

## Naar echt onafhankelijk toezicht

Nico van Eijk\*

Het stoort mij al langer dat we in Nederland niet het onderste uit de kan kunnen of weten te halen om onze toezichthouders optimaal – zelfstandig en onafhankelijk – te laten functioneren in een tijdperk waar ‘big data’ een toenemende rol wordt toegekend. Een belangrijk deel van mijn ergernis komt voor uit het feit dat toezichthouders zoals de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) koste wat kost in een ‘zbo-structuur’ zijn en worden geduwd.

Bij zelfstandige bestuursorganen (zbo’s) gaat het volgens de definitie van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen om ‘een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister’. Maar daarmee is nog niet gezegd dat een zbo ook zelfstandig en onafhankelijk is. Een vereiste dat in toenemende mate via Europese kaders wordt ingekleurd en in het bijzonder geldt voor een toezichthouder als de AP. Er is zelfs een bijzondere basis voor in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Het derde lid van het artikel dat gaat over de bescherming van persoonsgegevens schrijft voor: ‘Een onafhankelijke autoriteit ziet toe op de naleving van deze regels’. ‘Big data’ waarbij grote consumenten-, markt- en overheidsbelangen spelen, kan alleen in goede banen worden geleid wanneer er sprake is van degelijk en onafhankelijk toezicht. Zbo’s hebben vaak geen rechtspersoonlijkheid en dat is inmiddels ook het geval bij een aantal toezichthouders. Door het ontbreken van rechtspersoonlijkheid worden zij in hun handelingsvrijheid belemmerd. Er zijn een paar hele/halve uitzonderingen op, zoals bij de AP, omdat het niet anders kan op grond van de geldende

Europese kaders. Dit moest nog wel via een nota van wijziging goed worden ingebed (in de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, de UAvG). Ook wordt in voorkomende gevallen ‘gerepareerd’ dat de Kaderwet zbo uitgaat van beginselen zoals een bij de minister neergelegde vernietigingsbevoegdheid van besluiten van een zbo of een algemene inlichtingenverplichting van het zbo jegens de minister. Zo ook is gebeurd bij de AP. Zelfstandigheid en dus rechtspersoonlijkheid zou uitgangspunt moeten zijn bij onafhankelijke toezichthouders.

De begroting van vrijwel alle toezichthouders loopt, evenals dat het geval is met zbo’s, via het betrokken vakministerie: het Commissariaat voor de Media wordt betaald via de OCW-begroting, de AP staat in de boeken bij Justitie en Veiligheid, enzovoort. Aardig detail: de AP – wederom omdat dit voortvloeit uit Europese regels en wederom pas gerealiseerd via nota van wijziging – heeft de wettelijke garantie dat er een budget wordt toegerekend (sic!). De hoogte ervan blijft een politieke beslissing. Het zou veel meer voor de hand liggen om het budget van onafhankelijke toezichthouders op een alternatieve wijze tot stand te laten komen.

Bijvoorbeeld door de Rekenkamer het noodzakelijke budget vooraf te laten beoordelen en het oordeel van de Rekenkamer vervolgens bindend of zwaarwegend te laten zijn.

De wijze waarop de bestuurders van toezichthouders worden benoemd verdient eveneens verbetering. Meestal vinden benoemingen plaats via een in meerdere opzichten intransparante procedure. Bij klassieke zbo’s is dat minder een probleem, bij onafhankelijke toezichthouders, zoals de AP, juist weer wel omdat een belangrijk deel van hun legitimatie wordt ontleend aan transparantie bij en van de benoemingen. Het probleem begint al bij de rol die de algemene bestuursdienst (ABD) speelt bij het coördineren en begeleiden van vacatures. Dat de algemene bestuursdienst haar werk

\* Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR, Universiteit van Amsterdam).

niet goed zou doen, staat hier niet ter discussie. Wel het feit dat de algemene bestuursdienst onder het ministerie van Binnenlandse Zaken valt en daarmee niet op afstand staat. Daarenboven is de concrete aanstelling van de bestuurders van toezichthouders een directe kabinetsverantwoordelijkheid. Opnieuw is bij de wetgeving rond de AP geprobeerd om de procedure te verbeteren door een openbare voordracht opgemaakt door de Tweede Kamer in te bouwen. Het betreffende amendement is niet aangenomen. Waarom in andere situaties wel een dergelijke – of soms nog verderstreckende – waarborg is aangebracht wordt zelden van een goede verklaring voorzien. De rol van de overheid in de context van ‘big data’ – de AP houdt onder andere toezicht op de overheid – rechtvaardigt zonder meer een verzwaarde procedure.

Nederland en de meeste Europese landen kennen nog maar een korte traditie wanneer het gaat om onafhankelijk toezicht. Toezichthouders bestaan pas sinds een paar decennia of nog korter. Amerikaanse toezichthouders zoals de Federal Trade Commission (FTC), die zich veel met ‘big data’-issues bezighoudt, hebben een geschiedenis van zo’n honderd jaar. Dat zij beter, zelfstandiger of onafhankelijker zouden zijn dan Nederlandse toezichthouders is daarmee niet gezegd. Daarvoor is ook een goed begrip van het complexe Amerikaanse ecosysteem van toezicht noodzakelijk. Wel is er een langere traditie opgebouwd rond vraagstukken van zelfstandigheid en onafhankelijkheid en daar kan veel lering uit worden getrokken.

Zolang in het Nederlandse ecosysteem wordt vastgehouden aan de zbo-structuur zal de discussie gevoerd blijven worden of Nederlandse toezichthouders als de AP wel voldoende onafhankelijk zijn ongeacht of zij hoog scoren op internationale lijstjes. Toezichthouders verdienen een eigen wettelijk kader en daar moeten zij zich ook zelf sterk voor maken. ‘Autoriteit’ is niet alleen een label.