

ACM onafhankelijk?

Nico van Eijk¹

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumenten Autoriteit (CA) moeten opgaan in de 'Autoriteit Consument en Markt' (ACM).² Dit is de strekking van een wetsvoorstel dat momenteel bij de Raad van State ter advisering voorligt. De belangrijkste argumenten voor samenvoeging zijn het feit dat ze zich alle drie met markttoezicht bezighouden en er met de fusie een kostenbesparing valt te realiseren. Op beide argumenten is het nodige af te dingen, maar daar gaat het hier niet om.

De drie instellingen kennen ieder een verschillende bestuurlijke inrichting. De NMa (die niet alleen over mededinging in algemene zin gaat, maar ook belast is met toezicht op de transport- en energiesector) is momenteel een zogenoemd 'klein ZBO'. Kenmerkend voor een dergelijk zelfstandig bestuursorgaan is het ontbreken van rechtspersoonlijkheid en het feit dat het personeel in dienst is van de rijksoverheid. Alleen de raad van bestuur van de NMa heeft in feite ZBO-status. De CA is een onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I) en valt dus rechtstreeks onder het ministerieel gezag. OPTA is daarentegen een volwaardig ZBO met eigen rechtspersoonlijkheid en eigen personeel. De nieuwe ACM wordt naar het evenbeeld van de NMa een klein ZBO.

Is hier sprake van een onafhankelijke autoriteit? NMa, OPTA, CA en andere autoriteiten vinden hun basis in Europese richtlijnen. Deze richtlijnen kennen een autoriteitenconcept dat breder is dan een traditioneel ZBO. Het gaat veelal niet om het uitvoeren van een gedelegeerde bevoegdheid, maar om een instantie die eigen regulerende en geschilbeslechtende bevoegdheden heeft. Daarbij wordt onafhankelijkheid van essentieel belang geacht om afstand te creëren tot marktpartijen en tot de overheid. Binnen de diverse Europese richtlijnen is er enige variëteit, maar deze dubbele onafhankelijkheid is een wezenlijk element. In een recente Europese studie wordt nog eens helder uiteengezet wat er allemaal bij komt kijken om onafhankelijkheid te garanderen.³ Veel van de daarin besproken criteria zijn relevant voor de nieuw in te richten ACM. Ik licht er hier een aantal wat uitgebreider toe.

Aan de institutionele kant wordt onafhankelijkheid onder meer afgemeten aan de mate waarin de autoriteit zelfstandig kan optreden. In dit verband zijn rechtspersoonlijkheid, eigen personeel en eigen budget van belang. Van de eerste twee is bij de ACM dus geen sprake. Indien de lijn van de huidige NMa wordt gevolgd dan wordt het budget uitsluitend op basis van politieke prioritering vastgesteld. Ten minste zou moeten worden overwogen om het benodigde budget via een meer gewogen proces – bijvoorbeeld met inschakeling van een derde partij (de rekenkamer?) – tot stand te laten komen en voor een

meerjarige periode te verzekeren. Een ander institutioneel aspect betreft de bevoegdheden. Vergeleken met buitenlandse autoriteiten ligt de lat in Nederland zeer laag en wordt al te snel aangenomen dat het om beleid gaat en derhalve de ministeriële verantwoordelijkheid in het geding is. Dit soort legaliteitsissues bemoeilijkt adequaat handelen. Een blik over de grens levert interessante voorbeelden op zowel wat betreft bevoegdheden als alternatieven voor de verantwoordingsvraag. Een extreem voorbeeld is de verdeling van frequenties, die in Nederland volledig politiek wordt bepaald maar elders in belangrijke mate tot de verantwoordelijkheid van onafhankelijke autoriteiten wordt gerekend.

Een ander heikel punt betreft de benoeming van de leden van de ACM. Bij NMa, OPTA en CA is dit al een zwak punt (evenals bij andere autoriteiten/toezichthouders zoals de AFM en de Zorgautoriteit). Er zijn nauwelijks geformaliseerde benoemingscriteria (hooguit wordt 'deskundigheid' verlangd en wordt een aantal incompatibiliteiten vastgelegd) en de procedures worden in de betreffende wettelijke kaders niet omschreven. Zonder ook maar in enig opzicht te willen twijfelen aan de integriteit en kwaliteit van hen die nu de diverse posten bemannen: 'politieke willekeur' is uitgangspunt. Het is de minister die geheel naar eigen inzicht kandidaten kan selecteren en benoemen. Een zorgvuldige transparante procedure kan bij de ACM niet ontbreken, daarvoor is het een te belangrijke instelling. Maar ook moet niet worden vergeten dat met de instelling van de ACM een geheel nieuw college wordt benoemd met een zittingsduur van vier jaar. Dat zal gebeuren tegen het einde van de huidige regeringsperiode, zodat er fors 'over het graf heen' kan worden geregeerd.

Dat deze institutionele en benoemingsvraagstukken ook daadwerkelijk bestaan, wordt bevestigd door het recente 'Relatiestatuuat EL&I-NMA 2011'.⁴ Dit document regelt de relatie 'voor zover die relatie niet bij of krachtens wet is geregeld'. En waar gaat het dan om, inderdaad: financiering, personeel, benoeming en informatie-uitwisseling. Afgezien van het feit dat veel van de gekozen oplossing en suboptimaal zijn, behoeven dit soort zaken een meer formele inkadering. Ze raken de kern van de onafhankelijkheid van dergelijke autoriteiten. ●

Auteur

54, 55, 69, 70 en 73.

1. Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IVIR, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam).

3. *INDIREG: Indicators for independence and efficient functioning of audiovisual media services regulatory bodies*, studie in opdracht van de Europese Unie. Zie: www.indireg.eu.

Noten

2. *Kamerstukken II 2010/11*, 31 490, nr.

4. *Stcrt.* 2011, 17 320 (d.d. 30 september 2011).