoegdheden zullen ook bijdragen aan een vereenvoudiging; het is al een gecompliceerde fusie. Wel kan de uitoefening van de bevoegdheden natuurlijk verschillen afhankelijk van de aard en de zwaarte van het onderzoek, maar de wettelijke bevoegdheden zouden naar mijn overtuiging zoveel mogelijk dezelfde moeten zijn.

Zouden andere toezichthouders zoals de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) zich ook bij u moeten aansluiten?

Er is onderzoek naar gedaan of het wenselijk was de

NZa ook toe te voegen aan het geheel. Dat bleek voor dit moment niet haalbaar. Er is een andere minister verantwoordelijk voor de NZa en vooral leek het onpraktisch om nog een vierde autoriteit mee te fuseren. Met het oog op het huidige fusieproces vind ik dit verstandig. Drie autoriteiten fuseren is al een hele klus; daar heb we onze handen vol aan, maar ik sluit niet uit dat over een paar jaar opnieuw naar dit punt wordt gekeken.

De OPTA mag nog zelf beleidsregels maken, de NMa niet meer; dat doet de minister van E, L&I. Heeft u een voorkeur voor het ene of andere model? En welke model acht u wenselijk voor de ACM?

Laat ik vooropstellen dat ik aan de onafhankelijkheid van de toezichthouders hecht. Als ik dat als uitgangspunt neem, ligt het voor de hand dat ik er de voorkeur aan geef dat de toezichthouder zelf zijn beleidsregels bepaalt. Volgens mij is dat ook een werkbare situatie.

Handhaving van het mededingingsrecht door het OM moet je niet willen

Zoals u weet bestaan bepaalde tendensen in sommige lidstaten in de richting van criminalisering van de mededingingsregels, terwijl andere lidstaten zich er juist van afkeren. Hoe staat u hier tegenover?

Criminaliseren is gericht op het aanspreken of bestraffen van individuen. Daar ben ik voor. Dat hoeft echter niet te betekenen dat het strafrecht gehanteerd moet worden. Het beboeten van mensen door de NMa naast ondernemingen is een effectief instrument. Als criminalisering echter betekent dat het Openbaar Ministerie (OM) ook het mededingingsrecht moet gaan handhaven om gevangenisstraffen op te leggen, sta ik daar huiverig tegenover. Wijlen Ad Geelhoed, die veel te kort in het College van de OPTA heeft kunnen functioneren, heeft hierover ooit tegen mij gezegd dat je handhaving van het mededingingsrecht door het OM nooit moet willen, omdat zij ook te maken heeft met een prioriteringsagenda. Als je de keuze moet maken tussen het vervolgen van een verdachte van een inbreuk op het mededingingsrecht of een verdachte van, bijvoorbeeld, een zedendelict, dan ligt het voor de hand dat het mededingingsrecht waarschijnlijk geen prioriteit krijgt. Op zich is dat natuurlijk ook heel begrijpelijk. Criminalisering zou dan leuk op papier staan, maar ik vrees dat er in de praktijk niets mee zou gebeuren.

Onze indruk

De indruk die wij kregen van Chris Fontein in dit gesprek is dat het Nederlandse mededingingstoezicht aan hem een energieke, positief ingestelde roerganger zal hebben. Hij heeft het over twee dingen – volgens hem aan iedereen die het wil horen –: kansen en keuzes. Dat is blijkbaar zijn positieve *leitmotiv*.

Hij lijkt vooral een praktisch ingesteld mens te zijn: met partijen om tafel, *compliance* handvesten afsluiten, toezeggingsbesluiten, allemaal om markten te laten werken en consumentenwelvaart te bevorderen. Ondanks

dat hij niet alleen maar met beboeting wil werken, is hij bereid de grenzen op te zoeken en risico's te nemen voor de rechter.

Wij hadden het gevoel een open gesprek met hem te hebben gevoerd. En dat is naar zijn eigen zeggen ook hoe hij wil communiceren. Duidelijk maken wat je doet en vooral ook wat je niet doet. Chris Fontein vindt dat on-Haags; wij vragen ons af of dat dan niet de Rotterdamse mentaliteit is. In het verlengde daarvan kiest hij voor de eenvoud en heeft een afkeer van onnodige complexiteit. Hij vraagt zich voortdurend af waar het nou echt om gaat; het liefst tijdens het fietsen. Roept dat niet het beeld op van die eenzame sterke fietser die zichzelf een weg baant tegen de wind in?⁶

Ook zijn ondervragingsopleiding zal hem van pas blijven komen. Toen hij een van ons tijdens het voorstelrondje een vraag stelde, concludeerde hij na de gegeven respons dat hij geen antwoord had gehad op zijn vraag en vroeg: 'wat is nu het antwoord op mijn vraag?'. Wellicht dat dat niet alleen met zijn ondervragingsopleiding heeft te maken, maar ook met zijn karakter, omdat hij zoals gezegd wil weten waar het nu echt om draait. Wij hadden het idee dat wij wel de antwoorden op onze vragen kregen.

Volgens ons heeft het generieke mededingingsrecht er met hem een bevlogen uitoefenaar bij.

PAS, WG, BN

⁶ B. de Groot, R. Engländer, 'Jimmy', *Hoe sterk is de eenzame fietser*, Decca, 1973, kant B, nr. 1.