

# NMa kopje kleiner gemaakt

*De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) is niet meer. De NMa is per 1 april van dit jaar opgegaan in de Autoriteit Consument & Markt (ACM), samen met de toezichthouder in de telecommunicatiesector (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA). De onafhankelijkheid van de ACM staat echter ter discussie. Prof. Mr. Dr. Saskia Lavrijssen, hoogleraar 'Consument en Energie' aan de Universiteit van Amsterdam geeft aan waarom en wat dit betekent voor de rechtsbescherming van de Nederlandse consument en zakelijke afnemer.*



Saskia Lavrijssen

## Wat is het belang van onafhankelijk toezicht?

“Een onafhankelijke toezichthouder is een scheidsrechter die waakt voor een gelijk speelveld voor alle partijen. Dit bevordert mededinging en marktwerking waardoor bijvoorbeeld energie betaalbaar blijft. Een onafhankelijke toezichthouder geeft consumenten toegang tot procedures bij geschillen. Een onafhankelijk toezichthouder laat zijn oor niet hangen naar een aandeelhouder die een korte termijn politiek belang heeft bij hoge netwerktarieven voor het spekken van de staatskas. Een onafhankelijke toezichthouder maakt een objectieve afweging van alle belangen om te zorgen dat

ook op de lange termijn de belangen van de consument, zowel huishoudens als de zakelijke afnemers, zo goed mogelijk worden gediend. Onafhankelijk toezicht is onpartijdig, transparant, consistent, eerlijk en vindt plaats op basis van objectieve maatstaven.”

### Dat is nu niet het geval?

“De ACM heeft formeel de status van zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). De minister mag de toezichthouder daarom geen instructies geven over de wijze waarop in een bepaalde zaak moet worden beslist. Er is gekozen voor een klein ZBO; een ZBO zonder eigen rechtspersoonlijkheid. Dat laatste betekent dat zij geen eigen budget en personeel heeft. Alle medewerkers zijn formeel in dienst van het ministerie van Economische Zaken (EZ) en de minister bepaalt elk jaar het budget van de ACM. De minister heeft zo nog te veel ruimte om in achterkamertjes het ACM-beleid te sturen. Zo moet de ACM van de regering € 75 miljoen per jaar aan boetes binnenhalen, oplopend naar € 125 miljoen per jaar vanaf 2017. Door die taakstelling beïnvloedt EZ de prioriteiten van de ACM. Dat is een zware ingreep in de onafhankelijkheid van de ACM. EZ dwingt de ACM in een keurslijf. De ACM moet handhaven en boetes opleggen zodat geld in de staatskas vloeit. Terwijl het ook heel belangrijk is dat aandacht wordt besteed aan goede reguleringsprocedures en een adequate afweging van belangen. Zo'n boetetarget kan dat ondermijnen. Dat is een zorgelijke ontwikkeling.”

### Groot wantrouwen begrijpelijk

“Naast het ontbreken van rechtspersoonlijkheid, kan de minister via de zogenoemde wettelijk vastgelegde 'beleidsregelbevoegd-

heid' de onafhankelijkheid van de ACM belemmeren. Deze bevoegdheid tot het stellen van beleid is ruim geformuleerd. Er zijn weinig waarborgen dat er geen inmenging in allerlei zaken zal plaatsvinden. Vooral bij energie kan ik me voorstellen dat het wantrouwen van partijen ten aanzien van de onafhankelijkheid groot is. De Staat heeft immers grote belangen in die energiesector, vanwege haar aandeelhouderschap in TenneT en Gasunie. De minister heeft te veel mogelijkheden om te interveniëren in de bevoegdheden van de toezichthouder. Hierdoor wordt niet de mogelijkheid uitgesloten dat die beleidsregelsbevoegdheid op een onrechtmatige manier wordt aangevend. Er mag in Nederland nog wel meer discussie zijn over verantwoordelijkheden van minister en toezichthouder in het licht van de onafhankelijkheidseisen van het Europees recht. Die grens is nu vaag.”

### Wat zegt Europa daar over?

“Volgens het Europees recht is deze Nederlandse werkwijze zeer discutabel. Europese richtlijnen zijn zeer streng ten aanzien van de onafhankelijkheid van het toezicht. In een van die regels staat duidelijk dat de toezichthouder zijn reguleringstaken zelfstandig moet kunnen uitvoeren. Er mogen wel beleidsregels worden opgesteld door de minister die het beleid op hoofdlijnen aangeven, maar die mogen de toezichthouder niet beperken om in concrete gevallen tot een onafhankelijke oordeelsvorming te komen. Volgens het Europees recht moeten toezichthouders steeds onafhankelijker worden en steeds ruimere bevoegdheden krijgen. De Nederlandse politiek worstelt daar enorm mee. Zij wil een vinger in de pap houden. De



Nederlandse traditie van het primaat van de politiek botst met de door Europa opgelegde ruimere bevoegdheden van een onafhankelijke toezichthouder. Nederland moet groeien van een poldermodel naar een onafhankelijke toezichtcultuur. Dat heeft tijd nodig en zal gepaard gaan met rechtszaken. Inmiddels heeft de Europese Commissie in een inbreukprocedure haar bezwaren geuit ten opzichte van de onafhankelijkheid van de ACM op het gebied van het toezicht op de telecommunicatiesector". De Nederlandse politiek wil op voorhand vastleggen dat de ACM de toegang tot de kabel moet reguleren, maar gaat daarmee voorbij aan de onafhankelijke economische analyse die bij dergelijke beslissingen moet worden uitgevoerd. "

#### Zie je dit in andere landen ook zo?

"Dit speelt in heel veel landen waaronder Frankrijk, Spanje en Hongarije, maar ook in Duitsland en Oostenrijk. Het is ook aan de orde in de telecomsector en bij het privacytoezicht. De Europese Commissie kijkt heel

streng of richtlijnen over onafhankelijk toezicht worden nageleefd. De Commissie startte al enkele gerechtelijke procedures. Er zullen er zeker nog meer volgen."

#### De NMa is een kopje kleiner gemaakt?

"Het is van groot belang dat de discussie over onafhankelijk toezicht volwassen wordt. De politiek moet zich er veel meer mee bezig houden. Consumentenorganisaties moeten hun stem laten horen. Vanuit de wetenschap worden de ontwikkelingen nauwkeurig gevolgd. Zo publiceerde een collega van mij, Maarten Pieter Schinkel, in maart 2013 een kritische column in het blad 'Markt&Mededinging'. Hij stelt dat achter de operatie-ACM een nauwelijks verborgen agenda zit om de NMa een kopje kleiner te maken. Bestuursvoorzitter van de ACM, Chris Fonteijn, wuift deze kritiek weg als onzin. Maar dit is geen onzin. Dit zijn serieuze dingen. Je moet als toezichthouder luisteren naar deze kritiek. Het legt de vinger op de gevoelige plek. Ik wil niet bij voorbaat

zeggen dat de toezichthouder en de bestuursleden niet onafhankelijk zijn, maar het kan nog beter worden geregeld."

De leerstoel 'Consument en Energie' is op 1 september 2011 opgericht. Doel is het bevorderen van onafhankelijk multidisciplinair onderzoek naar de positie van de huishoudelijke en zakelijke consument in de energiemarkt onder invloed van liberalisering, globalisering en klimaatveranderingsvraagstukken. De leerstoel is ondergebracht bij het Centrum voor Energievraagstukken van de Universiteit van Amsterdam en is mede mogelijk gemaakt door inzet van de Consumentenbond, Vereniging Eigen Huis en VEMW.

Huidige situatie	Aanbevelingen om toezicht onafhankelijker te maken
ACM is zelfstandig bestuursorgaan zonder rechtspersoonlijkheid.	ACM is zelfstandig bestuursorgaan met eigen rechtspersoonlijkheid (eigen personeel en budget).
Minister benoemt ACM bestuurders via ontransparante procedures.	Transparante benoemingsprocedures worden vastgelegd in wet.
EZ evalueert ACM.	Onafhankelijke instantie (bijvoorbeeld Rekenkamer) evalueert ACM.
Minister heeft beleidsregelbevoegdheid.	Beleidsregel bevoegdheid wordt genormeerd ter waarborging van onafhankelijkheid.
Minister beïnvloedt taakstelling ACM.	ACM stelt eigen prioriteiten bij uitoefening bevoegdheden.
Minister heeft bevoegdheid tot het vernietigen van besluiten van de ACM wegens onbevoegdheid op het gebied van het mededingingstoezicht en consumentenrecht.	Minister heeft geen bevoegdheid tot het vernietigen van besluiten van de ACM.
Minister heeft bevoegdheid tot het opstellen van ministeriële regels inzake het vaststellen van technische voorwaarden en tariefstructuren door de netbeheerders.	Minister heeft geen bevoegdheid tot het vaststellen van ministeriële regels inzake het opstellen van technische voorwaarden en tariefstructuren door de netbeheerders.
Minister heeft bevoegdheid om het bestuursreglement van de ACM goed te keuren en een ruim omschreven inlichtingenrecht.	De bevoegdheid tot goedkeuring van het bestuursreglement en het inlichtingenrecht worden nader genormeerd.
Minister heeft goedkeuringsbevoegdheid beleidsregels ACM op het gebied van het mededingingstoezicht en consumentenrecht.	Minister heeft geen goedkeuringsbevoegdheid beleidsregels van de ACM.