

Vergaderjaar 2000–2001

27 639

Wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan

B

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 9 januari 2001 en het nader rapport d.d. 13 maart 2001, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 3 oktober 2000, no. 00.005502, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan.

Het voorstel van wet tot wijziging van de Mededingingswet (hierna: de wet) strekt ertoe aan de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) de status van zelfstandig bestuursorgaan (hierna: zbo) te geven. Het voorstel bevat alleen de wijzigingen van de wet die daartoe noodzakelijk zijn. Voor het overige blijven de bevoegdheden van de minister en van de directeur-generaal van de NMa in beginsel ongewijzigd. De Raad van State betwijfelt of de veronderstellingen waarop de voorgestelde verzelfstandiging berust, beantwoorden aan de realiteit. Vandaar dat het college adviseert om de periode die oorspronkelijk beoogd was om ervaring op te doen ook te benutten en de voorgestelde versnelde verzelfstandiging zonder voorafgaande evaluatie van de bestaande werkwijze ontraadt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van uw kabinet van 3 oktober 2000, nr. 00.005502, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 9 januari 2001, nr. W10.00.0457/II, bied ik U hierbij aan.

1. Uitgangspunt voor de voorliggende regeling¹ is dat onafhankelijke oordeelsvorming op basis van specifieke deskundigheid een voorwaarde is voor het wetslagen van de toepassing van de wet. Beslissingen moeten worden genomen op basis van analyses van de markt en de economische gevolgen van het al of niet toelaten van een bepaalde concurrentiebeperking, aldus de toelichting. Aangezien de wet discretionaire ruimte biedt en beslissingen op basis van die wet gevoelig kunnen zijn voor politieke beïnvloeding, is de onafhankelijke oordeelsvorming door de directeur-generaal van de NMa in het geding. Vandaar dat het van belang is waarborgen te creëren om hem af te schermen van politieke beïnvloeding. Ook zou de omvorming van de NMa van een ambtelijke dienst tot een zbo een logisch

¹ Memorie van toelichting, Paragraaf 2.2.

uitvloeijsel zijn van de parlementaire behandeling van de wet. Aldus de minister.

Deze benadering in de memorie van toelichting gaat ervan uit dat mededinging, markt en marktordening objectieve, technische concepten zijn, waarvan invulling, normering en afbakening binnen het door de wet en de Europese regelgeving gestelde kader, duidelijk en ondubbelzinnig zijn, zodat zij zich lenen voor een politiek-neutrale, onafhankelijke uitvoering die los van politieke verantwoording kan functioneren. Zou dit niet zo zijn dan zou de voorgestelde verzelfstandiging immers kunnen inhouden dat de zeggenschap over een mechanisme dat bepalend is voor de maatschappelijke ontwikkeling en de afweging van economische baten en maatschappelijke lasten, eenzijdig wordt ingevuld terwijl de democratische verantwoording daarover wordt beperkt en verschaalt. Dat bedoelde begrippen geen neutrale ondubbelzinnige uitleg hebben, wordt door het voorstel en de toelichting daarop bevestigd. Het vormt mede de verklaring voor de voorgestelde bevoegdheid nadere beleidsregels te stellen. Of die toereikend zal zijn voor de noodzakelijke precisering van het noodzakelijke kader moet nog blijken. Wanneer de afbakening tussen ongewenste kartelvorming en gewenste vormen van maatschappelijk ondernemen en hun onderlinge afstemming ten dienste van algemene maatschappelijke belangen (bijvoorbeeld via milieu, arbo of sociale convenanten) evenwel langs deze weg gerealiseerd moeten worden, zal er in ieder geval sprake zijn van voortschrijdende juridisering. De behoefte aan dergelijke mogelijkheden wijst er in elk geval op dat de voorgestelde regeling ambivalent is en daardoor weinig geschikt om het beoogde doel te realiseren. Op deze ambivalentie wordt in de volgende punten nader ingegaan. De Raad meent dat een beslissing over verzelfstandiging van de NMa slechts genomen kan worden, indien duidelijkheid bestaat omtrent deze aspecten, welke duidelijkheid onder meer op basis van de praktijk verkregen kan worden. Daarvoor was ook de evaluatie bedoeld.

Er ware daarom eerst nog meer ervaring op te doen met de bestaande wetgeving om een antwoord te kunnen geven op de vraag of de uitvoering daarvan zodanig is dat een democratische verantwoording van het beleid van de NMa niet nodig of zelfs ongewenst is. Pas dan kan blijken of verdergaande verzelfstandiging verantwoord en nodig is, dan wel, waarom indien de huidige praktijk bevredigend is, een verdergaande stap moet worden overwogen. De Raad ontraadt om nu, zonder voldoende ervaring en een adequate evaluatie daarvan, tot de voorgestelde verzelfstandiging over te gaan.

1. De Raad leidt uit de memorie van toelichting af dat in mijn visie mededinging, markt en marktordening objectieve, technische concepten zijn, waarvan invulling, normering en afbakening binnen het door de wet en de Europese regelgeving gestelde kader, duidelijk en ondubbelzinnig zijn, zodat zij zich lenen voor een politiek-neutrale, onafhankelijke uitvoering die los van politieke verantwoording kan functioneren. De Raad meent dat deze begrippen geen neutrale ondubbelzinnige uitleg hebben en dat een beslissing over verzelfstandiging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) slechts genomen kan worden indien meer duidelijkheid bestaat omtrent deze aspecten. De Raad ontraadt om nu, zonder voldoende ervaring en een adequate evaluatie daarvan, tot de voorgestelde verzelfstandiging over te gaan.

Het uitgangspunt bij de Mededingingswet is dat voor de algemene invulling, normering en afbakening van de door de Raad bedoelde begrippen, de EG-mededingingsregels en de uitleg daarvan door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen richtinggevend zijn. Dit vormt het kader waarbinnen de directeur-generaal van de NMa de Mededingingswet moet toepassen. Na enige tientallen jaren zijn het Europese mededingingsbeleid en de daarop gebaseerde jurisprudentie in veel opzichten uitgekristalliseerd. De nationale ruimte tot afbakening, normering en invulling is vanwege de aansluiting bij het Europese recht beperkt. Ik meen dan ook dat er ten aanzien van begrippen als markt en mededinging een voldoende helder afgebakend en normerend kader ligt. Dit neemt niet weg dat dit kader zich verder ontwikkelt, ook op nationaal niveau, door regelgeving en als uitvloeijsel van de toepassingspraktijk van Europese mededingingsregels en de Mededingingswet. De Minister van Economische Zaken heeft daarbij vanuit zijn verantwoordelijkheid voor het algemene mededingingsbeleid als taak de kwaliteit en de inhoud van dit kader te bewaken en zo nodig het initiatief te nemen tot aanpassing ervan.

Aan de toepassing van de Mededingingswet is inherent dat er in individuele gevallen een zekere discretionaire bevoegdheid is voor de uitvoerder van die wet. Deze wet behelst immers geen rekenkundige en technische regels die als absolute meetlat bij een beslissing kunnen fungeren. In individuele beslissingen moet er een weging gemaakt worden aan de hand van de mededingingsregels. Deze weging dient in onafhankelijkheid gemaakt te worden. Met het oog daarop is direct al bij de totstandkoming van de Mededingingswet voorzien in een speciale positie van de directeur-generaal van de NMa doordat hem rechtstreeks beschikkingsbevoegdheden zijn geattribueerd. De toepassing van die wet in individuele gevallen dient niet kwetsbaar te zijn voor politieke invloed en lobby van marktpartijen. Hierdoor zou aan een integrale en consistente uitvoering van het mededingingsbeleid afbreuk worden gedaan, hetgeen nadelige gevolgen kan hebben voor de Nederlandse economie in haar geheel. Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer van het voorstel voor de Mededingingswet werd in dit kader gesproken over de «tirannie van het deelbelang» (Handelingen II 1996/97, blz. 59–4332). Gegeven het hiervoor geschetste juridische kader en gelet op het feit dat de uitvoering van de Mededingingswet in de praktijk goed verloopt, acht ik het wenselijk de positie van de directeur-generaal nu ook in formele zin meer onafhankelijk te maken. Dat betekent dat de mogelijkheid voor de Minister van Economische Zaken om in individuele gevallen instructies aan de directeur-generaal te geven, komt te vervallen. In dit verband wijs ik voorts nog op aanwijzing 124c van de Aanwijzingen voor de regelgeving waarin als eerste van de redenen waarom een zelfstandig bestuursorgaan (zbo) in het leven kan worden geroepen, wordt genoemd de behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid.

De Minister van Economische Zaken blijft onverminderd verantwoordelijk voor het algemene mededingingsbeleid, het kader waarbinnen de directeur-generaal zijn taak uitoefent en voor een goed functioneren van het toezicht. Van een beperking of verschraling van de democratische controle, waarvoor de Raad van State waarschuwt, is dan ook geen sprake. In verband met zijn hiervoor bedoelde systeemverantwoordelijkheid op mededingingsterrein heeft de Minister onder meer de mogelijkheid van het stellen van beleidsregels als instrument om zijn verantwoordelijkheid waar te maken. Wanneer bijvoorbeeld algemene beleidslijnen noodzakelijk zijn ter verduidelijking van de afbakening van de reikwijdte van de Mededingingswet zijn beleidsregels een adequaat middel om daaraan vorm te geven. Een voorbeeld van dergelijke beleidsregels wordt gegeven in paragraaf 3 van de memorie van toelichting. Daar is aangegeven dat de Minister van Economische zaken en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op grond van hun bevoegdheden uiterlijk op 1 januari 2003 gezamenlijk beleidsregels zullen vaststellen ter explicitering van de afbakening van de reikwijdte van de mededingingsregels ten opzichte van CAO-afspraken inzake arbeidsvoorwaarden en werkgelegenheid.

De Minister is verantwoordelijk voor de door hem vastgestelde beleidsregels en het parlement kan daar controle op uitoefenen. Ook als naar de mening van de Minister van Economische Zaken, al dan niet na discussies met het parlement ter zake, de door de directeur-generaal gevoerde praktijk ten algemene bijgesteld zou moeten worden, kan de minister gebruik maken van het middel beleidsregel. Hierbij zal de minister uiteraard dienen te blijven binnen de grenzen van de Mededingingswet. Indien die wet daarvoor niet de ruimte biedt, zal wetswijziging noodzakelijk zijn. Hierbij worden de mogelijkheden overigens beperkt door de grenzen zoals deze uit het EG-recht voortvloeien (artikel 3, eerste lid, sub g, artikel 10 en de artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag).

De bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels komt ook voor in regelgeving voor andere zbo's, zoals bijvoorbeeld voor de OPTA in artikel 19 van de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit. In de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt de bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels vermeld als een van de middelen die in de relatie tussen een minister en een zbo kunnen worden gebruikt. In het nader rapport bij het advies van de Raad van State bij het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (kamerstukken II 2000/2001, 27 426, A) wordt in dit verband opgemerkt dat er zbo's kunnen zijn die taken hebben die zich niet goed lenen voor nadere regels vanwege de minister, zelfs al zouden deze in algemene termen luiden. Daarom werd het oorspronkelijke wetsvoorstel op dit punt aangepast en gesteld dat de bijzondere wetgever zou moeten nadenken over de vraag of er wel of niet aan

beleidsregels bij een specifiek zbo behoefte is. Overigens acht ik het door de Raad verwachte risico van een voortschrijdende juridisering gering. In de praktijk is tot op heden niet gebleken van de noodzaak van het stellen van beleidsregels door de Minister van Economische Zaken in het kader van de uitvoering van de Mededingingswet (afgezien van de eerder vermelde nog op te stellen beleidsregels over de afbakening ten opzichte van CAO-afspraken inzake arbeidsvoorwaarden en werkgelegenheid). Niet valt in te zien waarom dat door de zbo-status van de directeur-generaal van de NMa zou veranderen. In verband met de uitvoering van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zijn ten behoeve van de Dienst uitvoering en toezicht energie (Dte) wel beleidsregels vastgesteld. Deze beleidsregels zijn opgesteld ter verduidelijking van de instemmingsprocedure voor netbeheerders en om duidelijkheid te scheppen omtrent de interpretatie van de Elektriciteitswet 1998. De behoefte aan beleidsregels op energiegebied hangt samen met het feit dat de energiemarkten zich in een overgangsfase bevinden en de desbetreffende wetgeving nog vrij jong is. Ik sluit dan ook niet uit dat op dat specifieke terrein met name gedurende de overgangperiode naar een geheel vrije markt nog meer beleidsregels nodig zijn. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State is in paragraaf 2.2. mijn hiervoor verwoorde visie duidelijker tot uiting gebracht.

Ten slotte vraagt de Raad waarom niet een beslissing wordt genomen over verzelfstandiging eerst nadat een evaluatie heeft plaatsgevonden. In dat verband wijs ik er op dat tijdens de behandeling van de Mededingingswet in de Tweede Kamer uitgebreid is gediscussieerd over het van het begin af aan toekennen van de status van zbo aan de NMa. Een meerderheid in de Tweede Kamer was daarvan toen reeds voorstander. De toenmalige Minister van Economische Zaken wilde echter eerst enige ervaring opdoen met de NMa als een ambtelijke dienst. Toegezegd werd drie jaar na inwerkingtreding van de wet de ervaringen met de NMa als ambtelijke dienst te evalueren en te beslissen of omvorming tot een zbo wenselijk zou zijn. In de tussentijd zou de relatie met de directeur-generaal van de NMa in de dagelijkse praktijk reeds vorm worden gegeven als ware hij een zbo. De Mededingingswet is op 1 januari 1998 in werking getreden. De bedoelde drie jaar is thans verstreken. De directeur-generaal functioneert feitelijk reeds volledig onafhankelijk en er is geen aanleiding om te vrezen dat er van de omvorming tot zbo nadelige gevolgen te verwachten zijn. In de afgelopen drie jaar hebben noch mijn ambtsvoorganger, noch ik aanleiding gezien om een aanwijzing te geven in een individueel geval. Inmiddels is dus ruim voldoende ervaring opgedaan met de toepassing van de Mededingingswet en met de NMa als ambtelijke dienst om de conclusie te kunnen trekken dat de NMa «rijp» is te worden omgevormd tot een zbo. Ik wijs er voorts op dat zowel internationaal (OESO) als nationaal (SER) wordt aangedrongen op een spoedige verzelfstandiging van de NMa.

Overigens laat verzelfstandiging van de NMa onverlet dat nog een evaluatie zal plaatsvinden van de Mededingingswet en de toepassing daarvan. Deze evaluatie zal echter veel meer zijn toegesneden op de effectiviteit en de volledigheid van de Mededingingswet. Hierbij zal uiteraard ook de rol die de NMa in dat geheel speelt een aandachtspunt zijn. Dat zal dan echter los staan van het aspect van een zelfstandige positie van de NMa. De bedoelde evaluatie zal niet voor begin volgend jaar gereed zijn. Het is mijns inziens onnodig -de NMa functioneert in de praktijk immers al als een zbo- en onverstandig de noodzakelijke verzelfstandiging van de NMa onderdeel te doen uit maken van deze brede evaluatie en het waarschijnlijk daarop volgende wetgevingstraject. Dit zou betekenen dat het op zijn minst nog enige jaren zou duren voordat de verzelfstandiging een feit is. In paragraaf 2.2 van de memorie van toelichting is hier nader aandacht aan besteed.

2. De in het voorgaande punt bedoelde ambivalentie leidt in de voorgestelde regeling tot structuren en bevoegdheden die voor de daaraan verbonden verantwoordelijkheden eerder voortgaande vervloeiing en onduidelijkheid dreigen te scheppen dan scheiding en duidelijkheid. Gevolg is dan dat de beoogde afbakening van verantwoordelijkheid, zelfstandigheid en beperking van politieke aanspreekbaarheid in hun tegendeel verkeren. In het bijzonder kan in dat verband gewezen worden op de volgende elementen van de regeling.

a. Niet de NMa, maar de directeur-generaal van de NMa wordt zbo, volgens het voorstel. Dat roept de vraag op wat de status van de NMa als instelling zal zijn en hoe de verhouding van de NMa tot de directeur-generaal van de NMa is. Het is de bedoeling dat de Minister van Economische Zaken zorgdraagt voor de ambtelijke ondersteuning van de NMa. Ingevolge artikel 5a, eerste lid, stelt de minister aan de directeur-generaal personeel ter beschikking ten behoeve van de uitvoering van zijn taken. In de regel zal het daarbij gaan om ambtenaren werkzaam bij het Ministerie van Economische Zaken die ter beschikking worden gesteld aan de NMa. Ingevolge artikel 2, derde lid, is de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen van toepassing op het personeel. Dit houdt in dat artikel 11 van het voorstel voor bedoelde Kaderwet van toepassing is, dat wil zeggen dat het personeel functioneert onder het gezag van de directeur-generaal en aan hem verantwoording aflegt voor de werkzaamheden. Voor hun werkzaamheden ten behoeve van het zbo kunnen deze personen slechts door het zbo ter verantwoording worden geroepen en niet door de desbetreffende minister. Rechtspositioneel blijven zij evenwel personeel van het ministerie en dus blijven benoeming, bevordering en ontslag onderdeel van het departementaal personeelsbeleid.

Deze opzet leidt naar de mening van de Raad tot een verzelfstandiging waarin verantwoording en zeggenschap dubbelzinnig zijn en een verwarrend beeld ontstaat omtrent de invloed van de minister en de zeggenschap van de directeur-generaal. De verantwoordelijkheid van de minister voor de personeelsformatie en het personeelsbeleid zullen een bron van onduidelijke invloed en zeggenschap blijven. De Raad adviseert dan ook deze opzet te heroverwegen. Indien gekozen wordt voor verzelfstandiging dan zou de organisatie, de NMa, aangewezen moeten worden als zbo in plaats van alleen de directeur-generaal. Daarmee zou mede een onevenwichtigheid worden weggenomen, die thans naar voren komt in het voorgestelde artikel 2 en die doorwerkt in de wijzigingen van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, waar verschillende formuleringen worden gebruikt voor de aanduiding van de NMa.

b. Ingevolge het voorgestelde artikel 5d, eerste lid, kan de minister beleidsregels vaststellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de directeur-generaal toegekende bevoegdheden. Uit de memorie van toelichting¹ blijkt dat deze bevoegdheid aan de minister wordt toegekend in verband met zijn verantwoordelijkheid tegenover het parlement voor het mededingingsbeleid. Het zou daarbij gaan om de bevoegdheid om aan de directeur-generaal algemene aanwijzingen te geven met betrekking tot de uitoefening van de in de wet aan hem toegekende bevoegdheden. De noodzaak om een dergelijke bepaling voor te stellen onderstreept het gestelde in dit advies onder punt 1 en verdraagt zich tegelijk minder goed met het streven naar beperking van de (politieke) beïnvloeding en daarmee aanspreekbaarheid van de minister voor het doen en laten van de NMa. Door de mogelijkheid van algemene aanwijzingen blijft bemoeienis met groepen van gevallen mogelijk. Groepen die groter of kleiner kunnen zijn; als afbakening is het onderscheid algemeen – individueel in de regel minder geschikt.

Eenzelfde overweging geldt met betrekking tot het tweede lid van artikel 5d. Op grond van dit artikelonderdeel is de minister bevoegd om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de wijze waarop de directeur-generaal bij beschikkingen op grond van artikel 17 andere dan economische belangen in zijn afweging moet betrekken. In beide gevallen geldt bovendien dat tegen beleidsregels, geen rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter openstaat.

2. De Raad van State ziet in de voorgestelde regeling eerder een voortgaande vervloeiing en onduidelijkheid van de verantwoordelijkheden dan een scheiding en duidelijkheid daarvan.

a. Het eerste element waar de Raad in dit verband op wijst, is de voorgestelde vormgeving van het zbo en de voorgestelde regeling met betrekking tot het personeel. Ingevolge de Algemene wet bestuursrecht is de directeur-generaal het bestuursorgaan (artikel 1: 1, eerste lid, onderdeel a, van de Algemene wet bestuursrecht; zie ook de daarbij aansluitende definitie van zbo in artikel 1 van het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). Met de Nederlandse Mededingingsautoriteit wordt de organisatorische eenheid aangeduid die wordt bestuurd door de directeur-generaal. Dit is niet anders dan bij voorbeeld bij de Dienst voor het kadaster en de openbare registers die een organisatorische eenheid is waarbinnen een bestuur en een raad van

¹ Paragraaf 3.2, Ministeriële verantwoordelijkheid.

toezicht beide een zelfstandig bestuursorgaan zijn. De onevenwichtigheid die volgens de Raad van State naar voren komt in het voorgestelde artikel 2 en de wijzigingen van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998 doet zich naar mijn mening niet voor. Daar waar het gaat om de toekenning van bevoegdheden, worden deze steeds aan de directeur-generaal van de NMa als het zelfstandig bestuursorgaan gegeven. Wanneer de organisatorische eenheid bedoeld is, is volstaan met de aanduiding Nederlandse Mededingingsautoriteit.

In de voorgestelde constructie krijgt het te verzelfstandigen bestuursorgaan geen eigen rechtspersoonlijkheid. Dit is niet nodig. Het ontbreken van eigen rechtspersoonlijkheid brengt met zich mee dat de directeur-generaal van de NMa geen personeel in dienst kan hebben.

In het wetsvoorstel is bepaald dat de Minister van Economische Zaken personeel ter beschikking zal stellen van de directeur-generaal. Het gaat er daarbij niet om dat EZ-ambtenaren als ambtenaren voor de minister (tijdelijk) werkzaam zijn bij de NMa. Het personeel is weliswaar in dienst bij het Ministerie van Economische Zaken maar zal werkzaam zijn als medewerker van de directeur-generaal van de NMa. De Raad van State merkt op dat door de personeelsconstructie mogelijk een verwarrend beeld ontstaat omtrent de invloed van de minister respectievelijk de directeur-generaal met betrekking tot zeggenschap en verantwoording. De Raad bedoelt hiermee waarschijnlijk dat de mogelijkheid bestaat dat de Minister van Economische Zaken langs deze weg in staat zal zijn invloed uit te oefenen. Deze vrees is niet terecht. Zoals de Raad zelf al aangeeft, is artikel 11 van het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen van toepassing. Dit artikel gaat er nadrukkelijk van uit dat personeel dat werkzaam is ten behoeve van een zbo onder het gezag van dat zbo staat en alleen verantwoording schuldig is aan het zbo. Rechtspositioneel gelden voor het bij de NMa werkzame personeel dezelfde algemene voorwaarden als voor het overige EZ-personeel. Dit is ook in lijn met het bepaalde in artikel 10 van het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen ten aanzien van personeel dat in dienst is bij een zelfstandig bestuursorgaan dat geen onderdeel uitmaakt van de Staat. Het is de bedoeling dat de directeur-generaal een zelfstandig personeelsbeleid zal kunnen voeren met betrekking tot het voor hem werkzame personeel, wat betreft onder meer benoeming, bevordering en ontslag. Met betrekking tot deze bevoegdheden zullen nadere afspraken worden gemaakt met de directeur-generaal. Voor zover nodig zullen deze afspraken formeel worden vastgelegd in een mandaatbeschikking met betrekking tot het personeel of in een op te stellen informatie-statuut. Aldus wordt naar mijn mening voldoende recht gedaan aan de onafhankelijkheid van de directeur-generaal én het personeel op dit punt. Door artikel 11 van het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is verzekerd dat de Minister geen invloed heeft op werkzaamheden van het personeel ten behoeve van de directeur-generaal. Het is bovendien uiteindelijk toch de directeur-generaal die de beslissingen in het kader van de hem bij wet toegekende bevoegdheden neemt. Overigens kan in dit verband in haar algemeenheid worden opgemerkt dat door de vaststelling van de begroting de desbetreffende minister bij elk zbo een bepaalde invloed blijft behouden op de omvang van de formatie van het personeel; men zie ook artikel 22 van het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

b. Naar de mening van de Raad verdraagt de bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken om beleidsregels te stellen zich minder goed met het streven naar beperking van politieke beïnvloeding en daarmee naar beperking van de aanspreekbaarheid van de minister voor het doen en laten van de directeur-generaal van de NMa. In mijn visie heeft de Minister van Economische Zaken een verantwoordelijkheid voor het functioneren van het stelsel van het mededingingsbeleid. Omdat hij dient te bewaken dat dit stelsel en het toezicht als onderdeel daarvan goed functioneert, dient hij bevoegdheden te hebben die het mogelijk maken die verantwoordelijkheid te dragen. Met het oog daarop is het noodzakelijk, waar nodig, de directeur-generaal algemene aanwijzingen te kunnen geven. Dat, zoals de Raad stelt, bemoeienis met groepen van gevallen mogelijk blijft, past in de hiervoor aangegeven filosofie. Wel zal er voor gewaakt dienen te worden dat een algemene aanwijzing niet zodanig beperkt van omvang zal zijn dat daardoor het verschil met individuele aanwijzingen wel erg betrekkelijk wordt.

Een punt dat in beleidsregels ook aan de orde kan zijn, is, ingevolge artikel 5d, tweede lid, van het wetsvoorstel de wijze waarop de directeur-generaal bij het verlenen van ontheffingen van het kartelverbod andere dan economische

belangen in zijn afweging moet betrekken. Immers, de directeur-generaal van de NMa heeft een discretionaire ruimte met betrekking tot de weging van de diverse belangen. Vanuit de verantwoordelijkheid van de Minister van Economische Zaken voor het kabinetsbeleid in brede zin kan het gewenst zijn dat sommige belangen op een bepaalde manier worden meegewogen, zoals culturele of milieubelangen, binnen het kader van het mededingingsrecht. Overigens is deze bepaling ook thans al in artikel 4, tweede lid, van de Mededingingswet opgenomen.

Dat tegen de beleidsregels geen rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter openstaat, is inherent aan het in Nederland geldende systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Voor de opstelling van de beleidsregels is de Minister van Economische Zaken steeds politiek verantwoordelijk. Volledigheidshalve wijs ik er op dat als de directeur-generaal van de NMa, mede op basis van de beleidsregels, tot een besluit in een individuele zaak komt, hiertegen uiteraard wel bezwaar en beroep open staat.

3. De voorgestelde regeling beoogt, door afbakening en verzelfstandiging een onafhankelijke uitvoering te bewerkstelligen en de ministeriële verantwoordelijkheid in individuele gevallen te beperken. In de toelichting wordt gesteld dat de Minister van Economische Zaken niet meer politiek verantwoordelijk zal zijn voor beslissingen van de directeur-generaal in individuele gevallen.¹

De Raad is van mening dat de ministeriële verantwoordelijkheid op zich zelf losstaat van de mogelijkheid om in individuele, dan wel generieke gevallen, invloed uit te kunnen oefenen.

Het moge zo zijn dat de minister in de voorgestelde constructie niet meer rechtstreeks verantwoordelijk is voor de taakuitoefening door de NMa in afzonderlijke gevallen, dit neemt niet weg dat er een algemene ministeriële verantwoordelijkheid voor de werking van het toezichtstelsel blijft. Deze verantwoordelijkheid stoelt niet alleen op diens (voorgestelde) bevoegdheidsbevoegdheid, ze berust (ook) op de omstandigheid dat de minister de «beheerder» van het stelsel is, die zo nodig het initiatief tot wetswijziging kan nemen en die in algemene zin steeds heeft na te gaan of de omstandigheden maken dat er reden is voor overheidsoptreden op dit terrein. Dit maakt dat het minder gelukkig is, te spreken in termen van ministeriële verantwoordelijkheid voor individuele gevallen. De Raad adviseert om hiermee bij heroverweging van het voorstel rekening te houden.

3. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Raad over de gevolgen van de verzelfstandiging van de directeur-generaal van de NMa voor de ministeriële verantwoordelijkheid, merk ik op dat ik geheel met de Raad eens ben dat er een algemene ministeriële verantwoordelijkheid is voor het toezichtstelsel, onder meer tot uitdrukking komend in de bevoegdheid beleidsregels te stellen. Dit vloeit voort uit de omstandigheid dat de minister beheerder van het stelsel is. Hij is verantwoordelijk voor het algemene beleid op zijn beleidsterrein en voor een goede uitvoering daarvan in algemene zin. Zijn verantwoordelijkheid strekt zich daarbij uit tot de instelling en inrichting van het toezicht en het functioneren van de toezichthouder. In dit kader kan ik wel de opmerking van Raad van State plaatsen dat de ministeriële verantwoordelijkheid op zich zelf los staat van de mogelijkheid om in individuele, dan wel generieke, gevallen invloed uit te kunnen oefenen. Het is echter niet zo dat de minister integraal verantwoordelijk is voor een beslissing of handeling van de directeur-generaal in een individueel geval terwijl hij geen bevoegdheden heeft in dat geval de directeur-generaal instructies te geven. Omdat de huidige bewoordingen ten aanzien van de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de minister blijkens de opmerkingen van de Raad tot misverstanden kunnen leiden, is paragraaf 2.2 van de memorie van toelichting aangepast.

4. Op grond van artikel 5b heeft de minister de bevoegdheid om de directeur-generaal werkzaamheden op te dragen ter uitvoering van het Verdrag en om hem terzake instructies te geven. Blijkens de toelichting wordt deze bepaling voorzien voor de eventuele deelname van de NMa aan adviescomités en dergelijke, alsmede om de NMa eventueel taken te kunnen opdragen in het kader van de uitvoering van verordeningen. Het belang van deze bepaling zou worden onderstreept door de voorstellen van de Europese Gemeenschap om te komen tot decentralisatie van de toepassing van de EG-mededingingsregels binnen een «netwerk» van nationale mededingingsautoriteiten.

¹ Paragraaf 2.2.

Het is vooralsnog onduidelijk, maar wel minder waarschijnlijk dat voor dit Europees «medebewind» van de NMa een bevoegdheid op grond van nationale wetgeving nodig is.¹ In elk geval lijkt de in artikel 5b voorziene bevoegdheid om terzake instructies te geven moeilijk verenigbaar met de onafhankelijkheid ten opzichte van de lidstaten waarmee de Europese Commissie haar werk doet op het terrein van het mededingingsrecht. Voor een aanwijzing van de NMa als uitvoerende instantie bij de uitvoering van verordeningen, is een opdracht als bedoeld in artikel 5b niet het juiste rechtsinstrument, terwijl voor de in de toelichting bedoelde mogelijkheid van deelname van de NMa aan adviescomités en dergelijke, een wettelijke grondslag niet nodig is. Het voorgestelde artikel 5b geeft bovendien geen grondslag voor de genoemde opdrachten, omdat deze niet strekken ter uitvoering van Europese regelgeving. De Raad adviseert de bepaling te heroverwegen.

4. De Raad van State adviseert artikel 5b te heroverwegen. De Raad twijfelt aan de noodzaak van een bevoegdheid op grond van nationale wetgeving voor het Europees «medebewind» van de NMa.

Aan het voorgestelde artikel 5b ligt een tweetal overwegingen ten grondslag. De eerste is dat wanneer in Europese regels wordt gesproken over een rol voor een nationale autoriteit het aan de lidstaat is te bepalen welke nationale autoriteit of autoriteiten bevoegd zijn. De tweede overweging is dat zbo's een gesloten huishouding hebben. Zij verrichten slechts de taken die hun bij of krachtens de wet zijn opgedragen. Artikel 5b geeft dus duidelijkheid met betrekking tot de taak die de directeur-generaal in Europees verband kan uitoefenen, voor zover dat al niet elders geregeld is. Vervolgens is de vraag in hoeverre de Minister van Economische Zaken die taakuitoefening kan beïnvloeden. De bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken strekt er niet toe om de directeur-generaal van de NMa instructies te kunnen geven met betrekking tot de decentrale toepassing van het Europese mededingingsrecht krachtens artikel 88 van de Mededingingswet. Artikel 5b heeft geen betrekking op die bevoegdheid omdat dit artikel de niet bij of krachtens wet voorziene gevallen betreft. Voor de decentrale toepassing van het Europese mededingingsrecht bestaat al een aparte wettelijke voorziening. Voor zover de directeur-generaal van de NMa deze medebewindstaak uitoefent, verandert er niets door dit wetsvoorstel. Wat betreft deze taak geldt artikel 5d van het wetsvoorstel (het huidige artikel 4) dus ook. Dat betekent dat de minister de mogelijkheid houdt om ook ten aanzien van de uitoefening van deze taak beleidsregels te stellen.

Artikel 5b heeft met name betrekking op de deelname in adviescomités en in internationale overlegorganen. Voor zover door artikel 5b en de toelichting daarop de indruk zou worden gewekt dat door middel van de instructiebevoegdheid de Minister van Economische Zaken het mededingingsbeleid in individuele gevallen zou willen beïnvloeden, is dat zeker niet beoogd. De in artikel 5b, tweede lid, opgenomen bevoegdheid tot het geven van instructies strekt er slechts toe zeker te stellen dat de verantwoordelijkheid van de Minister van Economische Zaken voor de standpunten over het mededingingsbeleid van de lidstaat Nederland in Europees en ander internationaal verband kan worden waargemaakt. Met name in Europees verband wordt door de lidstaten in de diverse overlegorganen geadviseerd, zowel omtrent de toepassing van de Europese mededingingsregels in concrete gevallen, als omtrent het te voeren beleid en aanpassing van de regelgeving. Hiervoor is de Minister van Economische Zaken politiek verantwoordelijk. Gelet op de vele individuele zaken die voorgelegd worden en de gewenste onafhankelijke toepassing van het mededingingsrecht daarop ligt het voor de hand dat de directeur-generaal van de NMa vanwege zijn expertise en de raakvlakken met het uitvoeringsbeleid krachtens de Mededingingswet het standpunt hierbij inbrengt in de desbetreffende adviescomités. Wel dient de Minister van Economische Zaken zijn verantwoordelijkheid voor het standpunt van de lidstaat Nederland vorm te kunnen geven door ter zake eventuele randvoorwaarden te kunnen stellen of zelf het standpunt van de lidstaat Nederland in te kunnen brengen door het geven van instructies zoals bedoeld in artikel 5b, tweede lid, als geadviseerd wordt over beleid of regelgeving. Een soortgelijke bevoegdheid voor het geven van aanwijzingen aan een zbo voor aanvullend opgedragen taken in internationaal verband doet zich voor bij het College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen (zie de artikelen 1b en 1j van de

¹ Dit laat onverlet dat wanneer te zijner tijd in het kader van de decentralisatie van het Europese kartelrecht de NMa ook belast wordt met toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag, alsdan toevoeging van een rechtsbasis daarvoor in de wet nodig zal zijn (bijvoorbeeld in artikel 8.8 van de wet).

Bestrijdingsmiddelenwet 1962 en kamerstukken II 1995/96, 24 817, nr. 3, blz. 11 en 14/15).

Naar aanleiding van de opmerking van de Raad is paragraaf 3.1 van de memorie van toelichting zodanig aangepast dat duidelijk wordt dat ook in internationaal verband de scheiding tussen beleid en uitvoering zal worden vorm gegeven. Hiertoe zullen in het op te stellen informatiestatuut tussen de directeur-generaal van de NMa en de Minister van Economische Zaken randvoorwaarden worden gesteld op grond waarvan de directeur-generaal het standpunt van Nederland inbrengt in die adviescomités waar geadviseerd wordt omtrent de toepassing van het mededingingsrecht in individuele gevallen. Voor zover in de adviescomités advisering omtrent mededingingsbeleid in algemene zin aan de orde komt, zal de Minister van Economische Zaken desgewenst zelf het standpunt van Nederland kunnen inbrengen, dan wel daaromtrent specifieke instructies kunnen geven aan de directeur-generaal. Artikel 5b is voorts aangepast zodat er geen twijfel over kan bestaan dat de hiervoor aangegeven werkzaamheden van de directeur-generaal onder dit artikel vallen.

5. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

5. Aan de redactionele kanttekeningen van de Raad is gevolg gegeven.

6. De in de artikelen II en III opgenomen wijzigingen van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zijn aangepast in verband met de wijziging van die wetten door de Overgangswet elektriciteitsproductiesector. Het gaat daarbij telkens om het aanwijzen van de directeur-generaal in plaats van de directeur van de Dte in de bij die wet gewijzigde artikelen van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden, dan nadat met het vorenstaande rekening is gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken,
A. Jorritsma-Lebbink

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 9 januari 2001, no. W10.000457/II, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In artikel III, houdende wijziging van artikel 1, eerste lid, van de Gaswet «In onderdeel q» vervangen door: In onderdeel r.
- In artikel VI «In artikel 14o van de Postwet» vervangen door: In artikel 15o van de Postwet.
- In artikel VII «bedoeld in het eerste lid» vervangen door: bedoeld in artikel 5, eerste lid.