

## OVER PUBLIEKE EN PRIVATE VERANTWOORDELIJKHEDEN

*W. Derksen*

*M. Ekelenkamp*

*F.J.P.M. Hoefnagel*

*M. Scheltema (red.)*

ISBN 90-399-1630-6

## VOORWOORD

De overheid is er om het publieke belang te dienen. Betekent dit ook dat de overheid steeds de aangewezen instantie is om publieke taken uit te voeren? In deze tijd van verzelfstandiging en privatisering spreekt dat niet vanzelf. Ook private organisaties worden belast met de uitvoering van publieke taken en binnen de overheid worden modellen voor de organisatie gekozen die verwant zijn met private tegenhangers. Deze veranderingen verlopen soms succesvol en soms ook niet.

Het is niet eenvoudig een consistent beleid te formuleren ten aanzien van de vraag wanneer de overheid een taak kan toevertrouwen aan private organisaties en wanneer zij die aan zichzelf moet houden. Vanuit verschillende invalshoeken en vanuit verschillende wetenschappelijke disciplines worden hierover vaak tegenstrijdige standpunten naar voren gebracht. In het project 'Publieke en private verantwoordelijkheden' wil de WRR bouwstenen leveren voor een weloverwogen beleid op dit terrein. In het kader van dit project is een aantal interne en externe studies verricht, waarin de problematiek vanuit drie invalshoeken wordt belicht: vanuit verschillende wetenschappelijke disciplines, vanuit een aantal veranderingen die zich in de samenleving voordoen en vanuit het gezichtspunt van enkele sectoren van overheidsbeleid.

De studies die in deze bundel zijn opgenomen acht de raad van een zodanige kwaliteit en relevantie dat deze zijns inziens een zelfstandige rol kunnen spelen in de wetenschappelijke en bestuurlijke discussie. De raad heeft derhalve besloten tot aparte publicatie in de reeks Voorstudies en achtergronden.

De kwaliteit van de bouwstenen zegt nog weinig over de uiteindelijke architectuur van het gebouw. Beide hebben een eigen waarde. Hetzelfde geldt voor de relatie tussen deze voorstudie en het rapport aan de regering dat de raad over enige tijd hoopt uit te brengen. Dit onderscheid houdt ook de verantwoordelijkheden duidelijk: die van de auteurs voor hun bijdrage aan deze bundel en van de raad voor de definitieve rapportage.

Prof. mr. M. Scheltema  
Voorzitter WRR



## INHOUDSOPGAVE

	<b>Voorwoord</b>	3
<b>1</b>	<b>Inleiding</b> <i>F.J.P.M. Hoefnagel</i>	9
1.1	Het bevorderen van het publieke belang	9
1.2	Te onderscheiden dimensies	10
1.3	Een WRR-activiteit	13
1.4	Deze bundel	15
<b>2</b>	<b>Op zoek naar de grenzen van de staat: publieke verantwoordelijkheid tussen contract en eigendomsrecht</b> <i>A.L. Bovenberg en C.N. Teulings</i>	19
2.1	Uitgangspunten van de analyse	19
2.2	Organisatiewijze gezien vanuit de economie	24
2.3	Publieke en private eigendomsrechten	61
2.4	Organisatie en sturing in de publieke sector	89
2.5	Slotbeschouwing	117
<b>3</b>	<b>Rechtsstatelijke redeneerpatronen</b> <i>M.A.P. Bovens en M. Scheltema</i>	137
3.1	Plan van aanpak	137
3.2	Een afbakening van het terrein	137
3.3	Rechtsstatelijke redeneerpatronen rond PPV	141
3.4	Toetsing van de rechtsstatelijke redeneerpatronen: een opzet	147
3.5	Verzelfstandiging van een beschikkingenfabriek	148
3.6	Verzelfstandiging van nutsvoorzieningen	159
3.7	Een agenda voor vernieuwing	164
3.8	Epiloog	170

<b>4</b>	<b>De publieke en private verantwoordelijkheid van de overheid; een aantal Europeesrechtelijke beschouwingen</b>	<b>175</b>
	<i>J. W. de Zwaan</i>	
4.1	Inleiding	175
4.2	Het overheidsbegrip	176
4.3	Mededinging	180
4.4	Interne markt	192
4.5	Gevolgen van niet-naleving	195
4.6	Beknopte samenvatting en slotopmerkingen	199
<b>5</b>	<b>Informatie- en communicatietechnologie en de organisatie van publieke taakbehartiging</b>	<b>205</b>
	<i>F.J.P.M. Hoefnagel</i>	
5.1	Het belang van informatie voor vragen van openbaar bestuur	205
5.2	Enige methodologische overwegingen	206
5.3	Huidige ontwikkelingen en karakteristieken van ICT	207
5.4	Feitelijk gebruik van ICT door de overheid	208
5.5	De gevolgen van ICT voor bestuurlijke concepties en maatstaven van openbaar bestuur	209
5.6	ICT en nieuwe vormen van publieke taakbehartiging	211
<b>6</b>	<b>Concurrentiebevordering in infrastructuurgebonden sectoren. Over ideologische en intellectuele bewegingen</b>	<b>217</b>
	<i>M.J.W. van Twist en E.F. ten Heuvelhof</i>	
6.1	Inleiding	217
6.2	Schuivende paradigma's	218
6.3	De maakbaarheid van de markt	221
6.4	Dubbelzinnige praktijken	229
6.5	Vervagende pendules	234
6.6	Vragen met betrekking tot ordening en sturing	238
6.7	Slotconclusies en samenvatting	248

<b>7</b>	<b>Vernieuwing in het spoorvervoer</b>	<b>255</b>
	<i>I. van Enkevort</i>	
7.1	Inleiding	255
7.2	Spoorvervoer in historisch perspectief	256
7.3	Publieke belangen en spoorvervoer	256
7.4	Beleidsvoornemens voor de spoorwegsector	257
7.5	Feitelijke redenering	263
7.6	Toetsen van de feitelijke redenering	269
7.7	Gewenste redenering	275
7.8	De vragen	278





# 1 INLEIDING

F.J.P.M. Hoefnagel<sup>1</sup>

## 1.1 HET BEVORDEREN VAN HET PUBLIEKE BELANG

Het onderscheid tussen publieke, maatschappelijke en individuele belangen is niet altijd even helder. Dit komt mede doordat politieke, normatieve vragen ten grondslag liggen aan dit onderscheid. Vaak vallen individuele belangen samen met maatschappelijke belangen. Of dit het geval is, blijft een kwestie van beoordeling: belangen zijn maatschappelijke belangen als hun behartiging voor de samenleving als geheel gewenst is.

Zo wordt algemeen aangenomen dat het een maatschappelijk belang is dat treinen rijden, dijken worden onderhouden, straten zijn verlicht, hygiëne wordt betracht, vervuiling van het milieu wordt tegengegaan, armoede wordt bestreden, individuele risico's collectief worden opgevangen. Niet alleen individuele burgers hebben hierbij immers belang, ook de samenleving als geheel. De welvaart in zijn algemeenheid is gebaat bij collectieve verzekeringen, bij armenzorg en bij het rijden van treinen; de veiligheid in haar algemeenheid is gebaat bij dijken die overstroming tegengaan en verlichting bij nacht en ontij; de gezondheid van alle burgers is gebaat bij hygiëne en gezondheidszorg; de toekomstige samenleving is in haar totaliteit gebaat bij het tegengaan van milieuvervuiling in het heden. In dat licht is het ook een maatschappelijk belang dat er voldoende brood is om te eten; zonder voldoende voedsel zal een samenleving desintegreren.

Waar sprake is van een *maatschappelijk* belang, hoeft nog geen sprake te zijn van een *publiek* belang, een noodzaak om publiek in te grijpen. Indien de welvaart groot genoeg is en redelijk eerlijk wordt verdeeld en er geen schaarste heerst door buitengewone omstandigheden, zal er meestal voldoende brood zijn. De samenleving zal niet op het spel staan door een tekort aan brood, de markt zorgt daar zelf voor. Evenmin is er reden voor een overheid om toe te zien op de hygiëne van de (meeste) burgers. In de vorige eeuw reden zelfs treinen zonder enige vorm van overheidsinmenging. Dergelijke maatschappelijke belangen worden blijkbaar ook bevorderd zonder dat de overheid er de verantwoordelijkheid voor neemt.

Dat is echter niet altijd het geval. Soms worden maatschappelijke belangen alleen bevorderd indien de overheid intervenueert. Het bevorderen van die maatschappelijke belangen wordt dan een publiek belang. Deze interventie kan overigens ook gewenst zijn omdat anders voor de bevordering van maatschappelijke belangen te eenzijdig een beroep op bepaalde burgers wordt gedaan. Van de dijken aan de kust profiteren ook al degenen die verderop wonen. Niettemin: of er sprake is van een *publiek* belang, of er reden is voor overheids-optreden van welke aard dan ook, blijft een politieke vraag. Het zijn politieke doelen die een samenleving ertoe brengen bepaalde maatschappelijke belangen ook als publieke belangen te zien. Omdat maatschappij en politiek voortdurend

veranderen, is het antwoord op de vraag of iets een publiek belang is, steeds aan discussie onderhevig.

Waar sprake is van een publiek belang en waar derhalve redenen aanwezig worden geacht voor overheidsinterventie, is het geen gegeven dat publieke belangen geheel door de overheid zelf moeten worden bevorderd. Ook private partijen kunnen immers treinen laten rijden, private instellingen kunnen een taak hebben in de armenzorg, private ziekenhuizen dragen bij aan de gezondheid van de samenleving als geheel. Om die reden wordt voor het bevorderen van publieke belangen veelal gekozen voor een bepaalde mix van publiek en privaat. Overigens is ook de vraag hoe verantwoordelijkheden over publiek en privaat worden verdeeld bij het bevorderen van publieke belangen, voortdurend aan discussie onderhevig. Het is immers niet alleen een technische, maar ook een politieke vraag.

In feite gaat het hier voor de overheid om de twee strategische vragen die elke organisatie zich periodiek moet stellen: stellen we ons de juiste taken en kan de kwaliteit van de taakrealisatie verbeterd worden? Beide vragen zijn logisch gezien van een andere orde. Is de eerste vraag naar bevinden opgelost, dan is hiermee nog niets gezegd over de tweede. Het gaat om verschillende niveaus van strategisch handelen: taakstelling en taakorganisatie. Ondernemingen zien zich voor vergelijkbare vragen gesteld. Wanneer een onderneming heeft besloten prioriteit te geven aan bepaalde eindproducten, is daarmee nog niets gezegd over de vervolgvraag of zij de tussenproducten zelf maakt dan wel op de markt inkoopt. De vraag of de onderneming het gehele productieproces organiseert op basis van het principe van hiërarchie, het geheel zelf in beheer nemen van de productie dan wel op basis van horizontale marktrelaties, via in- en uitbesteding, is voor haar een zelfstandige vraag.

In deze bundel staat niet de taakstelling van de overheid, maar de taakorganisatie centraal. Het gaat hier niet primair om de vraag welke belangen als *publieke* belangen moeten worden gedefinieerd. Het gaat om de vraag hoe die publieke belangen het beste kunnen bevorderd: welke mix van publieke en private activiteiten en verantwoordelijkheden is daartoe het meest geëigend?

## 1.2 TE ONDERSCHIEDEN DIMENSIES

In de praktijk zullen beide vragen vaak samen aan de orde zijn en, op zijn minst, niet helder worden onderscheiden. Zo is in de geschiedenis van het Nederlandse overheidsbeleid de discussie over het sociaal-economisch en het sociaal-cultureel beleid steeds beheerst door twee typen vragen: wat zijn publieke belangen en impliceert het aanmerken van publieke belangen dat de realisatie ervan ook zonder meer in het kader van de staatshiërarchie moet worden georganiseerd? Politieke consensus over de eerste vraag betekende vanouds geen overeenstemming over de tweede vraag.

In het kader van de financiële beheersing enerschikking van de collectieve sector, zoals die vanaf het begin van de jaren tachtig hun beslag hebben gekregen, zijn beide typen vragen in een andere figuratie dan de gebruikelijke, weer actueel geworden. Ging het eerder vooral om een uitbreiding van de publieke sector, vanaf 1980 vond een herschikking plaats die vooral private verantwoordelijkheden ten goede kwam. Aanvankelijk lag het accent vooral op het afstoten van taken in het kader van deregulering en bezuiniging. Wat eerder nog als publiek belang was geduid, was dat voortaan niet meer. Geleidelijk aan kreeg het tweede spoor een steeds zwaarder gewicht: bij het bevorderen van publieke belangen werden steeds vaker private actoren ingeschakeld.

Twee vormen van verwarring dienden zich hierbij aan. Het was ten eerste lang niet altijd duidelijk wat de aard van de herschikking was: viel zij onder de eerste dan wel onder de tweede lijn en werd de erbij passende, verschillende logica consequent toegepast? Modieuze, niet eenduidige aanduidingen en motiveringen als ‘verzelfstandiging’, ‘marktwerking’ en ‘privatisering’ verschaften weinig helderheid. Bovendien werd de vraag van de reorganisatie, als onderdeel van het proces van financiële herschikking, veel minder dan voorheen als een zuiver politieke, normatieve vraag geformuleerd, maar eerst en vooral geplaatst in het teken van doeltreffendheid en doelmatigheid: de mate waarin, extern, het gestelde doel wordt bereikt enerzijds en de mate waarin dit doel wordt gerealiseerd tegen de geringste kosten, in termen van geld, tijd en bestuurslasten, anderzijds. Doordat het organisatievraagstuk sterk gerelateerd werd aan de beoogde reductie van kosten, gingen overwegingen van bedrijfseconomische rationaliteit steeds meer overheersen.

Waar voor een onderneming met doeltreffendheid en doelmatigheid de belangrijkste maatstaven gegeven zijn, is het de vraag of de overheid zich hiertoe mag beperken en of hiermee de eigen identiteit van de overheid voldoende wordt gehonoreerd. De vraag is niet of de overheid aan beide maatstaven moet voldoen wanneer zij met publieke middelen het algemeen belang behartigt, maar of hiermee kan worden volstaan en welke andere afwegingen in het licht van overige criteria moeten worden gemaakt.

Nu het eigen karakter van de overheid hiermee in het geding is gebracht, dient een *derde* relevante dimensie zich aan. Deze dimensie is niet zozeer politiek-normatief als wel juridisch-normatief van aard en betreft de beginselen en eisen van de democratische rechtsstaat als zodanig. Te noemen zijn de volgende, algemeen aanvaarde normatieve uitgangspunten:

- a het beginsel van rechtszekerheid, de overheidszorg voor een goed functionerend rechtssysteem dat de burgers vrijwaart van willekeurig overheids-handelen, eisen van kenbaarheid van de regels en het verbod op terugwerkende kracht van regels;
- b het beginsel van rechtsgelijkheid dat verhindert dat voor bepaalde burgers uitzonderingen worden gemaakt op niet aan het recht ontleende gronden;

- c het beginsel van democratische legitimatie, zowel democratische sturing als verantwoording;
- d ten slotte geldt het beginsel van de dienende overheid: de overheid is er ten dienste van de samenleving en mag geen eigen belang nastreven. Dit beginsel geeft de eisen van doeltreffendheid en doelmatigheid bij de besteding van middelen een voor de overheid specifieke legitimatie.

De organisatievraag kent voor de overheid dus een geheel eigen rationaliteit, die maar ten dele kan worden begrepen vanuit het oogpunt van doeltreffendheid en doelmatigheid. Dit geldt te meer daar in het recht de eerste drie normatieve beginselen zijn uitgewerkt in een uitgebreid samenstel van formeel-organisatorische voorzieningen die specifiek voor de overheid gelden. Ook hier bestaat het risico van een logische verwarring: de confrontatie van de bedrijfseconomische en juridische optiek wordt soms zwaarder aangezet dan nodig is. In de juridische redenering wordt dan onvoldoende onderscheid gemaakt tussen de beginselen en de meer tijdsgebonden organisatorische uitwerking ervan, waardoor ook de uitwerking te gemakkelijk eveneens als een dwingende juridische noodzakelijkheid wordt gezien.

Toch lijkt het onverstandig het organisatievraagstuk binnen de overheid alleen te zien als een confrontatie tussen (bedrijfs)economische en juridische rationaliteit. Ondanks alle verschillen gaan zowel het economisch als het juridisch redenerpatroon uit van een aantal specifieke aannames die leiden tot prescriptieve stellingnamen inzake de gewenste organisatie van de overheid en die binnen de eigen discipline lang niet altijd geverifieerd worden. Juist hier kan de eigen inbreng van andere, empirisch gerichte wetenschappen van politiek en bestuur als *vierde* dimensie niet gemist worden; zij bieden ervaringskennis die verheldert onder welke omstandigheden deze economische en juridische aannames geloofwaardig zijn. Hierin ligt de kracht van wetenschappen als politicologie en bestuurskunde. Men denke aan vragen als: binnen welke condities is de juridische aanname reëel dat het menselijk gedrag kan worden geregeld door een regelpatroon en in hoeverre laten mensen zich steeds leiden door het streven naar maximalisatie van het eigen behoeft patroon?

In de sfeer van de diagnose brengen deze empirische wetenschappen factoren aan het licht die buiten het bereik van de economische en juridische theorie vallen, zoals feitelijke machts- en informatiepatronen binnen en buiten de overheidsorganisatie. In de sfeer van de remedie kan hun inbreng verhinderen dat bij gebleken problemen steeds naar oplossingen binnen hetzelfde denkgeregime wordt gezocht, zonder dat de eraan voorafgaande vooronderstellingen ter discussie worden gesteld. Dit geldt met name wanneer de beoogde verbetering van publieke taakbehartiging, als hoofddoel, is gekoppeld aan het middel van organisatorische veranderingen. Juist omdat in deze empirische wetenschappen het feitelijk gedrag van organisaties centraal staat, hebben zij een beter oog voor andere aangrijpingspunten (bijv. van culturele aard) om de kwaliteit van publieke taakbehartiging te verbeteren.

Ten slotte is er een *vijfde* dimensie van deze thematiek, die veel minder gebonden is aan één wetenschappelijke discipline en die niet zozeer de overheid als zodanig, maar veeleer de algemene context waarbinnen zij moet opereren, betreft. Het gaat dan om algemene maatschappelijke ontwikkelingen, die zich in de toekomst steeds sterker zullen laten gelden en nog onvoldoende in de verschillende wetenschappelijke theorieën zijn verdisconteerd. Zij betreffen zeker ook de eerste vraag van de taakstelling en regarderen ook de organisatievraag: een ander speelveld vraagt een ander type spelers. Drie ontwikkelingen kunnen met name worden genoemd:

- 1 waar de internationalisering van maatschappelijke activiteiten leidt tot een afkalving van het traditionele onderscheid tussen binnenlands en buitenlands beleid en tot een zekere verwevenheid van de nationale en internationale rechtsorde, is de vraag hoe de overheid haar traditionele binnenlandse taken wil organiseren, zo niet formeel dan toch feitelijk, niet meer geheel een zaak van nationale beleidsautonomie;
- 2 de verhoogde kennisintensiviteit van de samenleving leidt tot een professionalisering van private en publieke organisaties en verandert de feitelijke zeggingsmacht binnen deze instellingen ingrijpend;
- 3 de revolutionaire ontwikkelingen van de informatie- en communicatie-technologie (ICT) maken bestaande aannames over kwantiteit, kwaliteit en de wijze van verdeling van informatie, die aan de bestaande organisatiemodellen ten grondslag liggen, obsoleet en kunnen een variëteit aan nieuwe organisatiemodellen creëren.

### 1.3 EEN WRR-ACTIVITEIT

Over de inschakeling van private actoren bij publieke taakbehartiging is de laatste jaren veel geschreven en het beleid verkeert al in hoge mate in de fase van operationele uitwerking. Bovendien geldt zowel voor de vraag van de taakstelling als voor de vraag van de taakorganisatie dat de uiteindelijke keuze een zaak is van politieke afweging. Er zijn evenwel goede redenen voor de WRR om zich op dit moment met het onderwerp van publieke en private verantwoordelijkheden bezig te houden. Het WRR-project *Publieke en private verantwoordelijkheden* is in het voorjaar van 1998 gestart. Bij dit project gaat het om meer dan het opmaken van een tussentijdse balans van het lopende beleid of het inventariseren van succes- en faalfactoren.

De echte lacune in de beleidsvorming betreft niet zozeer de plausibiliteit van de veranderingen in de afzonderlijke sectoren, maar doet zich voor op een meer fundamenteel niveau, waarbij de hierboven beschreven dimensies in samenhang worden gezien. Deze samenhang wordt in het beleid nog onvoldoende onderkend, waardoor de optiek van waaruit diagnose en remedie worden gesteld, te situationeel bepaald is en te weinig sectoroverstijgend. Met name schort het op het niveau van het algemene regeringsbeleid aan een goede ordening van overwegingen die beeldvorming, probleemstelling en probleemoplossing bepalen.

Een dergelijke ordening kan verzekeren dat datgene wat het zwaarst moet worden gewogen, ook het verdiende gewicht krijgt. Het huidige, verbrokkelde beleidsproces heeft het risico dat met name overwegingen die een mindere mate van maatschappelijke pleitbezorging kennen, buiten beeld blijven en dat het beleid zich wat eenzijdig fixeert op enkele desiderata.

Juist op de ordening van relevante overwegingen op een meer algemeen niveau richt de WRR zijn specifieke bijdrage; zo'n multisectorale en multidimensionale benadering van de thematiek correspondeert ook met de taakstelling van de raad. Bij dit onderwerp valt een groot aantal relevante invalshoeken samen met wetenschappelijke disciplines, die vervolgens met elkaar in verband worden gebracht. Een dergelijke ordening kan nader worden gedefinieerd als een *samenhangend redeneerpatroon* dat de besluitvorming eerder conditioneert dan dicteert. Zij richt zich meer op de kwaliteit van de besluitvorming dan op de uitkomsten ervan. Aldus blijft er ruimte voor een variëteit aan mogelijke oplossingen en wordt het politiek-normatieve karakter van de uiteindelijke besluitvorming erkend.

De opstelling van dit redeneerpatroon bevat zowel een normatief als een empirisch element. Enerzijds gaat het om de keuze van relevante beginselen, anderzijds om de verificatie van empirische aannames die de uitwerking van deze beginselen in concrete organisatiemodellen schragen. Zijn de gedane aannames reëel en blijven zij ook overeind in een meer toekomst gerichte benadering?

In het WRR-project is als eerste stap een beoordelingskader voor de verschillende vormen van publieke taakbehartiging ontwikkeld. De kern hiervan luidt dat iedere vorm van publieke taakbehartiging, hetzij binnen de overheidsorganisatie, hetzij met inschakeling van private actoren, moet voldoen aan een vijftal ijkpunten van goed bestuur, te weten rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, democratische legitimatie, doelmatigheid en doeltreffendheid. Ook is het object van onderzoek verder afgebakend. Het project beperkt zich tot de meer structurele, blijvende vormen van publiek-private samenwerking, omdat hier de fundamentele aspecten van deze thematiek het meest prominent naar voren komen.

Vervolgens is een drietal typen studie uitgezet:

- *wetenschappelijke discipline studies* die met name de theoretische bouwstenen voor het redeneerpatroon moeten geven: welke argumenten biedt de betreffende wetenschap voor de keuze van de verschillende organisatievormen en voor de relevantie en uitwerking van de genoemde vijf ijkpunten van goed bestuur?
- *verkennende studies* van bredere bestuurlijke en maatschappelijke ontwikkelingen, toegespitst op enkele onderwerpen, zoals het toenemend belang van de Europese rechtsorde en de informatie- en communicatietechnologie;
- *sectorstudies*, die praktijkervaringen analyseren en (recente) voorstellen tot reorganisatie onderzoeken. In deze studies wordt de in het feitelijke overheidsbeleid gebezigde redenering beoordeeld op basis van de vijf ijkpunten en wordt een mogelijke alternatieve redenering ontwikkeld.

Begin februari 1999 zijn in een besloten conferentie de bevindingen van de verschillende studies met elkaar geconfronteerd, is een eerste algemene balans opgemaakt en is de fase van informatievergaring van het project afgerond. De raad acht enkele van de verrichte studies van zodanige kwaliteit en relevantie dat hij heeft besloten om deze, vóór het uitbrengen van een rapport van de raad over de onderhavige thematiek, in deze voorstudie te publiceren.

#### 1.4 DEZE BUNDEL

De voorliggende bundel is ingedeeld naar de hierboven onderscheiden typen studie.

##### ***Wetenschappelijke disciplinaire studies***

In de bijdragen van Bovenberg en Teulings en van Bovens en Scheltema wordt nagegaan hoe in de economische theorie enerzijds en het geldend (staats)recht anderzijds de vijf ijkpunten worden gezien en wat hierbij het achterliggende redeneerpatroon is. Wat betekent dit voor de keuze van bepaalde organisatievormen en welke andere specifieke factoren en condities spelen voor deze keuze in de betreffende theorie verder een rol? De eigen aard van de economische theorie en het rechtstatelijk denken leidt ertoe dat de studies anders zijn opgezet.

De economische theorie richt zich primair op het feitelijk gedrag van mensen en organisaties. Voordat de keuzevragen zelf aan de orde zijn, gaan Bovenberg en Teulings eerst in op de centrale economische mechanismen die het gedrag van de verschillende actoren kunnen coördineren, en op de meest doorslaggevende factoren die het succes en falen van deze mechanismen bepalen. Vervolgens wordt op basis van de meest belangrijk geachte factoren een aantal referentiekaders ontwikkeld aan de hand waarvan de keuze voor een organisatievorm in een specifieke situatie kan worden bepaald. Een aantal van deze factoren ligt in een studie als de onderhavige voor de hand, zoals de potentiële concurrentie tussen particuliere uitvoerders, de informatiepatronen en de kwaliteit van de informatie, alsmede de risicoaversiteit van partijen. Hiernaast wordt aandacht besteed aan andere, relatief nieuwe, factoren, zoals het reputatiemechanisme. Deze besliskaders worden vervolgens toegepast op een aantal concrete beleidsvelden. Op grond hiervan concluderen de auteurs dat de economische wetenschap geen planmatige en deterministische theorie kan en wil geven: gegeven de complexiteit en onzekerheid geleidt de theorie de beslissing, zij geeft een richting aan. Deze open benadering, die ook ruimte biedt aan overwegingen die niet direct door de economische theorie worden bestreken, maakt de studie extra waardevol.

De studie van Bovens en Scheltema gaat in eerste instantie uit van het geldend Nederlands (staats)recht en de plaats van de vijf ijkpunten van goed bestuur daarbinnen. Zij analyseert de uitwerking van de juridische waarden in het recht. De studie richt zich niet alleen op de juridische voorschriften en beginselen en is derhalve niet alleen van normatieve aard. Zij analyseert ook de achterliggende

beleidstheorie die veelal aannames van verondersteld gedrag van organisaties bevat. Meer dan in juridische beschouwingen gebruikelijk, worden deze aannames geëxpliciteerd en op hun realiteitsgehalte getoetst. Zo ontstaat ruimte voor nieuwe inzichten omtrent de relatie tussen juridische beginselen en hun organisatorische uitwerking en blijkt de vanzelfsprekendheid tussen bepaalde beginselen en vormen van organisatorische uitwerking minder een dwingende noodzaak te zijn dan veelal wordt verondersteld.

Juist wanneer men ‘door de woorden heen kijkt’ en abstraheert van de taal die voorvloeit uit de eigen aard van de economische en de juridische discipline, dan blijkt er sprake te zijn van meer convergentie in de uitkomsten van beide benaderingen dan veelal wordt aangenomen. Op de meest wezenlijke punten, zoals de *noodzaak van disciplineren* en *verantwoording van machtsuitoefening*, komen beide studies tot globaal dezelfde conclusies. Hoezeer de onderbouwing en onderlinge weging van de vijf ijkpunten in de studies ook mogen verschillen, belangrijker is dat in beide optieken deze ijkpunten, zeker op het niveau van globale beginselen, een duidelijke kaderstellende functie hebben.

### **Verkennde studies**

De twee volgende studies, van de hand van respectievelijk De Zwaan en Hoefnagel, betreffen veranderingen in de context die zich in de toekomst waarschijnlijk steeds sterker zullen doen gevoelen: de internationalisering van het maatschappelijk verkeer, toegespitst op het toenemend belang van de Europese rechtsorde voor de organisatie van het binnenlands beleid en het toenemend belang van de informatie- en communicatietechnologie. Waar deze studies vooral in de toekomst te verwachten ontwikkelingen betreffen, hebben zij een sterk verkennend karakter. Duidelijk wordt dat deze toekomstige ontwikkelingen aangrijpen op factoren die blijkens de twee eerste studies cruciaal zijn in de argumentatie voor de te kiezen organisatievorm. Te noemen zijn de relatie tussen de Europese marktordening en het concurrentiemechanisme en de beschikbaarheid, de verdeling en de kwaliteit van de informatie als nieuwe bepalende factoren voor feitelijke vormen van zeggenschap, die om nieuwe modellen van organisatie en sturing vragen.

### **Sectorstudies**

De twee laatste studies richten zich op sectoren waarin zich de laatste jaren vrij revolutionaire ontwikkelingen hebben voorgedaan in de organisatie van de publieke-taakbehartiging, te weten de infrastructuurgebonden sectoren. In hun analyse van het beleidsveld als geheel komen Ten Heuvelhof en Van Twist tot een conclusie die, zij het impliciet, ook in de voorafgaande studies naar voren kwam: er is geen eenduidige keuze tussen ‘goede’ en ‘slechte’ oplossingen. Niet alleen de complexiteit en de onzekerheid over de context, maar vooral ook de aanwezigheid van meerdere, ten dele met elkaar conflicterende publieke waarden en belangen, leiden ertoe dat iedere paradigmatische verandering eigen spanningen en dilemma’s oproept. Bovendien kunnen paradigmatische veranderingen slecht in termen van ‘meer of minder kunnen’ worden geïdentificeerd.



Het gaat veel meer om kwalitatieve veranderingen in de positie van actoren, zoals de overheid, en om kwalitatieve veranderingen in de werking van instrumenten, zoals regelgeving.

Van Enckevort analyseert ten slotte het beleidsproces op één onderdeel van dit beleidsveld, het spoorvervoer. Zij concludeert dat het beleid hier de ijkpunten van maatschappelijke doeltreffendheid, efficiency en democratische legitimatie onvoldoende honoreert. Gegeven de gestelde publieke belangen heeft de overheid zich onvoldoende gerealiseerd welke invloed zij moest behouden om deze belangen te blijven realiseren. Ook is te weinig rekening gehouden met de incongruentie van publieke belangen als leefbaarheid met de bedrijfseconomische belangen van de uitvoerende instelling. Deze studie maakt aannemelijk dat het referentiekader van de vijf ijkpunten een goede methode kan bieden om het beleid in een concrete sector te analyseren en te beoordelen en om tot alternatieven te komen. Duidelijk wordt hoe in een sector de oorspronkelijke ratio van de reorganisatie, een betere publieke taakbehartiging, in de loop van het proces door overwegingen van andere orde wordt verdrongen.

## NOTEN

- 1 Mr.dr. F.J.P.M. Hoefnagel is stafmedewerker van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.

## 2 OP ZOEK NAAR DE GRENZEN VAN DE STAAT: PUBLIEKE VERANTWOORDELIJKHEID TUSSEN CONTRACT EN EIGENDOMSRECHT

*A.L. Bovenberg en C.N. Teulings*<sup>1</sup>

### 2.1 UITGANGSPUNTEN VAN DE ANALYSE

#### 2.1.1 PROBLEEMSTELLING

De collectieve sector is sinds de Tweede Wereldoorlog gegroeid ten opzichte van de marktsector. Die groei is niet zonder problemen gebleven. Het steeds omvangrijker publieke apparaat ontpopte zich als een moeilijk stuurbare moloch. Er werden steeds nadrukkelijker vragen gesteld bij het maatschappelijke nut van al die publieke dadendrang. Sinds 1980 is de groei van de collectieve sector aan banden gelegd, met name door een strikt begrotingsbeleid. In sommige sectoren komen de grenzen van de bezuinigingen in zicht omdat het voorzieningenniveau dreigt te worden aangetast. Naarmate de mogelijkheden voor bezuinigingen afnemen, begint de vraag naar een effectieve en controleerbare organisatie van het overheidsapparaat meer te klemmen. Dit geldt met name voor die sectoren waarin publieke betrokkenheid onontkoombaar is. Bestaan er geen andere middelen om het apparaat te sturen in de maatschappelijk gewenste richting dan bezuinigingen waarvan het voorzieningenniveau het slachtoffer dreigt te worden? In dit kader wordt steeds meer geëxperimenteerd met vormen van marktwerking binnen en aan de randen van het overheidsapparaat. Waar vroeger budgetmechanisme en uitvoeringsmonopolie regel waren binnen de collectieve sector, zijn de afgelopen jaren tal van meer marktgeoriënteerde organisaties ontstaan. Ook deze innovaties kennen echter hun problemen. Een meer fundamentele reflectie is daarom gewenst: wat kan, mag, moet of zal juist niet in publieke handen blijven en welke taken kunnen worden uitbesteed aan de particuliere sector? Het WRR-project Publieke en Private Verantwoordelijkheden (PPV) beoogt deze vraag te beantwoorden. Daarbij worden verschillende organisatieprincipes getoetst aan een vijftal criteria:<sup>2</sup>

- doeltreffendheid;
- doelmatigheid;
- rechtsgelijkheid;
- rechtszekerheid;
- democratisch legitimatie.

In deze studie proberen wij aan de hand van de economische theorie helderheid te scheppen in de afweging tussen verschillende organisatieprincipes.

Hierbij komt een drietal vragen aan de orde:

- 1 Welke theoretische mechanismen zijn van belang voor de beoordeling van de voor- en nadelen van de diverse organisatieprincipes?
- 2 Onder welke omstandigheden en condities verdient ieder van deze organisatievormen de voorkeur?
- 3 Welke sturingsmechanismen heeft de politiek ter beschikking in ieder van deze organisatievormen?

Het zal blijken dat deze vragen zich niet eenvoudig laten beantwoorden. We bevinden ons hier op een terrein dat binnen de economische wetenschap nog sterk in ontwikkeling is en bijgevolg goeddeels ligt in het *terra incognita*. Simpele theoretische noties bieden geen bevredigende verklaring voor het gebruik van organisatieprincipes. Pas wanneer meerdere complicaties tegelijkertijd in de beschouwing worden betrokken, ontstaat een bevredigend kader voor de beantwoording van de drie bovenstaande vragen.

Wij beginnen onze analyse met de uiteenzetting van een aantal uitgangspunten, over de verhouding tussen markt en hiërarchie (par. 2.1.2) en over de verhouding tussen markt, politiek en recht (par. 2.1.3). Het doel van deze uiteenzetting is de lezer een eerste indruk te geven van het bereik van onze analyse, zonder dat we ieder begrip nauwkeurig definiëren. Vervolgens worden in paragraaf 2.2 de voornaamste theorieën en de daarvoor relevante begrippen meer in detail uitgewerkt. In paragraaf 2.3 wordt dit theoretisch kader toegepast op de vraag welke beslissingen de overheid kan overlaten aan de particuliere sector. Paragraaf 2.4 geeft een typologie van omstandigheden waaronder specifieke organisatiewijzen prevaleren; ook worden hier de sturingsmogelijkheden van de politiek geïnventariseerd.

## 2.1.2 UITGANGSPUNTEN: MARKT EN HIËRARCHIE

### *Hiërarchie en markt: Coase*

Smith's onzichtbare hand is een prachtige metafoor voor de belangrijkste kwaliteit van het marktmechanisme: de doelmatigheid. De welvaartstheorie heeft in de loop van deze eeuw preciezer geformuleerd aan welke voorwaarden moet zijn voldaan, wil de markt leiden tot een doelmatig resultaat. Deze randvoorwaarden (zoals volledige informatie, perfecte deelbaarheid van goederen, volledige concurrentie, goed gedefinieerde eigendomsrechten, en afdwingbare contracten) impliceren dat transactiekosten ontbreken. In de praktijk wordt echter nooit aan deze randvoorwaarden voor kosteloze markttransacties voldaan. Dit impliceert dat andere organisatievormen dan de markt efficiënter zouden kunnen zijn wanneer deze vormen minder transactiekosten met zich meebrengen. Wie om zich heen kijkt, ziet inderdaad tal van grote ondernemingen functioneren, waarbinnen de allocatie van productiemiddelen vooral op hiërarchische wijze georganiseerd is. Deze ondernemingen overleven in de concurrentiestrijd. Blijkbaar is hun keuze voor een hiërarchische in plaats van een marktconforme organisatie van de productie dus redelijk efficiënt. Vanuit deze gedachte formuleerde Coase (1937) zijn befaamde theorie over de grenzen van de onderneming: een onderneming kiest ervoor om bepaalde tussenproducten zelf te maken dan wel op de markt in te kopen afhankelijk van de vraag wat goedkoper is. De keuze tussen markt en hiërarchie is dus een kwestie van kostenrekening. Ook de overheid heeft te maken met dergelijke kostenafwegingen tussen markt en hiërarchie. In het geval van de overheid gaat het hierbij vaak om de relatieve kosten van publieke en private voortbrenging. De keuze waarvoor de overheid hierbij staat, is dan ook niet zozeer een kwestie van diepgravende principes maar eerder een van kostenrekening.

### ***De vloeiende overgang tussen hiërarchie en markt***

In de praktijk is de scheiding tussen hiërarchie en markt minder scherp dan vaak wordt gedacht. Het volgende rijtje illustreert dit:

- het afdelingshoofd geeft de secretaresse opdracht het stuk te kopiëren;
- de interne automatiseringsafdeling levert tegen een vaste verrekenprijs diensten aan werkmaatschappijen;
- de chef van de werkmaatschappij bepleit het recht om extern computerdiensten te mogen inkopen omdat dit goedkoper is; de centrale rekeneenheid antwoordt dat zij binnenkort belangrijk lagere tarieven zal kunnen hanteren wegens efficiencyverbetering;
- de directeur van de werkmaatschappij wordt ontslagen door de concern-directie vanwege ernstige verliezen;
- de jaarlijkse vergadering van de directeur van de werkmaatschappij met de concern-directie gaat niet door; de resultaten van de werkmaatschappij zijn immers uitstekend;
- de raad van bestuur presenteert goede winstcijfers op de aandeelhoudersvergadering;
- beurshandel drijft de koers van het aandeel op na een persconferentie waar uitstekende winstcijfers worden gepresenteerd;
- de consument koopt een brood bij de bakker.

Het eerste voorbeeld is een puur hiërarchische relatie, het laatste een pure marktrelatie. Alle tussenliggende voorbeelden laten een geleidelijke overgang zien van hiërarchische relaties naar marktrelaties. De meeste organisatievormen kennen een combinatie van markt- en hiërarchische elementen waarbij de sterke punten van beide besturingssystemen zoveel mogelijk worden benut. Dit geldt zowel voor de overheid als voor het particuliere bedrijfsleven. Zo bestaat tussen een school en het ministerie van Onderwijs een hiërarchische én een marktrelatie. Het ministerie is berucht om het woud van voorschriften waaraan scholen zich hebben te conformeren. Tegelijkertijd worden scholen echter gefinancierd op basis van leerlingenaantallen. De school die onvoldoende leerlingen weet aan te trekken, krijgt minder geld, moet dus onderwijzers ontslaan en wordt vroeg of laat met opheffing bedreigd. Daarom organiseren scholen rond april open dagen met koffie en gebak om nieuwe leerlingen te werven.

Het onderscheid tussen publieke en private voortbrenging is dus vloeiender dan het dichotome denken over markt en hiërarchie suggereert. De publieke voortbrenging maakt gebruik van vele marktelementen. Private voortbrenging, waarin vele hiërarchische elementen zijn te vinden, wordt mede door publieke randvoorwaarden beperkt.

### ***Bureaucratie en economische theorie***

De vaagheid van de scheidslijn tussen markt en hiërarchie heeft zich de afgelopen twintig jaar geleidelijk vertaald in de economische theorie van bureaucratieën, waarbij het gedrag van individuen binnen organisaties wordt beschreven op een manier die vergelijkbaar is met de wijze waarop agenten (burgers of

organisaties) zich op een markt gedragen: zij streven hun eigen belang na, hanteren daarbij doelbewuste strategieën en spannen zich in voor die onderwerpen in die mate dat zij voor die inspanningen worden beloond, net zoals op een markt. De ontwikkeling van deze theorie is mede geïnspireerd doordat het moeilijk bleek grote bureaucratieën (zowel binnen ondernemingen als bij de overheid) effectief te besturen. Het bestuur van een bureaucratie blijkt onvoldoende geïnformeerd om tot de juiste beslissingen te komen. Bovendien kan het hogere management in een bureaucratie de neiging niet onderdrukken om – vaak ten eigen baten – te interveniëren in de beslissingen van lager management. Dit ondermijnt de prikkels voor efficiënte beslissingen op lager niveau (het *hold-up*probleem) en leidt tot allerlei activiteiten bedoeld om de beslissingen op hoger niveau te beïnvloeden (*influence costs* en *rentseeking*).

### **Marktfalen en het falen van de hiërarchie**

Markten zijn alleen maximaal efficiënt als aan de door de welvaartstheorie geformuleerde voorwaarden betreffende informatie, deelbaarheid, concurrentie, eigendomsrechten en contracten is voldaan. In veel analyses is het dan vaak met grote slagen snel thuis:

markten zijn alleen efficiënt als aan die voorwaarden is voldaan; aan die voorwaarden is (bijna) nooit voldaan; dus is er sprake van marktfalen en daarmee hebben alle economische argumenten over de effectiviteit van markten afgedaan; vooral aan de veronderstelling van volledige informatie is bijna nooit voldaan; naarmate dat meer het geval is zijn hiërarchieën efficiënter dan markten.

De nieuwe economische theorie van bureaucratieën haalt bovenstaande redenering onderuit. Een bureaucratie werkt alleen soepel als alle informatie transparant is en wanneer het bestuur zich geloofwaardig kan binden aan gedane beloften. Dit zijn precies de voorwaarden waaronder ook de welvaartstheorie de doelmatigheid van het marktmechanisme belooft. Deze voorwaarden voor een ideale organisatie zonder transactiekosten helpen dus weinig om te discrimineren tussen markt en hiërarchie.<sup>3</sup> Om te kunnen discrimineren tussen beide archetypen moet worden nagegaan hoe markt en hiërarchie de transactiekosten beperken die samenhangen met gebrekkige informatie en een gebrek aan geloofwaardige beloften. Een nuttige theorie moet dus niet zozeer laten zien dat markt of hiërarchie onder specifieke omstandigheden niet maximaal doelmatig zijn maar eerder onder welke omstandigheden welke organisatiewijze het minst inefficiënt is, door onvermijdelijke transactiekosten zo laag mogelijk te houden.

Zoals in paragraaf 2.2 zal blijken, is een dergelijke vergelijking alles behalve eenvoudig. Een bevredigende theorie voor de relatieve efficiëntie van beide organisatiewijzen ontstaat pas op het kruispunt van een aantal complicaties.

### 2.1.3 UITGANGSPUNTEN: MARKT, POLITIEK EN RECHT

#### *Herverdeling en markt*

In subparagraaf 2.1.2 hebben wij ons vooral bezig gehouden met doelmatigheid, niet met rechtvaardigheid. De welvaartstheorie laat zien dat markten onder bepaalde voorwaarden doelmatig zijn (niemand kan bevoordeeld worden zonder iemand anders te benadelen), maar niet dat markten in rechtvaardige uitkomsten resulteren (iemand kan beter af worden als we bereid zijn iemand anders te benadelen). Doelmatigheid zegt iets over de effectiviteit van de voortbrenging van de welvaart, maar niets over de verdeling ervan. Veel overheidsingrijpen vloeit voort uit de politieke behoefte om welvaart anders dan conform de marktuitkomst te verdelen. Bij de keuze tussen publieke en private voortbrenging speelt de politieke vraag naar herverdeling van welvaart een belangrijke rol, omdat herverdeling per definitie ingrijpen in het marktmechanisme vereist. Dat ingrijpen in het marktmechanisme kan vervolgens op verschillende manieren. Vaak kunnen allerlei deeltaken in het herverdelingsproces opnieuw marktconform worden georganiseerd; denk bijvoorbeeld aan de discussie over de uitbesteding van de uitvoering van de Bijstandswet aan private partijen.

#### *Geen 'benevolent dictator'*

Totnogtoe spraken wij onbezonnen over de overheid als een actor die belangeloos de meest doelmatige voortbrenging van maatschappelijke welvaart nastreeft. Deze belangeloosheid komt in het geding bij de politieke vraag naar herverdeling; herverdeling is immers altijd in het belang van een specifieke groep, ten koste van het belang van een andere groep. Hiernaast speelt echter een tweede probleem, namelijk dat het democratische proces niet volledig doelmatig is en dus ook te kampen heeft met transactiekosten. Via het democratische proces wordt het machtsmonopolie van de overheid aan deze of gene elite gedelegeerd. De bevolking kiest een elite, die belooft het machtsmonopolie in het algemeen belang te zullen hanteren. Diezelfde bevolking is echter onvolledig geïnformeerd over het feitelijk gebruik van dit machtsmonopolie. Dit biedt de heersende elite de mogelijkheid het machtsmonopolie in te zetten voor particuliere belangen. De disciplinerende werking van periodieke verkiezingen, waarbij de elite door de bevolking ter verantwoording wordt geroepen, beperkt de ruimte voor dergelijk gedrag. De periodieke verkiezingen impliceren echter ook dat de overheid zich in een democratie slechts in beperkte mate aan beloften kan binden. Wie vandaag aan de macht is, hoeft dat morgen niet meer te zijn. Een realistische vergelijking van publieke en particuliere voortbrenging zal rekening moeten houden met de imperfecties van het democratisch proces, die enerzijds ruimte laten voor oneigenlijk gebruik van het machtsmonopolie en anderzijds de ruimte beperken om geloofwaardige beloften te doen.

#### *Recht als economisch verschijnsel*

Wat de overheid kan doen en laten en wat contractpartijen al dan niet in hun contracten voor de wet afdwingbaar met elkaar overeen kunnen komen, ligt vast in juridische principes, zoals rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en de daarop

gebaseerde wetgeving. Dit juridische kader speelt een belangrijke rol in het economische verkeer, zowel tussen burgers onderling als tussen burgers en overheid. Dit lijkt erop te duiden dat wij in de analyse apart rekening moeten houden met deze juridische principes. Niet voor niets neemt de WRR deze principes op als onafhankelijke criteria om de voor- en nadelen van een marktgewijze organisatie van publieke taken te beoordelen. Posner (1981) laat echter zien dat veel juridische principes geen zelfstandige criteria zijn maar voortvloeien uit het criterium van doelmatige voortbrenging van welvaart. Zo regelen juridische principes het eigendomsrecht in tal van onvoorziene situaties. Posner geeft als voorbeeld het verschil tussen claneigendom en individueel eigendom. Claneigendom is in primitieve samenlevingen een zeer efficiënte juridische ordening, omdat de clan een gesloten groep vormt. Binnen deze groep kan een onderlinge verzekering doelmatig worden georganiseerd, omdat de problemen van averechtse selectie en moreel gevaar door de scherpe groepsafbakening en de scherpe interne controle goed kunnen worden gecontroleerd. Het nadeel van deze constructie is echter dat de leden van een clan weinig prikkels hebben voor innovaties, omdat de vruchten daarvan toevallen aan alle leden van de groep. Met de komst van alternatieve verzekeringsvormen bleek het individueel eigendom dus veel efficiënter.

Op dezelfde manier zijn de principes van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid instrumenten om het machtsmonopolie van de overheid aan grenzen te binden. De combinatie van democratische processen en deze juridische principes biedt de maximale garantie dat het machtsmonopolie niet wordt misbruikt ten behoeve van particuliere belangen. Juridische principes worden dus niet als exogene randvoorwaarden in de analyse meegenomen, maar worden beschouwd als het product van het streven naar een doelmatige voortbrenging van welvaart, als correctie op de imperfecties in de democratische controle en als bescherming tegen het machtsmonopolie van de overheid.

## **2.2 ORGANISATIEWIJZE BEZIEN VANUIT DE ECONOMIE**

### **2.2.1 INLEIDING**

In deze paragraaf bespreken wij een aantal centrale economische mechanismen die van belang zijn voor de keuze van de meest doelmatige organisatiewijze van een bepaalde activiteit. Aan het ene uiterste staat het eenvoudige model van de markt als een bloemenveld zonder transactiekosten. Op een veilingmarkt beslist ieder individu voor zichzelf over de aanwending van de hem ter beschikking staande middelen. Geen enkele individuele beslisser heeft invloed op de beslissingen dan wel het welzijn van een andere partij op de markt. Alle interacties vinden plaats via het onpersoonlijke prijsmechanisme, waardoor alle externe effecten worden geïnternaliseerd. Aan het andere uiterste van het spectrum staat de hiërarchie, waar de ene partij het recht heeft unilateraal beslissingen te nemen die directe gevolgen hebben voor het welzijn van een ander. De autoriteit wordt niet direct geconfronteerd met de kosten en baten van deze beslissingen



(de ‘externe effecten’) voor zijn ondergeschikten. In hiërarchieën geeft het beslissingsrecht de autoriteit macht over de ander en is bijgevolg ruimte voor machtsgebruik (of machtsmisbruik) wanneer de ondergeschikten niet zonder kosten de organisatie kunnen verlaten. In economische termen is dan sprake van *rents*, die door de autoriteit naar believen aan deze of gene kunnen worden toebedeeld. Tussen beide ideaaltypen bestaat een spectrum aan tussenvormen.

Dat het ideaaltype van de bloemenveiling in de meeste omstandigheden niet perfect functioneert, wil nog niet zeggen dat de hiërarchische organisatie te prefereren zou zijn boven de markt. Enerzijds blijkt het marktmechanisme zeer inventief in het vinden van oplossingen voor tal van met transacties samenhangende problemen. Anderzijds heeft ook de hiërarchie te kampen met transactiekosten. Er zijn allerlei tussenvormen waarin niet de beslissingsmacht integraal wordt toegekend aan één van de betrokkenen, maar waarbij vooraf een aantal afspraken in contractvorm wordt vastgelegd, en die zowel in theorie als in de praktijk een efficiënte organisatievorm blijken te zijn. De mechanismen die in dit hoofdstuk de revue passeren, bepalen welk organisatieprincipe het meest passend is onder de gegeven omstandigheden.

De in dit hoofdstuk besproken mechanismen bepalen ook de grenzen van het recht. Private contracten en publiek ingrijpen zijn gewoonlijk ingebed in een wettelijk kader. Dit kader ontleent zijn betekenis grotendeels aan de machtsmiddelen die worden ingezet voor wetshandhaving. Veel van de mechanismen die bepalend zijn voor de grenzen van de markt, bepalen tegelijkertijd de grenzen van het domein van het recht. De vergaring van en de beschikking over informatie is een cruciaal concurrentievoordeel. Waar dergelijke informatie niet toegankelijk is voor derden, zal de rechter veel van zijn beoordelingsvermogen blijken te verliezen. Partijen zijn dan aangewezen op organisatieprincipes en contractvormen die ook afdwingbaar zijn zonder de hulp van de rechterlijke macht.

In iedere subparagraaf komt een specifiek mechanisme naar voren. Deze sluiten elkaar overigens niet uit. In de praktijk spelen vaak meerdere mechanismen tegelijkertijd. De meest ingewikkelde organisatievormen proberen juist bij een samenloop van de verschillende mechanismen de transactiekosten toch zoveel mogelijk te beperken. Veelal hangen deze mechanismen samen met een aantal centrale begrippen. Als steun voor de lezer worden deze begrippen in boxen gedefinieerd, zodat hierop bij verdere lezing gemakkelijk kan worden teruggegrepen.

### 2.2.2 RISICOOVERSIE EN HET PRINCIPAL-AGENTMODEL

In deze en de volgende subparagraaf bespreken wij twee modellen die beide gebaseerd zijn op de idee dat de opdrachtgever niet goed in staat is vast te stellen in hoeverre een opdrachtnemer zich inspant om zijn verplichtingen na te komen. Deze gebrekkige waarneming kan twee vormen aannemen. Ten eerste kan het zijn dat de opdrachtnemer ziet hoeveel output is geproduceerd, maar niet weet hoeveel inspanning de opdrachtnemer hiervoor heeft geleverd.

Een deel van de output kan net zo goed het gevolg zijn van goed geluk of van meefouten. Dit mechanisme, dat in de literatuur wordt aangeduid als het principal-agentmodel, komt in deze subparagraaf aan de orde. De tweede mogelijkheid is dat de opdrachtgever achteraf wel kan vaststellen hoeveel inspanning de opdrachtnemer heeft geleverd, maar dat hij deze kennis nooit geloofwaardig met derden kan delen; derden moeten hem op zijn woord geloven. Dit mechanisme komt in paragraaf 2.2.3 aan de orde.

#### ***Imperfecte informatie***

De informatie over de toekomstige situatie is gebrekkig. We weten wel welke toestanden theoretisch mogelijk zijn, maar we weten niet welke toestand zich feitelijk zal voordoen.

#### ***Asymmetrische informatie***

Twee partijen zijn niet gelijkkelijk geïnformeerd. De ene partij weet iets wat de ander niet weet.

#### ***Het enkelvoudige principal-agentmodel***

Het enkelvoudige principal-agentmodel (Milgrom en Roberts 1991 a, b) doet zich voor als een opdrachtgever (de principal) en de opdrachtnemer (de agent) *imperfect geïnformeerd* zijn over bijvoorbeeld de marktomstandigheden.

Bovendien zijn opdrachtgever en opdrachtnemer *asymmetrisch geïnformeerd* over de inspanning van de opdrachtnemer. De opdrachtgever kan niet rechtstreeks waarnemen hoeveel inspanning een opdrachtnemer verricht om de opdracht uit te voeren. De opdrachtgever ziet wel wat het uiteindelijke resultaat is (en dit resultaat is door een derde partij te verifiëren) maar weet niet wat hiervan moet worden toegeschreven aan de inspanning van de opdrachtnemer en wat aan toevallige omstandigheden waarvoor de opdrachtnemer niet verantwoordelijk is (i.c. de marktomstandigheden of meefouten). Een typisch voorbeeld is de discussie tussen concernstaf en werkmaatschappij of de tegenvallende winst van de laatste te wijten is aan de tegenzittende conjunctuur of aan een gebrek aan inzet. De opdrachtgever kan met de opdrachtnemer overeenkomen dat de beloning van de opdrachtnemer volledig wordt bepaald door de winst. In dat geval wordt de opdrachtnemer volledig gecompenseerd voor zijn inspanningen (de opbrengst van de marginale inspanning waarvoor hij verantwoordelijk is, valt hem namelijk volledig toe), maar hij draagt eveneens de volle last van de marktonzekerheid, die geheel buiten zijn verantwoordelijkheid ligt.

Een risiconeutrale opdrachtnemer heeft geen last van deze onzekerheid, zolang hij gemiddeld maar goed wordt betaald. De opdrachtnemer spant zich in (als zgn. 'residual claimant': hij krijgt alles wat overblijft) conform het maatschappelijk optimum. Hij krijgt immers de volledige marginale waarde van zijn inspanningen uitbetaald, zodat zijn private afweging tussen de kosten en baten van een extra inspanning samenvalt met de maatschappelijke afweging tussen deze kosten en baten. Er zijn dan ook geen positieve externe effecten verbonden aan extra inspanningen; het is de opdrachtgever om het even hoe hard de opdrachtnemer zich inspent.

Een *risicoaverse* opdrachtnemer, daarentegen, waardeert een nadeel als gevolg van slechte marktomstandigheden zwaarder dan het voordeel als gevolg van goede marktomstandigheden. Veronderstel nu dat de opdrachtgever risico-neutraal is, bijvoorbeeld omdat hij actief is in meerdere markten en de slechte omstandigheden in de ene markt wegvallen tegen de goede omstandigheden in de andere markt. In dat geval is het voor de opdrachtgever aantrekkelijk om als verzekeraar op te treden, omdat de opdrachtnemer in ruil voor de minder risico-volle opbrengst tevreden is met een gemiddeld lagere opbrengst. De risico-neutrale opdrachtgever incasseert als verzekeraar de lagere risicopremie in de vorm van een lagere gemiddelde beloning van de opdrachtnemer.

Oprichtgever en opdrachtnemer sluiten een contract over de vorm van de beloning: de opdrachtnemer krijgt een vast bedrag, plus een percentage van de opbrengst van zijn output. Een typisch voorbeeld van een dergelijk contract is de vertegenwoordiger, die een vast basissalaris vermeerderd met een commissie over zijn gerealiseerde verkopen. Het voordeel van een dergelijk contract is dat de opdrachtnemer slechts een deel van de financiële gevolgen van de marktonzekerheid draagt, zodat deze risicoaverse agent minder hoge eisen stelt aan de hoogte van de gemiddelde beloning om de kosten van dit risico, waarvoor hij niet verantwoordelijk is, te compenseren. Het nadeel van een dergelijk contract is dat de opdrachtnemer niet alle vruchten van zijn inspanning plukt. Omdat een gedeelte van deze vruchten als positief extern effect toevallen aan de opdrachtgever, zal de opdrachtnemer zich dan ook niet optimaal inspannen. De *trade-off* tussen verzekering en prikkels in het principal-agentmodel is een variant op het aloude thema van de afweging tussen doelmatigheid (d.w.z. voldoende prikkels voor inspanningen waarvoor men *wel* verantwoordelijk is) en rechtvaardigheid (d.w.z. voldoende verzekeringen tegen pech waarvoor men *niet* verantwoordelijk is). Deze spanning vindt zijn oorsprong in scheve informatie over waarvoor een agent wel en waarvoor hij niet verantwoordelijk is.

### ***Determinanten van het optimale percentage***

Het optimale contract weegt de voordelen van meer verzekering af tegen de nadelen van geringere prikkels voor inspanning. Het optimale percentage prestatiebeloning wordt bepaald door drie factoren:

- 1 de mate van risicoaversie van de opdrachtnemer: hoe groter de risicoaversie, des te lager het optimale percentage prestatiebeloning; voor een risico-neutrale opdrachtnemer is het optimale percentage gelijk aan 100 procent;
- 2 de gevoeligheid van de inspanningen van de opdrachtnemer voor de mate van prestatiebeloning: hoe gevoeliger de opdrachtnemer is voor prestatiebeloning, des te hoger het percentage moet zijn;
- 3 de omvang van de informatie-imperfectie: hoe groter de onzekerheid is, des te kleiner is het deel van het risico dat de opdrachtnemer kan dragen en des te lager zal het prestatiebeloningspercentage zijn.

### ***De paradox van de principal-agentrelatie***

De paradox van dit type contracten is dat de ervaren opdrachtgever achteraf vrij goed weet in hoeverre eventuele tegenvallende resultaten te wijten zijn aan

tegenzittende marktomstandigheden. Hij weet namelijk hoeveel de opdrachtnemer zich zal inspannen als gevolg van de prikkels in het contract. Als de resultaten bekend zijn, kan de opdrachtgever bepalen welk gedeelte van de gemeten resultaten toe te schrijven zijn aan de onvoorspelbare marktomstandigheden. Achteraf, nadat de opdrachtnemer zich heeft ingespannen, zou de opdrachtgever de opdrachtnemer dus best volledig van risico kunnen vrijwaren. Zou de opdrachtnemer hierop echter anticiperen, dan zou hij zich niet inspannen. Daarom is het toch noodzakelijk de opdrachtnemer op pech af te rekenen.<sup>4</sup>

### ***Het meervoudige model***

Veel relevanter is in de praktijk het geval dat een opdrachtnemer meerdere taken moet uitvoeren en de opdrachtgever dus over meerdere resultaatmaatstaven beschikt. Een typisch voorbeeld is de machinist die enerzijds moet zorgen dat zijn machine produceert en anderzijds verantwoordelijk is voor het onderhoud van die machine. Mogelijk zijn de inspanningen voor beide activiteiten voor de opdrachtgever niet perfect meetbaar. Dat geldt zeker voor het onderhoud. Slecht onderhoud wrekt zich immers pas na verloop van tijd. Storing van de machine is voor een belangrijk deel een kwestie van toeval. Behalve de drie eerder genoemde determinanten van de optimale prestatiebeloning, is nu ook van belang de mate waarin de opdrachtnemer inspanningen voor de verschillende taken kan uitwisselen.

In het algemeen wordt prestatiebeloning in deze situatie moeilijk, omdat de opdrachtnemer zijn energie zal besteden in de richting met het minste risico en het hoogst beloonde rendement. Stel bijvoorbeeld dat productie-inspanning goed controleerbaar en min of meer risicovrij is. Om in die omstandigheid een goede verhouding tussen machineonderhoud en productie te bereiken is een aantal oplossingen denkbaar:

- 1 het onderhoud kan evenredig worden beloond: de opdrachtnemer wordt niet alleen verantwoordelijk voor de productie maar ook voor storingen van de machine. Dit resulteert echter in een bijzonder risicovolle beloning voor de opdrachtnemer omdat hij volledig moet opdraaien voor de kosten die storingen van de machine met zich meebrengen. Een risicoaverse opdrachtnemer zal dan ook een hoge risicopremie van de opdrachtgever eisen als compensatie voor het gelopen risico;
- 2 een laag prestatiebeloningspercentage voor zowel onderhoud als productie, zodat de neiging om het machineonderhoud te verwaarlozen ten gunste van productiewerk wordt ingedamd.<sup>5</sup> Het nadeel van deze oplossing is dat de agent weinig prikkels heeft om zich in te spannen;
- 3 de kapitaalgoederen in eigendom geven aan de opdrachtnemer, zodat hij de gevolgen van slecht onderhoud draagt. In feite is dit een extreme vorm van de eerste oplossing. Bouwgereedschap in eigendom van de bouwvakker en niet van de aannemer is echter alleen efficiënt indien het financiële risico niet te groot is. Een ander nadeel van deze oplossing is dat de opdrachtnemer over voldoende middelen moet beschikken (of moet kunnen lenen) om het kapitaalgoed te kunnen aanschaffen;

- 4 een functiescheiding tussen productie en onderhoud ('eenheid van taak'): het productiepersoneel heeft dan een hoog percentage prestatiebeloning, het onderhoudspersoneel een vast basisloon. Deze oplossing kent als bezwaar dat de coördinatieproblemen tussen verschillende soorten personeel toenemen; onderhoud en productie zijn vaak complementaire activiteiten (*economies of scope*).

### **Het meervoudige model en rechtsprincipes**

De complicaties die naar voren komen in het meervoudige model, hebben tal van praktische toepassingen op het terrein van de collectieve sector. Deze toepassingen zijn vaak ook gerelateerd aan het principe van rechtsgelijkheid.

Wij geven een aantal voorbeelden.

- 1 De reguliere surveillancetaken van de politie zijn nauwelijks rechtstreeks te monitoren. De markt is echter zeer goed in staat om de politie te waarderen voor specifieke beveiligingstaken. Om te voorkomen dat de politie haar tijd vooral aan commerciële activiteiten besteedt, zijn die activiteiten volledig verboden. Verder worden specifieke beveiligingstaken die de politie uitvoert, niet beloond op basis van prestatiebeloning.
- 2 Tal van overheidsdiensten kunnen redelijk worden beoordeeld op het aantal diensten dat zij aanbieden, maar niet op degenen aan wie ze die diensten aanbieden. Verder is het moeilijk vast te stellen of er hierbuiten nog andere transacties tussen de overheidsdienst en de burger plaatsvinden, bijvoorbeeld omdat de dienst de burger in een of andere vorm om vergoeding vraagt (corruptie). Het principe van rechtsgelijkheid legt de dienst bij dergelijke transacties beperkingen op: het ontnemt de dienst het recht de ene burger te onthouden wat de ander wel krijgt.

### **Een antwoord op de Coase-vraag?**

Biedt dit model nu een goede basis voor een theorie over hiërarchie of markt? Dit is maar zeer gedeeltelijk het geval. De mengvorm van prestatiebeloning en verzekering zoals beschreven in dit model komt in de praktijk veel voor. Deze mengvorm kan echter binnen zowel een marktrelatie als een hiërarchische relatie tot stand komen. Een voorbeeld is het geval dat twee partijen (hetzij binnen een hiërarchie hetzij verder ongerelateerd binnen een marktrelatie) een contract sluiten dat bepaalt dat de opdrachtnemer de helft van de aanneemsom in ieder geval krijgt uitgekeerd en de andere helft alleen als de opdracht tot resultaat leidt. Het principal-agentmodel biedt dus een verklaring voor contracten maar niet voor het bestaan van hiërarchische relaties.

Het feit dat contracten nodig zijn om tot een doelmatige organisatie van de productie te komen, biedt echter wel een eerste aanzet voor een verklaring van hiërarchieën. De mogelijkheden om goede contracten te schrijven worden namelijk beperkt door allerlei complicaties. De informatie die voor de controle op de naleving is vereist, is vaak niet of slechts gedeeltelijk beschikbaar, is niet goed door rechters te controleren of is incompleet. Deze complicaties bij het schrijven van afdwingbare contracten leveren soms argumenten op om één van de partijen

macht te geven over een andere partij. Hiërarchieën zijn dan een substituuat voor afdwingbare contracten. De complicaties bij het schrijven van afdwingbare contracten die tot argumenten voor hiërarchieën kunnen leiden, zullen in de rest van dit hoofdstuk worden besproken.

### 2.2.3 HET PROBLEEM VAN NIET-VERIFIEERBARE INFORMATIE

#### *Niet-verifieerbare informatie*

Informatie over een relatie tussen twee partijen is niet-verifieerbaar indien een derde partij niet zelfstandig in staat is de juistheid van die informatie vast te stellen.

#### *Opportunisme*

Een partij komt haar verplichtingen niet na of presenteert haar beschikbare informatie onjuist. Zij acht deze handelwijze meer conform haar eigenbelang, bijvoorbeeld omdat de andere partij haar bijdrage toch al geleverd heeft of omdat de omstandigheden veranderd zijn.

#### *Niet-verifieerbaarheid*

Anders dan in het geval van asymmetrische informatie beschikken beide partijen bij *niet-verifieerbaarheid* wel over dezelfde informatie. En anders dan bij informatie-imperfectie is hun informatie in dit geval ook accuraat. Doordat een derde partij die informatie echter niet kan controleren, kan er geen voor de rechter afdwingbaar contract op worden gebaseerd (zie MacLeod en Malcomson 1989). Mocht er namelijk achteraf meningsverschil ontstaan, dan kan de rechter de voorwaarden in het contract nooit verifiëren. Iedere partij zal de zaak immers in haar voordeel aan de rechter presenteren. Er dreigt dan *opportunisme*, waarbij partijen zich niet aan hun contractuele verplichtingen houden omdat deze toch niet kunnen worden afgedwongen.<sup>6</sup>

Deze situatie komt in de praktijk veel voor. In tal van situaties weten twee contractpartijen zeer goed wat ze aan elkaar hebben gehad. Voor een buitenstaander is het echter buitengewoon kostbaar of nagenoeg onmogelijk de ware toedracht vast te stellen. Dit probleem speelt veelvuldig in ontslagzaken. Het is voor een rechter niet goed mogelijk om in een geschil te bepalen wie zijn plichten heeft verzaakt. Vaak voeren rechters dan een louter procedurele toetsing uit, waarbij wordt gekeken 'of er een dossier ligt'. Het diepere probleem, dat informatie niet goed door buitenstaanders kan worden geverifieerd, wordt met dergelijke procedurele waarborgen echter niet opgelost.

#### *Ongelijkzijdigheid en de symmetrie van het probleem*

Stel dat de opdrachtgever eerst de aanneemsom betaalt in de veronderstelling dat de opdrachtnemer daarna zijn werk naar behoren zal uitvoeren. Hier ontstaat het risico van opportunistiek gedrag van de opdrachtnemer. Zodra hij zijn geld binnen heeft, heeft hij geen enkele prikkel meer om het werk naar behoren uit te voeren. De opdrachtgever kan niet naar de rechter lopen om terugvordering te eisen op grond van het niet-nakomen van contractuele verplichtingen, omdat de rechter niet kan verifiëren of de opdrachtnemer aan zijn verplichtingen heeft voldaan.

Dit probleem kan niet worden opgelost door een omgekeerd contract te hantieren. De opdrachtnemer doet eerst zijn werk en wordt vervolgens door de opdrachtgever betaald. Het probleem is dat opportunistisch gedrag van de opdrachtgever dreigt. Deze heeft immers geen prikkel om te betalen. Een beroep op de rechter is zinloos, aangezien deze niet kan verifiëren of de opdrachtnemer al dan niet naar behoren zijn werk heeft gedaan.

De kern van het probleem is dus de ongelijktijdigheid van beloning en prestatie gecombineerd met de gebrekkige verifieerbaarheid van de prestatie. De partij die als laatste gecompenseerd wordt (de achterliggende partij), loopt dan het risico dat de ander haar verplichtingen niet nakomt.

### ***Zelfhandhavende contracten, reputaties en rents***

#### ***Zelfhandhavend contract***

Een contract dat zo is opgesteld dat partijen er wederzijds belang bij hebben hun contractuele verplichtingen na te komen, zonder dat daar dwang van buiten aan te pas komt.

#### ***Impliciet contract***

Een zelfhandhavend contract dat niet expliciet wordt uitgeschreven, omdat beide partijen weten wat de gedragsregels zijn en geen van beide voor het afdwingen ervan een beroep kan doen op een derde partij.

#### ***Reputatie***

Een agent bezit een reputatie ten opzichte van een ander als van die agent bij de ander bekend is dat hij zich in bepaalde situaties op een bepaalde manier zal gedragen (bijv: eerlijk).

#### ***Rent***

De meerprijs die een agent krijgt voor een bepaald goed boven wat dat goed buiten de huidige relatie op zou kunnen brengen. Bij volledige concurrentie bestaan geen rents omdat een agent zonder kosten en tegen dezelfde prijs een alternatieve koper voor het goed kan vinden.

In de praktijk wordt vaak gebruik gemaakt van contracten die zichzelf handhaven, zonder de hulp vanuit het juridisch systeem: de gang naar de rechter is vaak slechts een theoretische optie. Contracten zijn *zelfhandhavend* als geen van beide partijen er belang bij heeft van het contract af te wijken. Vervolgens is de vraag vaak of het contract wel behoeft te worden uitgeschreven of dat met een impliciet contract kan worden volstaan. De theorie van impliciete contracten is ontstaan naar aanleiding van de empirische observatie dat lonen binnen een arbeidsrelatie in de Verenigde Staten in veel gevallen nominaal gedurende een langere periode ongewijzigd blijven, terwijl het marktloon gedurende dezelfde periode forse schommeling ondergaat. Voor een dergelijk vast loon was geen enkel uitgeschreven expliciet contract. Blijkbaar was dus sprake van een impliciet contract.

Waarom hebben beide partijen er vervolgens belang bij hun contractverplichtingen na te komen? Dit probleem wordt opgelost door *reputaties*. Als een opdrachtgever ten onrechte een opdrachtnemer zijn geld niet betaalt, zal die opdrachtnemer nooit meer zaken met hem doen en omgekeerd. Dit mechanisme werkt als de opdrachtgever voldoende *rents* kan verwachten van zijn toekomstige relatie met de opdrachtnemer. *Rents* zijn de extra waarde (het surplus) die een partij voor een bepaalde transactie ontvangt boven wat die partij elders op de markt bij een alternatieve transactiepartij zou kunnen ontvangen. Reputaties werken alleen in langdurige relaties waarin veelvuldig gehandeld wordt, want ze zijn gebaseerd op de verwachte toekomstige meerwaarde van de voortzetting van de relatie. Niet-verifieerbaarheid leidt daarom tot een zekere *inefficiëntie*: contracten die op zich winstgevend zijn maar onvoldoende toekomstige *rents* met zich meebrengen, kunnen niet worden afgesloten. Zijn er onvoldoende (toekomstige) *rents* verbonden aan de specifieke relatie van de opdrachtgever met de opdrachtnemer, dan komt de relatie niet tot stand omdat de opdrachtnemer erop anticipeert dat de opdrachtgever zich niet aan het contract zal houden en misbruik zal maken van zijn latere machtspositie. In feite loopt de opdrachtnemer er dan op vooruit dat hij onvoldoende macht zal hebben (de dreiging met het verlies aan *rents*) om de toekomstige machtspositie van de opdrachtgever te compenseren.

Reputaties hoeven echter niet louter op bilaterale relaties te zijn gebaseerd.

Een belangrijke reden voor het bestaan van ondernemingen is dat de reputatie kan worden overgedragen van de ene bilaterale relatie naar de ander, met name in de loop der tijd van de ene generatie werknemers naar de volgende.

De managers van de onderneming zullen zich niet opportunistisch gedragen ten opzichte van een generatie werknemers omdat de onderneming dan haar reputatie verliest ten opzichte van de volgende generatie werknemers. Een dergelijke overdracht van reputaties vereist een herkenbaarheid van de onderneming (vandaar het belang van merknamen). De mogelijkheden van overdracht van reputatie worden echter bemoeilijkt door de niet-verifieerbaarheid van informatie: een generatie werknemers kan moeilijk verifiëren of de klachten van de vorige generatie terecht zijn. Toch kan een organisatie eenvoudiger een reputatie opbouwen dan geïsoleerde individuen. Organisaties hebben immers in het algemeen een langere horizon, zijn herkenbaarder, handelen meer en kunnen reputaties eenvoudiger overdragen.

Een geloofwaardige reputatie is gebaseerd op de waarde van de toekomstige *rents* die daarmee kunnen worden geïncasseerd. De dreiging van het verlies van die *rents* maakt dat een partij zich wel twee keer bedenkt voor zij vervalt tot opportunistisch gedrag. Als die toekomstige *rents* afnemen, ontstaat het risico van *reputatiemelken*: een partij gaat zich anders gedragen dan op grond van haar reputatie verwacht mag worden, omdat zij er onvoldoende belang bij heeft haar reputatie te handhaven. Een voorbeeld is het geknoei door Kwata met de receptuur van haar beroemde chocoladesoldaatjes vlak voordat het bedrijf failliet ging.



**Een voorbeeld: werkloosheid**

Een voorbeeld van een dergelijk contract in de relatie tussen werknemer en werkgever, waarbij de prestatie van de werknemer niet-verifieerbaar is, maakt gebruik van de dreiging van werkloosheid: als de werknemer zijn handen niet uit de mouwen steekt, maar wel zijn salaris in zijn zak steekt, dan wordt hij ontslagen. De werkgever is hier dus de achterliggende partij: die betaalt eerst salaris en moet maar afwachten of de werknemer zijn handen uit de mouwen steekt. Omdat de werknemer op de markt niet onmiddellijk een nieuwe baan vindt (zijn salaris bij zijn werkgever is hoger dan wat hij elders op de markt ontvangt, zodat hij rents incasseert), is onvoldoende inspanning onaantrekkelijk omdat hij dan het risico loopt ontslagen te worden en de rents te verliezen.<sup>7</sup> Als hij zijn best doet, kan hij nog langer bij zijn baas blijven. Zijn baas heeft er geen belang bij het loon te verlagen tot wat de werknemer elders op de markt kan verdienen. De baas weet immers dat, gegeven het niet-verifieerbare karakter van de prestatie van de werknemer, de enige manier om zijn werknemer te laten presteren het uitbetalen van een premie (een 'rent') op het marktloon is.<sup>8</sup> Alleen op die manier heeft de werknemer er belang bij zijn reputatie voor hard werken te behouden.

Het is ook mogelijk de relatie andersom te organiseren, waarbij de werknemer de achterliggende partij is. In dat geval betaalt de werkgever achteraf een stukloon. Dat doet hij omdat hij op de markt moeilijk andere kandidaten voor zijn vacatures kan vinden. Hij is dus gedwongen om achteraf het stukloon te betalen, anders vertrekt zijn personeel en is het kostbaar om nieuw personeel aan te trekken. In dit geval incasseert de werkgever in plaats van de werknemer de rents van de toekomstige relatie. De door de werkgever in de toekomst te incasseren rents (de kosten van het aantrekken van nieuw personeel) geeft de werknemer het vertrouwen dat de werkgever zich aan de afspraken zal houden.

Om het probleem van opportunisme door de combinatie van niet-verifieerbaarheid en volgtijdelijkheid hanteerbaar te houden zijn drie oplossingen relevant. Ten eerste moeten prestatie en betaling zo veel mogelijk synchroon lopen om de ongelijktijdigheid te minimaliseren. Een voorbeeld is de vorm van bouwcontracten, waarbij de betaling aan de aannemer in termijnen plaatsvindt, naar gelang de voortgang van het bouwproject. Partijen kunnen dan minder kortetermijnvoordeel halen uit opportunistisch gedrag. Ten tweede is continuïteit in contractrelaties van belang. Een grotere continuïteit verhoogt de toekomstige rents, waardoor de voorliggende partij minder snel geneigd zal zijn de relatie op het spel te zetten door opportunistisch gedrag. De langetermijnkosten van opportunistisch gedrag zijn immers groter. Ten derde moeten reputaties zo goed mogelijk controleerbaar en (tussen relaties) overdraagbaar zijn, bijvoorbeeld door in ondernemingen meerdere vergelijkbare arbeidscontracten onder te brengen, zodat opportunisme in de ene relatie gevolgen heeft voor andere. In feite wordt informatie beter observeerbaar door meerdere relaties in een hiërarchie onder te brengen. Dit maakt het eenvoudiger om een geloofwaardige reputatie te vestigen. Terwijl de eerste oplossing opportunistisch gedrag minder belooft, straffen de tweede en de derde oplossing opportunistisch gedrag zwaarder.

De eerste en de derde oplossing impliceren dat de toekomstige rents die aan iedere specifieke relatie verbonden zijn, relatief klein kunnen zijn. Hierdoor komen meer waardevolle relaties tot stand (d.w.z. relaties die een rent genereren), hetgeen aanleiding geeft tot minder efficiëntieverlies.

### **Subjectieve prestatiebeloning**

Een typisch en veelvuldig voorkomend geval van niet-verifieerbare informatie is de subjectieve prestatie maatstaf (zie Baker, Gibbs en Holmstrom 1994). In veel gevallen biedt objectieve informatie onvoldoende basis voor een effectieve prestatiebeloning (bijv. omdat objectieve maatstaven gevoelig zijn voor onzekerheden waarvoor de opdrachtnemer niet verantwoordelijk is, zie het enkelvoudige principal-agentmodel uit par. 2.2.2) of leidt prestatiebeloning op basis van objectieve factoren tot een bias in de richting van bepaalde prestaties (zie het meervoudige principal-agentmodel uit par. 2.2.2). In dat geval is het aantrekkelijk om naast objectieve ook subjectieve factoren bij de beoordeling mee te nemen. Deze extra informatie over de geleverde prestatie maakt het immers mogelijk de spanning tussen verzekering en prikkels te verminderen. Subjectieve factoren zijn min of meer per definitie niet-verifieerbaar. Zij zijn gebaseerd op het oordeel van een opdrachtgever (binnen arbeidsorganisaties: de chef) en kunnen niet worden gestaafd aan de hand van objectieve cijfers. Subjectieve prestatiebeloning is hierdoor oncontroleerbaar voor derden.<sup>9</sup>

Subjectieve prestatiebeoordeling vereist opnieuw een goede reputatie van de beoordelaar. Een dergelijke beoordeling kan dan ook de meeste gevallen goed worden toegepast binnen een onderneming waarin meerdere langdurige relaties zijn ondergebracht (omdat ondernemingen reputatiedragers zijn).<sup>10</sup>

### **De toernooivorm met promoties als beloning**

Beloning van niet-verifieerbare output kan normaliter alleen op basis van de reputatie en vereist dus een meerwaarde van toekomstige relaties. De opdrachtgever kan echter een andere oplossing hanteren: het zogenaamde toernooimodel, waarin de opdrachtnemers niet ieder naar eigen prestatie worden beloond, maar waarin de beste een prijs wint (zie Malcomson 1984). Een praktische vorm is dat de opdrachtgever de beste van zijn opdrachtnemers belooft te promoveren tot chef, met bijbehorend hoger salaris. Het gevolg is dat iedereen zijn best zal doen de hoofdprijs van dit spel in de wacht te slepen: de promotie tot chef. Als de opdrachtnemer risiconutraal is, zal het hem verder om het even zijn of hij beloond wordt via een dergelijk risicovol prijzensysteem, waarbij hij kans loopt op de hoofdprijs maar ook het risico loopt niets te krijgen, of via een systeem met een direct aan prestatie gerelateerde beloning, zolang hij gemiddeld maar hetzelfde uitkomt. Een risicoaverse opdrachtnemer heeft echter een voorkeur voor het tweede alternatief. Risicoaversie legt dus beperkingen op aan het hanteren van het toernooimodel.

De uitbetaling van deze impliciete prestatiebeloning van de opdrachtgever is wel verifieerbaar, omdat iedereen kan zien dat één van hen wordt gepromoveerd.

Of werkelijk de beste wordt gepromoveerd is niet-verifieerbaar voor derden. Dit is echter geen bezwaar, omdat de opdrachtgever er belang bij heeft de beste te promoveren. Zo maakt hij voor de volgende generatie opdrachtnemers duidelijk dat inzet wordt beloond.<sup>11</sup>

Dit mechanisme vereist een minimale vorm van hiërarchie. Theoretisch is het mogelijk iets dergelijks te regelen via contracten: de opdrachtgever spreekt met vier opdrachtnemers af dat zij werk voor hem zullen verzetten en dat één de prijs krijgt. In de praktijk bestaan dergelijke vormen wel (bijv. onderzoeksbureaus die in concurrentie offerte uitbrengen), maar ze komen slechts sporadisch voor bij alleen relatief kleine bedragen (in dit geval: de investeringen in de offerte). De reden hiervoor ligt voor de hand: het zou voor de opdrachtgever te makkelijk zijn om achteraf en achter de rug van de andere opdrachtnemers een deal met een opdrachtnemer te sluiten dat hij akkoord gaat met een lagere prijs dan oorspronkelijk was toegezegd. Die ene opdrachtnemer heeft er belang bij met die deal in zee te gaan, omdat de hoofdprijs anders in zijn geheel naar één van de andere opdrachtnemers gaat. Binnen een hiërarchie speelt dit probleem vermoedelijk minder, omdat dergelijk opportunistisch gedrag moeilijker geheim te houden is voor de verliezers.

### **Een antwoord op de Coase-vraag?**

#### ***Incomplete informatie***

De toekomst is niet alleen onzeker maar kent zoveel facetten en is zo complex dat het niet mogelijk is alle mogelijke toekomstige werelden in een contract te omschrijven.

#### ***Beperkte rationaliteit***

De mens bezit slechts een beperkte capaciteit om complexe problemen te doorgronden. Daarnaast is het niet altijd doelmatig om steeds alle relevante informatie bij beslissingen te betrekken. Daarom gebruikt de mens vaak eenvoudige beslisregels gebaseerd op slechts een beperkt deel van de beschikbare informatie.

In het licht van deze analyse wordt begrijpelijk waarom ondernemingen vaak worden aangeduid als reputatiedragers. Eén van de centrale voordelen van hiërarchische relaties binnen een bedrijf in vergelijking tot marktrelaties is de continuïteit en herkenbaarheid van een bedrijf c.q. van merknamen. Wie bij de witte pomp koopt, weet niet wat hij krijgt. Eén van de *seven sisters* biedt wat dat betreft meer zekerheid. Dit is een belangrijke reden om activiteiten binnen bedrijven te clusteren. Bedrijven zijn over het algemeen efficiënter in het opbouwen van reputaties dan individuele agenten, al was het maar omdat ze veel herkenbaarder zijn en dus reputaties eenvoudiger kunnen overdragen. De architectuur van de interne organisatie is dus een poging het eenvoudiger te maken om reputaties op te bouwen. Hierdoor nemen de toekomstige rents, die nodig zijn om opportunistisch gedrag te voorkomen, af. Transacties die waarde creëren, zullen dan minder worden ontmoedigd door de dreiging van opportunistisch gedrag.

Overigens is het voordeel van bedrijven in verhouding tot de markt betrekkelijk: werknemers geclusterd in een onderneming bouwen makkelijker een reputatie op, maar zij hebben vervolgens binnen die onderneming weer precies hetzelfde probleem. Dit is opnieuw de *remorseless logic*: als de markt faalt, waarom zou hiërarchie dat probleem dan kunnen oplossen?

#### 2.2.4 SPECIFIEKE INVESTERINGEN: ONDERHANDELINGEN VERSUS MARKTWERKING

##### *Specifieke investeringen*

Specifieke investeringen zijn investeringen die alleen renderen in een relatie tussen twee partijen. Wordt die relatie verbroken, dan zijn de investeringen verloren.

##### *Quasi-rents*

Dit zijn rents die zijn ontstaan door eerdere specifieke investeringen. Deze rents zijn slechts *ex-post* rents, dat wil zeggen nadat de investeringen gedaan zijn. Pas dan levert de relatie tussen twee partijen meer op dan elders op de markt gerealiseerd kan worden. *Ex ante* (voordat de investeringen gedaan zijn) zijn deze rents echter niets anders dan een toekomstige beloning voor investeringen.

##### ***Specifieke investeringen...***

Er is sprake van *specifieke investeringen* wanneer twee partijen een relatie met elkaar hebben waarin zij investeren. Deze investeringen hebben alleen nut zolang de relatie tussen beide partijen in stand blijft. Zodra de relatie wordt verbroken, verliezen deze investeringen hun nut. De investeringen hebben dus het karakter van verzonken kosten: de investeringen zijn verzonken in de relatie. Er zijn tal van voorbeelden van dit soort investeringen, variërend van relatienetwerken tot kennis van het specifieke productieproces dat voor een bepaalde voorziening noodzakelijk is. Specifieke investeringen van de partijen die bij de relatie betrokken zijn, genereren onderling synergie. De specifieke investeringen van de één zijn meer waard naarmate de andere partij ook meer investeert. De beide partijen zijn dus als het ware 'stakeholder' in elkaars investeringen.

##### ***...resulteren in quasi rents...***

De specificiteit van de investeringen impliceert dat de twee partijen tot elkaar veroordeeld zijn omdat ze op de externe markt minder kunnen verdienen dan wanneer zij bij elkaar blijven. Wanneer beide partijen uit elkaar gaan en op de externe markt hun emplooi zoeken, gaat de opbrengst van de specifieke investeringen immers verloren. De opbrengst uit de relatie tussen de twee partijen gaat uit boven wat partijen op de markt kunnen krijgen en is daarom vergelijkbaar met een *rent*. Deze opbrengst wordt aangeduid als een *quasi-rent*, omdat de meeropbrengst pas *ex post* ontstaat, dat wil zeggen nadat de investeringen gepleegd zijn. De quasi-rents meten de waarde van het voortbestaan van de relatie: het 'surplus' dat toe te schrijven is aan de continuïteit van de relatie.<sup>12</sup>

**...een bilateraal monopolie...**

Door de specifieke investeringen is er sprake van een bilateraal monopolie in plaats van volledige concurrentie bij de verdeling van de opbrengsten van die investeringen. Een voorwaarde voor volledige concurrentie is namelijk dat iedere partij vrij is om met verschillende alternatieve, concurrerende contractpartijen in zee te gaan. Andere marktpartijen, die nog geen specifieke investeringen in de relatie verzonken hebben, staan echter niet op gelijke voet met de twee partijen die reeds in elkaar geïnvesteerd hebben. Voor deze laatste twee partijen is het immers kostbaar om van transactiepartner te verwisselen; de uittredingsbarrières (d.w.z. de barrières om de relatie te verbreken) impliceren toetredingsbarrières voor concurrerende partijen.

**...en onderhandelingen**

Waar twee partijen het met elkaar eens moeten worden over de verdeling van (quasi)rents die voortvloeien uit het voortbestaan van de onderlinge relatie, verlaten we de wereld van de *marktwerking* en betreden we de wereld van de *onderhandelingen*. Bij deze onderhandelingen hebben de partijen zowel parallelle belangen (het voortbestaan van de relatie en het creëren van zoveel mogelijk waarde binnen die relatie) als conflicterende belangen (het verkrijgen van een groter deel van de (quasi)rents). De uitkomst van onderhandelingen is veel moeilijker voorspelbaar dan de uitkomst van het marktproces, waarbij het prijsniveau vastligt op het snijpunt van vraag en aanbod. Bij onderhandelingen hangt het aandeel van beide partijen in de opbrengst af van de wederzijdse onderhandelingsmacht. Die onderhandelingsmacht kan afhankelijk zijn van kleine details, zoals de vastgestelde onderhandelingsprocedure.

**Onderhandelingen zijn kostbaar door scheve informatie...**

Onderhandelingen over (quasi-)rents kunnen lang duren en mede hierdoor kostbaar zijn. Dit geldt met name als er sprake is van asymmetrische informatie over de waarde die partijen aan de transactie toekennen en vele partijen die bij de transactie zijn betrokken. Onder deze omstandigheden kan een gedeelte van de quasi-rents verloren gaan aan onderhandelingskosten. Zo impliceert scheve informatie dat de onvolledig geïnformeerde partijen de geïnformeerde contractpartijen een 'informational rent' moeten bieden zodat de geïnformeerde partijen geprikkeld worden om de verborgen informatie te onthullen. Dit verhoogt de kosten voor de niet-geïnformeerde partijen waardoor welvaartsverhogende transacties niet tot stand komen.

**...maar concurrentie genereert informatie...**

De kosten van het ontlokken van informatie ontbreken in het concurrentiemechanisme (d.w.z. wanneer er geen rents zijn verbonden aan het voortbestaan van een relatie). Concurrentie op de vrije markt kan de partij met de informatievoorsprong disciplineren. Dit geldt zelfs wanneer inspanningen (input) die effect hebben op de welvaart van de andere bij een transactie betrokken partijen onobserveerbaar zijn voor deze andere partijen, zodat er sprake is van een *missing market* voor deze inspanningen (zie par. 2.2.2).

**...wanneer specifieke investeringen en scheve informatie over kwaliteit product ontbreken...**

Concurrentie werkt disciplinerend en genereert verborgen informatie over het gedrag van partijen wanneer de partijen die betrokken zijn bij de transactie, niet hebben geïnvesteerd in specifieke activa en het product (de output) dat de partij met de informatievoorsprong aanbiedt, verhandeld wordt op een ('spot') markt met vele alternatieve aanbieders van dit product. De kwaliteit van de output hoeft niet verifieerbaar te zijn voor derden (zoals bij een contract tussen opdrachtgever en opdrachtnemer in par. 2.2.2). Wel moet de kwaliteit van het product goed te beoordelen zijn door de vragende partijen die bij de transactie betrokken zijn: er moet sprake zijn van een transparante markt met zogenoemde *search goods*.<sup>13</sup> De partijen die volledig geïnformeerd zijn over de waarde van de output maar onvolledig over de inspanningen van de aanbieder, hebben dan de 'exit'-optie: ze kunnen stemmen met de voeten omdat ze kosteloos kunnen overstappen naar alternatieve aanbieders wanneer ze ontevreden zijn over de geleverde output. Ze gaan alleen een transactie aan als de prijs-kwaliteitsverhouding zodanig is dat de aanbieder beter scoort dan andere aanbieders en de prijs niet te hoog is gegeven de kwaliteit. Zo genereert concurrentie op een transparante markt impliciet informatie over inspanningen van aanbieders, waardoor opportunistisch gedrag van aanbieders wordt afgestraft. In feite verschaft concurrentie informatie over de kwaliteit van niet-verifieerbare, en dus niet contracteerbare, output waardoor geen informatie nodig is over de inspanningen van aanbieders.

Het feit dat concurrentie informatie genereert over de inspanningen van aanbieders is een argument voor het uitbesteden van publieke taken aan concurrerende partijen. Het verschaffen van vouchers aan consumenten, waarbij deze consumenten kunnen kiezen tussen verschillende aanbieders, is één van de manieren om concurrentie tussen verschillende aanbieders te intensiveren.

**...zodat marktwerking optimaal is**

De markt met vrije concurrentie is optimaal bij scheve informatie over input, symmetrische informatie over output en het ontbreken van specifieke investeringen. Zonder specifieke investeringen en *adverse selection* is er geen reden voor de overheid om de uitvoering van publieke taken aan zich te houden. Concurrentie maakt output 'meetbaar'. De uitvoerder van de publieke taak heeft volledige beslissingsvrijheid over de inrichting van het productieproces en kan eigenaar zijn van de gebruikte activa. Het overdragen van de *residual right of control* is dan direct gekoppeld aan het overdragen van de *residual claims*. Naarmate de input van de aanbieder moeilijker meetbaar is, worden de argumenten om de eigendomsrechten aan de aanbieder over te dragen sterker: deze aanbieder heeft namelijk in feite *residual control* (omdat inspanningen niet observeerbaar zijn).

### **Trade-off tussen informatie en specifieke investeringen**

De informatiegenererende capaciteit van concurrentie resulteert in een trade-off tussen, enerzijds, het profiteren van specifieke investeringen die samengaan met het opbouwen van een relatie met een specifieke aanbieder en, anderzijds, het profiteren van de informatiegenererende effecten van concurrentie waardoor opportunistisch gedrag van aanbieders kan worden afgeschaft. Deze trade-off hangt vooral af van de baten van de synergie van specifieke investeringen versus de kosten van opportunistisch gedrag (die samenhangen met de mate van scheve informatie over input).

## **2.2.5 HOLD-UP EN COMMITMENT**

### ***Hold-up***

Een hold-upsituatie (d.w.z. beroven) doet zich voor wanneer een partij in het verleden specifieke investeringen heeft gedaan in de relatie met een andere partij. Nadat deze investeringen zijn verricht, kan de andere partij de investeerder het rendement van zijn investering deels afhandig maken. Dit rendement is immers afhankelijk van het voortbestaan van de relatie tussen beide partijen, omdat de investeringen relatiespecifiek zijn. De investeerder, op zijn beurt, zal dit probleem veelal zien aankomen. Hij zal daarom minder in de relatie investeren en meer in flexibiliteit om op die manier minder kwetsbaar te zijn in onderhandelingen.

### ***Commitment***

*Commitment* is de mogelijkheid van een partij om zich op tijdstip 1 op een geloofwaardige wijze vast te leggen voor haar gedrag op tijdstip 2. Het begrip is hiermee nauw gerelateerd aan het eerder besproken begrip opportunisme: het gevraagde *commitment* is veelal dat een partij zich op tijdstip 2 niet opportunistisch zal gedragen.

Onderhandelingen kunnen niet alleen *ex-post* kosten met zich meebrengen; ook *ex ante* kan de anticipatie op toekomstige onderhandelingen leiden tot aanzienlijk verlies aan doelmatigheid. Dit is het hold-upprobleem. Een partij die een specifieke investering pleegt in de relatie met een ander, maakt zich hiermee meer afhankelijk van die ander. Immers, de opbrengst van die specifieke investeringen is afhankelijk van de bereidheid van de andere partij om de relatie voort te zetten. Die toegenomen afhankelijkheid verzwakt de onderhandelingspositie van degene die veel in de relatie investeert. Een deel van de opbrengsten van de specifieke investeringen dreigt aldus terecht te komen bij de andere partij in de relatie. De investeerder zal deze gang van zaken aan voelen komen. Hij zal dus terughoudend zijn bij het investeren in de relatie omdat hij verwacht slechts een deel van de opbrengst van zijn investeringen terug te zien. Het andere deel van de investeringen komt terecht bij de andere partij, als gevolg van haar versterkte onderhandelingspositie. Men zou ook kunnen spreken van een extern effect: de specifieke investeringen van de één leiden via heronderhandelingen tot voordeel voor de ander. Welvaartsverhogende specifieke investeringen blijven achterwege omdat de baten van specifieke investeringen niet volledig door de investerende partij worden geïnternaliseerd. Dit is het zogenaamde hold-up-probleem. Verder investeren de partijen te veel in het behouden van flexibiliteit

waardoor ze hun onderhandelingspositie versterken. Deze investeringen genereren een negatief extern effect voor de andere contractpartij. Deze investeringen zijn niet gericht op het vergroten van de waarde van de relatie maar op het verkrijgen van een groter deel van de quasi-rents die aan de relatie verbonden zijn. Deze investeringen zijn dan ook verspillend.

Het hold-upprobleem ontstaat op het kruispunt van twee afwijkingen van het ideaalmodel van de bloemenveiling: de specificiteit van investeringen verandert een markt in een onderhandelingsomgeving en het investeringskarakter introduceert volgtijdelijkheid in beslissingen. Deze volgtijdelijkheid leidt tot een probleem van *commitment*. Zou de niet-investerende partij zich *ex ante* kunnen vastleggen op haar onderhandelingsgedrag, dan zou de investeerder zich niet terughoudend op hoeven stellen bij zijn investeringen. Het probleem is echter dat de niet-investerende partij vaak geen feitelijke instrumenten heeft om zich geloofwaardig te committeren aan haar beloften over de toekomstige onderhandelingsstrategie. Dus blijven investeringen in de relatie achter bij het optimum, vaak tot wederzijds nadeel.

Het hold-upprobleem is ook het gevolg van de niet-verifieerbaarheid van de specifieke investeringen. Wanneer de specifieke investeringen verifieerbaar zijn, dan kan de andere partij beloven een gedeelte van de kosten van de investeringen voor haar rekening te nemen. In feite betaalt deze partij de investerende partij een subsidie ten behoeve van de internalisatie van de positieve externe effecten.

## 2.2.6 COMPLETE CONTRACTEN EN EX-ANTE COMPETITIE

### ***Complete contracten...***

Contracten (d.w.z. afspraken) kunnen helpen bij het oplossen van het commitmentprobleem. Deze oplossing werkt wanneer de contractpartijen *ex ante* (d.w.z. voordat de specifieke investeringen plaatsvinden) een compleet contract kunnen sluiten. Zo'n compleet contract legt de rechten en plichten van de contractpartijen in elke relevante situatie vast. Bovendien kan de naleving van het contract worden afgedwongen: de verdeling van rechten en plichten is in elke denkbare situatie zodanig dat het in het belang van elke partij is om het contract ook daadwerkelijk uit te voeren. De beloften van de contractpartijen worden zo geloofwaardig.

### ***...beschermen specifieke investeringen...***

Een dergelijk contract beschermt specifieke investeringen: de verdeling van de baten van de relatie wordt volledig vastgelegd voordat de investeringen plaatsvinden. Dit sluit onderhandelingen uit en hiermee opportunistisch gedrag van de andere contractpartijen nadat een van de partijen in de relatie heeft geïnvesteerd.

### ***...en laten concurrentie om de markt toe...***

Door de complete contracten af te sluiten voordat specifieke investeringen quasi-rents gecreëerd hebben, kan geprofiteerd worden van het concurrentie-



mechanisme. Op dat moment zijn de contractpartijen immers nog niet tot elkaar veroordeeld. Door te dreigen de relatie te verbreken wanneer ze ontevreden zijn over de door de andere partijen geleverde prestaties, kunnen ze elkaar dwingen het achterste van hun tong te laten zien. Zo genereert *ex-ante* concurrentie om de markt informatie over de inspanningen van de contractpartijen. Deze disciplinerende werking van het marktmechanisme bestrijdt opportunistisch gedrag.

De overheid kan bij het uitbesteden van publieke taken profiteren van dit concurrentiemechanisme (Sappington en Stiglitz 1987). Verschillende marktpartijen kunnen dan een aanbesteding doen voor het contract voordat ze de eerste specifieke investering plegen. Er is dan geen concurrentie *op* de markt maar *om* de markt. Onderhandelingen zijn niet nodig omdat alle transacties worden afgewikkeld voordat de relatie begint. De concurrentie tussen de verschillende marktpartijen stelt de overheid in staat de eventuele *rents* die samenhangen met de transacties, naar zich toe te trekken. Hoe groter het aantal potentiële aanbieders, hoe beter de overheid daarin zal slagen.<sup>14</sup>

#### ***...als output goed te definiëren en verifiëren is***

De combinatie van *ex-ante* concurrentie en complete contracten disciplineert de contractpartijen. Voordat de specifieke investeringen plaatsvinden, doet marktwerking haar heilzame werk en hierna wordt deze rol overgenomen door het complete contract. Enerzijds zijn de voorwaarden voor de optimaliteit van *ex-ante* concurrentie om de markt zwakker dan die voor *ex-post* concurrentie op de markt omdat *ex-ante* concurrentie ook goed functioneert bij specifieke investeringen. Anderzijds stelt *ex-ante* concurrentie zwaardere eisen aan de verifieerbaarheid van de door de contractpartijen geleverde prestatie. Zo dient de kwaliteit van het te leveren product *ex ante* (d.w.z. voordat de specifieke investeringen plaatsvinden) te worden gedefinieerd in elke situatie die zich gedurende de gehele duur van de relatie kan voordoen. Verder moet de rechter de kwaliteit van de output kunnen verifiëren om te kunnen bepalen of contractpartijen aan hun verplichtingen hebben voldaan. De rol van het juridische systeem is dan ook groter bij concurrentie om de markt dan bij concurrentie op de markt.<sup>15</sup>

De rechter moet de commitment aan het contract immers kunnen afdwingen. *Ex-ante* concurrentie is dus optimaal wanneer de output *ex-ante* goed te definiëren en *ex-post* goed te verifiëren is, input niet goed te meten zijn en er vele concurrerende aanbieders zijn.

#### ***Output niet maar input wel goed verifieerbaar***

Contracten kunnen het commitmentprobleem ook oplossen als de specifieke investeringen zelf verifieerbaar zijn. In dat geval kan een contract voor de uitvoering van publieke taken specificeren dat de overheid de investeringen betaalt en over deze investeringen beslist. In feite voert de overheid de publieke taken dan zelf uit door op input te sturen.

### 2.2.7 INCOMPLETE CONTRACTEN EN EIGENDOM

#### ***Complete contracten zijn kostbaar...***

Complete contracten zijn kostbaar door verschillende soorten transactiekosten. Voordat een contract wordt afgesloten (*ex ante*) dienen alle mogelijke eventualiteiten te worden geïdentificeerd en beschreven. Dan moet er worden onderhandeld over alle mogelijke eventualiteiten. Vervolgens dienen de rechten en plichten van alle contractpartijen in elke eventualiteit precies te worden omschreven, zodat na afloop door een derde partij (bijv. de rechter) kan worden geverifieerd of de partijen aan hun verplichtingen hebben voldaan. Nadat het contract is afgesloten (*ex post*), moet gemonitord worden of de partijen zich aan het contract houden en dient de naleving van het contract te worden afgedwongen.

De beperkte rationaliteit van de mens, zijn opportunisme en asymmetrische informatie verhogen de transactiekosten. De beperkte rationaliteit (zie ook par. 2.2.3) wreekt zich met name in complexe, onzekere en onoverzichtelijke situaties die zich over een langere periode uitstrekken. In dergelijke omstandigheden is het niet eenvoudig alle eventualiteiten van tevoren te doordenken en eventuele oplossingen met contractpartners vast te leggen. Scheve informatie over de waarde die verschillende partijen aan de transactie toekennen, resulteert in onderhandelingskosten (zie par. 2.2.4). Opportunisme impliceert dat contractpartijen zich alleen aan een contract houden zolang dat in hun belang is. Alleen dan zijn de beloften en afspraken in het contract geloofwaardig. Om dit te bereiken dienen de afspraken zorgvuldig te worden geformuleerd zodat de partijen de ambiguïteit van het contract niet kunnen misbruiken om onder de contractuele verplichtingen uit te komen. Zo'n zorgvuldige formulering van het contract kan aanzienlijke kosten met zich meebrengen. Ook onzekerheid over toekomstige doelen van contractpartijen (en de plichten die ze bijgevolg aan de ander zouden willen opleggen) maken complete contracten duur. Contractpartijen kunnen vaak moeilijk objectief specificeren wat er precies van de andere contractpartij wordt verlangd in elke eventualiteit. Zeker in een dynamische omgeving met snelle technologische ontwikkelingen en snelle maatschappelijke veranderingen is het te leveren product van tevoren nauwelijks goed te specificeren. De criteria op grond waarvan dient te worden beoordeeld of de contractpartijen aan hun verplichtingen hebben voldaan, kunnen van tevoren niet objectief worden omschreven zodat achteraf niet goed kan worden geverifieerd of de verplichtingen daadwerkelijk zijn nagekomen. Omdat bij het beoordelen van de kwaliteit van het geleverde product allerlei subjectieve factoren een rol spelen, kunnen deze criteria vaak zelfs *ex post* niet worden omschreven. Een andere reden waarom een derde partij moeilijk kan nagaan of partijen aan hun verplichtingen hebben voldaan, is niet-verifieerbare informatie, bijvoorbeeld over de kwaliteit van het geleverde product.

Een typisch voorbeeld van de onzekerheid over de in de toekomst te leveren prestaties betreft de politiecommissaris in de middelgrote stad. Hij wordt aangesteld als hoofd van het korps met de opdracht er het beste van te maken. Wat dat

beste precies is, weet op dat moment noch de opdrachtgever noch de opdrachtnemer; en als ze het al weten, kunnen ze dat in ieder geval niet nauwkeurig omschrijven. Als het aantal berovingen uit de hand loopt, is dat zijn eerste prioriteit. Als de politieke mode zegt dat de jeugdcriminaliteit topprioriteit is, dan moet hij daar wat aan doen. Zijn beloning is de promotie, tot politiecommissaris in Amsterdam, precies zoals beschreven in het toernooimodel in paragraaf 2.2.3.

### **...en resulteren in incomplete contracten...**

Transactiekosten resulteren in incomplete contracten. Deze contracten leggen niet vast wat er in elke observeerbare (*ex post*) situatie dient te gebeuren. Dit impliceert dat er na het afsluiten van een dergelijk incompleet contract nog moet worden besloten wat te doen in de eventualiteiten die niet in het contract zijn opgenomen. Het gaat hierbij om activiteiten van de contractpartijen die consequenties hebben voor de andere partijen maar niet in het oorspronkelijke contract waren opgenomen (externe effecten). In feite is er dan sprake van een nieuwe transactie waarbij de contractpartijen weer op een lijn proberen te komen. Deze nieuwe transactie beoogt de externe effecten te internaliseren die nog niet in het incomplete contract waren opgenomen.

Bij deze nieuwe transactie zijn de contractpartijen tot elkaar veroordeeld als ze in een eerder stadium specifieke investeringen hebben gedaan. Williamson noemt dit de ‘fundamentele transformatie’: terwijl de contractpartijen bij het aangaan van de relatie nog de optie hebben met andere partijen in zee te gaan, wordt dit steeds minder aantrekkelijk naarmate de partijen meer specifieke investeringen in de relatie hebben verzonken. Door de specifieke investeringen ontstaan immers quasi-rents, die verdwijnen als de relatie zou worden verbroken.

De combinatie van het incomplete contract en de specifieke investeringen impliceert dat er nu *ex post* (d.w.z. nadat de specifieke investeringen zijn gepleegd) onderhandeld moet worden over de quasi-rents (zie par. 2.2.4). Het incomplete contract heeft deze verdeling namelijk niet *ex ante* (d.w.z. voordat de specifieke investeringen werden gepleegd) vastgelegd. Deze onderhandelingen creëren de ruimte voor conflicten en opportunistisch gedrag: partijen zullen proberen de gaten in het incomplete contract uit te buiten om een groter deel van de quasi-rents (van de oorspronkelijke specifieke investeringen) en van de eventuele baten van nieuwe (in het oorspronkelijke contract) onvoorziene activiteiten naar zich toe te trekken. Dit opportunistische gedrag kan leiden tot een aanzienlijk verlies aan doelmatigheid, niet alleen *ex post* (zie par. 2.2.4) maar ook *ex ante*, als de toekomstige onderhandelingen hun schaduw vooruitwerpen (zie par. 2.2.5 over *hold-up*). In feite kan een aanzienlijk deel van de waarde van de relatie verloren gaan aan conflicten die het gevolg zijn van de gaten in het incomplete contract.

### **...en besturingsmechanismen**

Om deze doelmatigheidskosten te beperken legt het incomplete contract meestal criteria (randvoorwaarden) en het besluitvormingsmechanisme vast waarbinnen de besluitvorming (c.q. de onderhandelingen) over aanpassingen en uitwer-

kingen van het incomplete contract dienen plaats te vinden. Er is dan sprake van een besturingsmechanisme of relationeel contract (*governance structure*) dat het raamwerk vormt voor de onderhandelingen die het contract verder invullen. Een voorbeeld van een dergelijk besturingsmechanisme is de grondwet. Dit incomplete contract, dat alleen de grondprincipes bevat waaraan besluiten moet voldoen, specificeert de rol van verschillende partijen bij verdere besluitvorming. Zo wordt een deel van de beslissingsbevoegdheden gedelegeerd aan de politiek.

### **Eigendom...**

Een relationeel contract kan de beslissingsbevoegdheid ('authority', 'discretie', of 'residual right of control') wat te doen (binnen de randvoorwaarden die reeds in het *ex ante* incomplete contract zijn beschreven) in het geval van in het incomplete contract niet-gespecificeerde eventualiteiten delegeren aan een van de contractpartijen (of aan een derde partij).<sup>16</sup> Soms zal die beslissingsbevoegdheid voor verschillende onderwerpen bij verschillende partijen liggen. Het begrip 'residual right of control' geeft het eigendomsbegrip van fysieke activa economische inhoud (zie Grossman en Hart 1986): een eigenaar van een activum heeft de discretie om met dat activum te doen wat hij wil buiten de restricties van de (incomplete) contracten.

Eigendom verschaft een partij het recht eenzijdig over dat eigendom te beslissen. In eerste instantie is een arbeidscontract een contract waarbij het eigendom over iemands arbeidstijd wordt overgedragen aan de werkgever met als tegenprestatie een van tevoren vastgelegd uurloon. De werkgever mag, binnen allerlei grenzen, beslissen hoe die arbeidstijd wordt ingezet. Hij is gevrijwaard van het hold-upprobleem, omdat het loon in het contract bij voorbaat is vastgelegd.

Een heldere afbakening van eigendomsrechten is lang niet altijd mogelijk. Het arbeidscontract is hiervan een goed voorbeeld. De werkgever mag beslissen over de inzet van die arbeidstijd, maar binnen grenzen die niet altijd eenduidig vastliggen.

### **...en delegatie van beslissingsbevoegdheid krijgen betekenis...**

De combinatie van specifieke investeringen en incomplete contracten geeft betekenis aan het delegeren van taken en beslissingsbevoegdheid in het algemeen en het delegeren van de uitvoering van publieke taken door de overheid aan andere partijen in het bijzonder. De incomplete contracten impliceren immers dat niet alle beslissingen *ex ante* zijn genomen maar dat er ook *ex post* nog keuzeruimte overblijft om de rechten en plichten van de verschillende partijen vast te leggen. De specifieke investeringen (en de daarmee gepaard gaande quasi-rents) impliceren dat beslissingsbevoegdheid waardevol is en dat beslissingen niet door de concurrentie (de exit-optie van de andere partijen) worden afgedwongen. Wie de autoriteit (de 'macht') heeft om te beslissen wat er gebeurt in onvoorziene omstandigheden (zolang er geen nieuw contract wordt afgesloten), kan immers een groter deel van de rents die binnen de relatie ontstaan naar zich toe trekken omdat men een sterkere positie heeft in de onderhandelingen over een eventueel nieuw contract.

**...inclusief het uitbesteden van publieke taken**

Bij complete contracten worden alle beslissingen *ex ante* genomen. De uitbesteding van publieke taken aan een derde partij heeft dan geen betekenis. Het contract legt alle beslissingen van de derde partij immers reeds vast. Hetzelfde geldt voor een situatie waarin wet- en regelgeving alle beslissingen van tevoren vastleggen. Wet- en regelgeving (regulering) vormen in feite een contract dat eenzijdig door de overheid wordt opgelegd: de overheid heeft bij de onderhandelingen over dit 'contract' alle onderhandelingsmacht.

Wet- en regelgeving leggen doorgaans overigens niet alle beslissingen vast en vormen hiermee een incompleet contract. De residuele beslissingsbevoegdheid blijft meestal bij de particuliere sector die vrij is te handelen binnen de randvoorwaarden van het contract. Als de overheid wet- en regelgeving echter zonder kosten kan veranderen, ligt de residuele beslissingsbevoegdheid in feite toch bij de overheid omdat de overheid dan in feite in het geheel niet gebonden is aan wet- en regelgeving.

**Impliciete contracten**

Incomplete contracten resulteren niet alleen in relationele contracten maar ook in impliciete contracten. Hierbij worden alle rechten en plichten niet expliciet vastgelegd in een compleet, verifieerbaar contract maar hebben de contractpartijen wel gezamenlijke (maar niet gecodificeerde en dus niet-verifieerbare) verwachtingen over de manier waarop conflicten over de verdeling van *rents* dienen te worden beslecht. Deze impliciete contracten kunnen niet worden afgedwongen door de rechter. De rechter kan immers niet verifiëren of men zich gehouden heeft aan rechten en plichten die niet zijn omschreven.

Impliciete contracten moeten 'self enforcing' zijn, dat wil zeggen dat het in het belang van de contractpartijen moet zijn zich aan het impliciete contract te houden zonder dat de rechter er aan te pas hoeft te komen. Reputatie (en het verlies van die reputatie als men zich niet aan het impliciete contract houdt) is een belangrijke reden waarom partijen zich aan afspraken houden, zelfs als dat niet in hun kortetermijnbelang is. Reputatie maakt beloften geloofwaardig om in onvoorziene omstandigheden rekening te houden met de belangen van alle bij de relatie betrokken partijen. Reputatie wordt opgebouwd door het 'verantwoord' gebruik van beslissingsmacht. De daden van een agent zijn een signaal voor andere agenten dat de agent met reputatie geen misbruik zal maken van zijn macht. Reputatie is waardevol: het is een activum waaraan *rents* zijn verbonden. Het brengt andere partijen er namelijk toe eerder (d.w.z. tegen een lagere prijs) relaties aan te gaan met een partij die ze vertrouwen. De dreiging van het verlies van reputatie maakt beloften immers geloofwaardig. Reputatie vermindert de spanning tussen flexibiliteit (*ex-post efficiency*) en *commitment* (*ex-ante efficiency*). Een partij met een goede reputatie hoeft geen inflexibel expliciet contract af te sluiten dat in bepaalde onvoorziene eventualiteiten kostbaar is om uit te voeren.

### 2.2.8 EEN TYPOLOGIE VAN TRANSACTIEVORMEN

De analyse in deze paragraaf laat zien dat de klassieke dichotomie markt versus hiërarchie de werkelijkheid niet dekt. De praktijk kent een veelvoud aan transactievormen. In deze paragraaf zullen wij deze multidimensionale werkelijkheid enigszins schematiseren en in een algemener schema samenvatten. Zo ontstaat een beter zicht op de karakteristieken die de effectiviteit van transactievormen bepalen. Contracten kunnen worden onderscheiden langs een aantal dimensies. In deze paragraaf vatten we de transactievormen in vier hoofdvormen samen:

- de veilingmarkt (VM). Op de veilingmarkt wordt alles overgelaten aan het vrije spel van de krachten van vraag en aanbod. Als er aan zowel de vraagzijde als de aanbodzijde maar één partij is, gaat de veilingmarkt over in onderhandeling waarbij de onderhandelingspartijen in het geheel niet zijn gebonden aan eerdere afspraken;
- een afdwingbaar compleet contract (ACC). Deze contracten kunnen door de rechter worden geverifieerd en afgedwongen. Niet-verifieerbare en incomplete informatie kan in afdwingbare contracten niet worden benut, omdat het contract dan niet langer met een beroep op de rechter kan worden afgedwongen. Het contract legt *ex ante* de wederzijdse verplichtingen van de contractpartijen vast in elke situatie die zich *ex post* kan voordoen en door de rechter kan worden geverifieerd. Omdat alle verplichtingen *ex ante* worden vastgelegd, vergen deze contracten *ex post* geen heronderhandelingen. Enerzijds geeft dit de contractpartijen *ex ante* zekerheid over de toekomstige plichten van de andere partij. Anderzijds is het contract relatief inflexibel, omdat het alleen kan worden geconditioneerd op de beperkte informatie die *ex ante* beschikbaar is of gespecificeerd kan worden en *ex post* door de rechter kan worden geverifieerd;
- een zelfhandhavend contract (ZC). Zelfhandhavende contracten zijn niet juridisch afdwingbaar. Zij kunnen hierdoor ook worden gebaseerd op informatie die niet voor derden verifieerbaar is (maar wel observeerbaar voor alle contractpartijen). Tegenover dit voordeel van het gebruik van extra informatie staat het nadeel dat deze contracten alleen zelfhandhavend kunnen zijn op grond van de reputatie van contractpartijen en een verwacht toekomstig surplus in de relatie tussen de contractpartijen. Alleen onder die voorwaarden heeft geen van de contractpartijen er belang bij zich aan de contractverplichtingen te onttrekken; ze verliezen dan immers *rents* die samenhangen met hun reputatie of het voortbestaan van de onderlinge relatie;
- een afdwingbaar incompleet contract (AIC). Dergelijke contracten leggen de in de toekomst te bereiken uitkomst niet van tevoren precies vast, maar bevatten afspraken omtrent de procedures waarlangs in de toekomst over de verdere gang van zaken zal worden besloten. Dit laatste kan bijvoorbeeld door één van de partijen het eigendomsrecht (lees: beslissingrecht) ten aanzien van bepaalde aspecten toe te kennen. Deze procedure is juridisch afdwingbaar.<sup>17</sup> Incomplete contracten geven in een later stadium vaak aanleiding tot hernieuwde onderhandelingen over de ‘gaten’ die het contract heeft opengelaten. Eigendomsrechten hebben dan waarde omdat ze de onderhan-

delingsmacht van de partij met de eigendomsrechten versterken. De eigenaar mag immers beslissen wat er gebeurt als er geen nieuw contract wordt gesloten.

De laatste drie contractvormen veronderstellen een vorm van volgtijdelijkheid: de afspraken worden bij voorbaat (*ex ante*) gemaakt en naderhand (*ex post*) uitgevoerd. De volgtijdelijkheid kan te maken hebben met het beschikbaar komen van informatie (*ex ante* ontbreekt informatie die *ex post* wel beschikbaar is) of het plegen van specifieke investeringen (de investeringen hebben *ex ante* nog niet plaatsgevonden maar *ex post* wel). In contracten worden afspraken gemaakt over input en/of output, conditioneel op de informatie die bij de implementatie van het contract beschikbaar is. *Ex post* zijn de partijen gebonden aan de afspraken die ze *ex ante* hebben gemaakt. Dit onderscheidt contracten van de veilingmarkt, waarbij de partijen in het geheel niet gebonden zijn aan eerdere afspraken.

Incomplete contracten zijn vooral van belang als er van tevoren onvoldoende informatie is om een compleet contract op te schrijven waarin alle toekomstige verplichtingen vooraf worden vastgelegd. Soms is de situatie nog verwarrender en is het zelfs niet mogelijk aan te geven wie wanneer welke beslissing mag nemen. In dat geval zijn eigendomsrechten niet goed te definiëren en ontstaat een incompleet contract. Nagenoeg alles wordt dan open gelaten, omdat vooraf zelfs geen redelijke procedureafspraken kunnen worden gemaakt. We zijn dan in feite terug bij de eerstgenoemde transactievorm, de veilingmarkt, waarbij partijen *ex post* niet zijn gebonden aan eerdere afspraken.

### **Vier uitgangssituaties**

Het aantal relevante omstandigheden is groot: de mate van risicoaversie van koper en verkoper, het aantal kopers en verkopers, de beschikbaarheid van informatie over input en output, over de voorkeuren van koper en verkoper en over de inspanning van beide partijen, de omvang van de specifieke investeringen enzovoort. Voor een helder overzicht beperken wij ons tot de voor ons doel meest relevante omstandigheden.

De overheid is altijd de koper, die dus de output ontvangt. We veronderstellen dat de overheid, gezien haar omvang en haar mogelijkheden om risico's te spreiden, risiconutraal is. De overheid koopt de gewenste producten bij de verkoper, die de input levert. De overheid is monopsonist: ze is de enige koper op de markt.<sup>18</sup>

De verkoper kan zowel een ambtenaar zijn, die zijn arbeidskracht aan de overheid verkoopt, als een aannemer die in opdracht van de overheid een viaduct bouwt. De verkoper kan risicoavers zijn. Zijn input kan de vorm aannemen van specifieke investeringen in de relatie met de overheid. Omwille van de eenvoud laten we specifieke investeringen door de overheid buiten beschouwing.

Tabel 2.1 laat zien dat deze situatieschets, afhankelijk van de risicoaversiteit en de specifieke investeringen van de verkoper, vier mogelijke combinaties oplevert.

Drie van deze vier combinaties worden vervolgens in de daarop volgende tabellen uitgewerkt. De vierde combinatie, waarin de koper zowel risicoavers is als specifieke investeringen verricht, blijft onbesproken. Expliciete theorieën voor dit veld zijn gecompliceerd als complete contracten inefficiënt zijn door het ontbreken van verifieerbare informatie. Praktisch heeft dit veld vanzelfsprekend de meeste relevantie: mensen zijn risicoavers en de meeste activiteiten vereisen specifieke investeringen. Door de combinatie van de tabellen voor beide aanliggende velden valt gelukkig wel het een en ander te zeggen over het ontbrekende veld.

**Tabel 2.1 Vier mogelijke uitgangssituaties voor de verkoper/ambtenaar**

risicoaversie	specifieke investering	
	niet	wel
niet	tabel 2.2	tabel 2.4
wel	tabel 2.3	moeilijk, mengvorm tabel 2.3 en 2.4

#### a Risiconeutraliteit zonder specifieke investeringen

Tabel 2.2 geeft een overzicht van de effectiviteit van de verschillende contractvormen indien de verkoper risiconeutraal is en geen specifieke investeringen in de relatie verricht. Hierbij veronderstellen we dat er slechts één verkoper is, zodat er sprake is van onderhandelingen. Wanneer er veel verkopers zijn (die geen specifieke investeringen plegen, die risiconeutraal zijn en bij wie de kwaliteit van de output voor de koper goed observeerbaar is), dan is de veilingmarkt efficiënt, zelfs *indien* er sprake is van asymmetrische informatie over voorkeuren en input. Concurrentie genereert dan immers informatie over de voorkeuren en de input van de verkopers.<sup>19</sup>

Met betrekking tot de beschikbaarheid van informatie gaan we uit van volgtijdelijkheid. *Ex ante* (d.w.z. achter het ‘gordijn’) is er sprake van symmetrische en onvolledige informatie. Daarna komt er informatie beschikbaar over voorkeuren of input. De tabel onderscheidt verschillende vormen van de dan beschikbare informatie. Op de horizontale as wordt de informatie over de input (gewerkte uren, inzet enz.) weergegeven, op de verticale as de informatie over de output (geleverde onderwijsprestatie, uitgevoerde keuringen, aantal beschikkingen enz.).<sup>20</sup> Input kan voor beide partijen observeerbaar en verifieerbaar zijn (de eerste kolom). De input kan ook niet-verifieerbaar (door een derde partij) zijn (de tweede kolom) of zelfs niet-observeerbaar zijn voor de koper (de derde kolom). Iets dergelijks geldt voor output. Output kan voor beide partijen observeerbaar en verifieerbaar zijn (de eerste rij). Dit laatste vereist dat de kwaliteit van de gewenste output van tevoren in elk denkbare situatie kan worden vastgelegd, zodat er sprake is van complete informatie. Daartegenover staat de situatie waarin de waarde van de output niet verifieerbaar (de tweede rij) is (bijv. omdat de kwaliteit van de output van tevoren kan worden gespecificeerd) of zelfs niet observeerbaar is voor de verkoper (de derde rij).



Tabel 2.2 Verkoper is risiconutraal. Ex ante geen scheve informatie

informatie over output	observeerbaar en verifieerbaar	input observeerbaar maar ex post niet verifieerbaar	niet observeerbaar voor koper
observeerbaar en verifieerbaar	1 VM,O = efficiënt ACC = efficiënt AIC = efficiënt	2 VM,O = efficiënt ACC = efficiënt 'output-stuur' AIC = efficiënt	3 VM,O = inefficiënt ACC = efficiënt 'output-stuur' AIC = efficiënt
observeerbaar maar niet verifieerbaar	4 VM,O = efficiënt ACC = efficiënt 'input-stuur' AIC = efficiënt	5 VM,O = efficiënt ACC = inefficiënt 'vast contract' AIC = efficiënt	6 VM,O = inefficiënt ACC = inefficiënt AIC = efficiënt 'producent eigenaar'
niet observeerbaar voor verkoper	7 VM,O = inefficiënt ACC = efficiënt 'input-stuur' AIC = efficiënt	8 VM,O = inefficiënt ACC = inefficiënt AIC = efficiënt 'afnemer eigenaar'	9 VM,O = naast-best ACC = naast-best AIC = naast-best

Toelichting:

VM,O: VeilingMarkt, Onderhandelingen

ACC: Afdwingbaar Compleet Contract

AIC: Afdwingbaar Incompleet Contract

efficiënt: het beste alternatief

inefficiënt: er zijn betere alternatieven

naast-best: inefficiënt, maar er zijn geen betere alternatieven (indien meerdere vormen naast-best zijn, hangt het van de specifieke omstandigheden af welke vorm de voorkeur verdient)

Tabel 2.2 genereert een aantal belangrijke conclusies.

1 Geen informatieproblemen: equivalentie.

Alle drie transactievormen zijn equivalent wanneer input en output observeerbaar zijn en wanneer input of output verifieerbaar zijn (blokken 1, 2, en 4). Dit sluit aan bij de *remorse logic* en het Hayek-principe in paragraaf 2.1.1.2: zonder informatieproblemen zijn alle organisatievormen gelijkwaardig.

2 Asymmetrische informatie: contracten efficiënter dan veilingmarkt.

Onderhandelingen over contracten vinden *ex ante* plaats wanneer de informatie weliswaar onvolledig maar nog wel symmetrisch is (beide partijen weten even weinig). Door van tevoren afspraken te maken worden kostbare onderhandelingen onder asymmetrische informatie (de ene partij weet meer dan de ander) voorkomen.<sup>21</sup> Omdat er slechts sprake is van een koper en een verkoper, kan er *ex post* geen beroep worden gedaan op het concurrentiemechanisme om informatie boven water te krijgen. In feite neemt het contract de taak van het concurrentiemechanisme over om tot een efficiënte uit-

komt te komen. Een incompleet contract waarin vooraf zaken worden vastgelegd, is dan te prefereren boven een situatie waarin alles aan *ex-post* onderhandelingen wordt overgelaten, omdat het contract kan worden afgesloten *voordat* verkoper en koper hun informatievoorsprong verkrijgen.<sup>22</sup> Dit is het geval wanneer één van de partijen *ex post* imperfect en de andere partij wel goed geïnformeerd is (blokken 3, 6, 7 en 8). Het contract kent alle beslissingsbevoegdheid toe aan de (*ex post*) geïnformeerde partij zodat deze alle *rents* naar zich toe kan trekken. De (ook *ex post*) ongeïnformeerde partij wordt hiervoor *ex ante* gecompenseerd. Dit bedrag correspondeert dan met de waarde van de eigendomsrechten (d.w.z. de beslissingsmacht).

- 3 Symmetrische, niet-verifieerbare informatie: veilingmarkt efficiënter dan complete contracten.

Overigens zijn complete contracten minder efficiënt dan de veilingmarkt wanneer informatie weliswaar symmetrisch maar niet-verifieerbaar is (blok 5). In dat geval is het efficiënter via vrije onderhandelingen in te spelen op nieuwe informatie dan *ex ante* zaken reeds vast te leggen, die daarna niet meer kunnen worden aangepast aan beschikbaar komende, niet-verifieerbare informatie. Zo kunnen afdwingbare complete contracten *ex ante* een vaste transactieprijs afspreken wanneer zowel de input als de output niet-verifieerbaar is. Deze oplossing is echter inefficiënt. Afhankelijk van de afspraken in het contract over de vrijwilligheid van de handel kan er te veel of te weinig handel optreden. Als beide partijen naderhand nog kunnen besluiten om niet te handelen, is er *te weinig* handel. Verplichten zij zich *ex ante* om tegen de vastgestelde prijs te handelen, dan kan er *te veel* handel optreden.

- 4 Complete contracten: input- versus outputsturing.

Efficiënte complete afdwingbare contracten vereisen dat de input of de output verifieerbaar is. Wanneer de input verifieerbaar is (blokken 4 en 7), bepaalt het contract dat de koper de waarde van de input aan de verkoper zal vergoeden wanneer de koper beslist het goed te kopen. De organisatie wordt dan inputgestuurd. Wanneer de output verifieerbaar is (blokken 2 en 3), zal volgens het contract de koper de waarde van de output vergoeden aan de verkoper als de verkoper, nadat de informatie over de kosten van de input beschikbaar is gekomen, besluit het goed te verhandelen. De organisatie wordt nu outputgestuurd. In beide gevallen gaat het dus om een compleet contract, maar met een verschillende inhoud. Dit suggereert dat outputsturing te prefereren is wanneer de output beter observeerbaar is dan de input en vice versa.

- 5 Niet-verifieerbare, symmetrische informatie: incomplete contracten efficiënt. Incomplete afdwingbare contracten zijn efficiënt wanneer een van de twee contractpartijen *ex post* volledig geïnformeerd is. Dit geldt zelfs wanneer niet-verifieerbare informatie efficiënte afdwingbare complete contracten onmogelijk maakt (blokken 6 en 8). Incomplete contracten waarin slechts procedureafspraken worden gemaakt, zijn in die situatie dus efficiënter dan complete contracten. De reden is dat de incomplete contracten flexibeler kunnen reageren op nieuwe informatie dan complete contracten, omdat ze ook kunnen conditioneren op niet-verifieerbare informatie. Incomplete

contracten domineren dus zowel complete contracten (als input of output wel observeerbaar is voor alle contractpartijen maar niet voor een derde partij; blokken 6 en 8) als de veilingmarkt (als alle informatie voor slechts een van de contractpartijen observeerbaar is; blokken 3, 6, 7, en 8).

6 Eigendom naar geïnformeerde partij.

De geïnformeerde partij krijgt in efficiënte incomplete contracten de beslissingsbevoegdheid (lees: de eigendomsrechten) over de prijs. Eenmaal in het bezit van de eigendomsrechten heeft de geïnformeerde partij er belang bij haar informatie zo te benutten dat de waarde van de relatie wordt gemaximaliseerd. In vrije onderhandelingen zullen de eigendomsrechten bij de geïnformeerde partij terecht komen omdat deze partij de hoogste waarde toekent aan deze eigendomsrechten. De verkoper zal in de *ex-ante* onderhandelingen immers de hoogste prijs kunnen bieden voor de eigendomsrechten (lees: de beslissingsbevoegdheid over de prijs) omdat de verkoper, als geïnformeerde partij, *ex post* meer *rents* naar zich toe kan trekken dan de ongeïnformeerde partij.

Als de koper over (mogelijk niet-verifieerbare) informatie beschikt over de input van de verkoper maar de verkoper geen informatie heeft over de waardering van de koper (blokken 7 en 8), bepaalt het contract dat de koper (de geïnformeerde partij) het recht heeft de prijs vast te stellen waarna de verkoper de transactiehoeveelheid kan bepalen. De koper zal de prijs gelijk stellen aan de marginale kosten van de verkoper zolang de marginale kosten lager zijn dan de marginale waardering van de koper. De koper strijkt zo alle *rents* op. De verwachte waarde van het surplus kan in de *ex-ante* onderhandelingen over het contract worden verhandeld. In feite is er sprake van inputsturing omdat de prijs wordt bepaald op grond van de waarde van de input.

Het spiegelbeeldige geval doet zich voor wanneer de verkoper informatie heeft over de waardering van de koper maar de koper niet geïnformeerd is over de input (blokken 3 en 6). In dit geval is het efficiënt om de verkoper beslissingsbevoegdheid te geven over de prijs. De verkoper zal de prijs dan gelijk stellen aan het maximum van de waardering van de koper en de kosten van de verkoper. Alle *rents* komen zo ten goede aan de verkoper. Er is nu sprake van outputsturing. De prijs wordt immers bepaald op grond van de waardering van de output door de koper.

7 Asymmetrische informatie: *trade-offs*.

Geen enkele transactievorm is efficiënt wanneer er asymmetrische informatie is over zowel input als output. Dit geldt zelfs voor incomplete contracten die beslissingsbevoegdheid overdragen. Het hangt van de omstandigheden af welke transactievorm optimaal is. Vandaar dat in de rechterbenedenhoek van de tabel zowel onderhandelingen als de complete en incomplete contracten als naast-best zijn weergegeven. De veilingmarkt is inefficiënt omdat de onderhandelingen tussen partijen met scheve informatie kostbaar zijn. Complete contracten kunnen niet flexibel reageren op nieuwe informatie.<sup>23</sup> Incomplete contracten zijn ook niet efficiënt, omdat de partij met eigendomsrechten niet goed geïnformeerd is. Hierdoor heeft deze partij geen goede prikkels om het surplus van de relatie te maximeren.

Wanneer er sprake is van veel nieuwe informatie over de efficiëntie van de transactie maar deze informatie nauwelijks scheef is verdeeld (d.w.z. nauwelijks invloed heeft op de onderhandelingspositie), zullen veilingmarkten de voorkeur hebben. De voordelen van flexibiliteit zijn immers groot terwijl de onderhandelingskosten door de scheef verdeelde informatie relatief gering zullen zijn. Wanneer er relatief weinig nieuwe informatie over de efficiëntie van de handel beschikbaar komt terwijl er wel sprake is van veel nieuwe informatie die de onderhandelingspositie beïnvloedt, zijn complete contracten te prefereren.<sup>24</sup>

#### 8 Asymmetrische informatie: de waarde van concurrentie.

Concurrentie is een zeer belangrijk hulpmiddel wanneer zowel input als output niet-observeerbaar zijn. Terwijl tussen de overheid en slechts één verkoper geen enkele transactievorm efficiënt is, genereert concurrentie een efficiënte allocatie als er sprake is van veel verkopers. Concurrentie genereert dan informatie (zie par. 2.2.8.d). Concurrentie dwingt de verkopers namelijk informatie te verschaffen over de waarde van de input omdat het achterhouden van deze informatie geen betere prijs oplevert. In het geval van veel verkopers kan de overheid dus beter op concurrentie dan op contracten vertrouwen.

### b Wel risicoaversie, maar geen specifieke investeringen

Waar in tabel 2.2 de symmetrie de boventoon voerde, daar heerst de asymmetrie zodra de verkoper risicoavers is. Een risicoaverse verkoper/ambtenaar impliceert dat efficiëntiewinst kan worden geboekt door het risico zoveel mogelijk te leggen bij de overheid/koper. De verkoper moet waar mogelijk worden gecompenseerd voor zijn input, zodat de verkoper zo min mogelijk wordt geconfronteerd met de risico's aan de outputzijde van de markt (bijv. variatie in marktprijs van de output).

Contracten hebben nu een functie in het verzekeren van de verkoper. De volgtijdelijkheid vindt in dit geval haar oorsprong in onzekerheid. *Ex ante* zijn de contractpartijen nog onzeker over de uitkomst van het productieproces. *Ex post* zijn ze wel geïnformeerd over deze uitkomst. Contractpartijen kunnen van tevoren afspreken dat het risico van deze onzekerheid bij de koper wordt gelegd. Inputcontracten, waarbij de verkoper precies voor zijn input wordt gecompenseerd, hebben de voorkeur boven outputcontracten. Bij inputcontracten krijgt de verkoper immers altijd de waarde van de input vergoed, ook als de geproduceerde output minder waard is.

Onder risiconeutraliteit krijgt de verkoper het volledige marginale product van zijn inspanning. Hij wordt dus optimaal (niet te weinig, maar ook niet teveel) geprikkeld om zich in te spannen. Het outputcontract is voor de verkoper dus geen reden om zijn inspanning (d.w.z. input) te beperken. Indien de verkoper risicoavers is, zal deze echter deels worden betaald via een vast basisloon, zie het principal-agentmodel in paragraaf 2.2. Indien de niet-observeerbare input beïnvloedbaar is, dan zal de werknemer zijn input afstemmen op de lagere marginale beloning. De tabel gaat ervan uit dat de input inderdaad beïnvloedbaar is.

Tabel 2.3 geeft een overzicht van de verschillende mogelijkheden.

**Tabel 2.3 Verkoper is risicoavers**

Informatie over output	input		
	observeerbaar en verifieerbaar	observeerbaar maar niet verifieerbaar	niet-observeerbaar voor koper
observeerbaar en verifieerbaar	1 VM = inefficiënt ACC = efficiënt 'input-stuur' ZC = inefficiënt	2 VM = inefficiënt ACC = naast-best 'output-stuur, princ agent' ZC = naast-best 'Subj perf ev'	3 VM = inefficiënt ACC = naast-best 'output-stuur, princ agent' ZC = inefficiënt
observeerbaar maar niet verifieerbaar	4 VM = inefficiënt ACC = efficiënt 'input-stuur' ZC = inefficiënt	5 VM = naast-best ACC = naast-best 'vast contract' ZC = naast 'subj perf ev'	6 VM = naast-best ACC = naast-best 'vast contract' ZC = naast-best 'output-stuur' 'subj perf'
niet observeerbaar voor verkoper	7 VM = inefficiënt ACC = efficiënt 'input-stuur' ZC = inefficiënt	8 VM = naast-best ACC = naast-best 'vast contract' ZC = naast-best 'input-stuur'	9 VM = naast-best ACC = naast-best 'vast contract' ZC = inefficiënt 'vast contract'

Toelichting:

VM: VeilingMarkt

ACC : Afdwingbaar Compleet Contract

ZC: Zelfhandhavend Contract

inefficiënt: er zijn betere alternatieven

naast-best: inefficiënt, maar er zijn geen betere alternatieven

Deze tabel geeft aanleiding tot een aantal conclusies.

1 Verifieerbare input: contract efficiënt.

Bij een veiling deelt de verkoper in het risico van een ongunstige relatie tussen input en output. Dit is inefficiënt als, in tegenstelling tot de koper, de verkoper/ambtenaar risicoavers is. Het is doelmatiger het risico bij de koper te leggen. Dit is precies wat een inputgestuurd contract bereikt. In zo'n contract legt de koper zich vast om de verifieerbare input te vergoeden aan de verkoper, zelfs als de input weinig output oplevert. Wanneer verkopers risicoavers zijn, kan maximale efficiency dus alleen worden bereikt met inputsturing. Dit is echter vaak onmogelijk omdat input niet goed observeerbaar is.

- 2 Output verifieerbaar en input niet observeerbaar: afweging tussen verzekering en informatie.

Als input niet observeerbaar is, dan zal naar een alternatieve manier van verzekeren moeten worden gezocht. Het geval dat output wel observeerbaar is, levert hier een duidelijk contrast tussen de situatie met en zonder risicoaversie. Zonder risicoaversie zou gekozen worden voor een outputgestuurd contract, zie tabel 2.2. Risicoaversie maakt dit onaantrekkelijk. Verzekering vraagt om een inputgestuurd contract, informatie vraagt om een outputgestuurd contract. Omdat informatie van belang is voor de *incentives* voor de verkoper, resulteert dit spanningsveld tussen verzekering en informatie in een *trade-off* tussen verzekering en *incentives*. Dit is het principal-agent-model uit paragraaf 2.2.2.

- 3 Input wel observeerbaar maar niet verifieerbaar: zelfhandhavende contracten.

Niet-verifieerbare informatie over input kan niet worden gebruikt in een afdwingbaar compleet contract. De informatie over input kan daarentegen wel worden gebruikt in een zelfhandhavend contract, waarin partijen zich aan het contract houden vanwege het verwachte toekomstige surplus dat wordt gegenereerd door voortzetting van de relatie dan wel door de kosten van het reputatieverlies als zij het contract niet zouden naleven; zie de discussie in paragraaf 2.2.3. In dit geval beschermt de reputatie van de koper de verkoper (koper) tegen opportunistisch gedrag van de koper. Op die manier helpt de reputatie van de koper de verkoper te verzekeren.

De *rents* die nodig zijn voor het zelfhandhavend karakter van deze contracten, maken deze contracten kostbaar. Of deze contracten efficiënter zijn dan de veilingmarkt, hangt af van de risicoaversiteit van de verkoper versus de benodigde *rents* voor het zelfhandhavende karakter. De zelfhandhavende contracten zijn te prefereren boven de veilingmarkt als de eerste factor de tweede domineert. Het voordeel van de verzekering weegt dan op tegen het nadeel van de benodigde *rents*. De zelfhandhavende contracten concurreren ook met afdwingbare contracten.

Het voordeel van zelfhandhavende contracten is dat meer informatie (nl. over input) kan worden gebruikt maar het nadeel is dat *rents* de contracten moeten handhaven. De extra informatie over input is van groot belang als de verkoper risicoavers is en gevoelig voor prikkels. In dit geval zullen zelfhandhavende contracten vaak te prefereren zijn boven afdwingbare contracten. Dit is het geval van subjectieve *performance*-beoordeling van paragraaf 2.2.3.

- 4 Asymmetrische informatie: verzekering versus prikkels.

Als input noch output waarneembaar is, dan is de allocatie inefficiënt. De marktoplossing resulteert in te veel risico voor de verkoper. Een vast contract leidt tot te weinig prikkels voor de verkoper om zich in te spannen. Welke transactievorm het meest efficiënt is, hangt af van de mate van risicoaversie van de verkoper en de gevoeligheid van de verkoper voor prikkels. De markt is te prefereren boven een vast contract als de verkoper niet erg risicoavers is maar wel gevoelig voor prikkels.

5 Geen verifieerbare informatie: vaste contracten, markt en hiërarchie. Zonder verifieerbare informatie is de *first-best* niet haalbaar. Er is hierbij een potentiële rol voor alle drie transactievormen: de veilingmarkt, complete (vaste) contracten, en zelfhandhavende contracten (een hiërarchie). Afdwingbare contracten kunnen niet geconditioneerd worden op de ontbrekende informatie. Door dit gebrek aan informatie zal de verkoper zich onvoldoende inspannen en vinden er dus onvoldoende transacties plaats. Het voordeel van vaste contracten is dat de verkoper verzekerd is en dat geen rents nodig zijn om het contract te handhaven. Zonder verifieerbare informatie kan de veilingmarkt weer *naast-best* zijn. De informatiegenererende capaciteit van de markt (en het effect daarvan op de prikkels van de verkoper) kan belangrijker zijn dan het verlies aan verzekering die contracten wel kunnen bieden.<sup>25</sup> Een hiërarchie kan vaak een nuttige rol vervullen bij het opbouwen van reputaties. Een tweede rol voor de hiërarchie is dat deze meer informatie kan genereren over de input (zie par.2.3.5). Hier komen dus eigendomsrechten (over informatie) om de hoek kijken.

**c Geen risicoaversie, maar wel specifieke investeringen**

Hier gaat het om het geval waarin de verkoper specifieke investeringen pleegt. *Ex post* (d.w.z. nadat deze investeringen hebben plaatsgevonden) kan de koper een gedeelte van de quasi-rents van de investeringen opeisen. Dit resulteert in een hold-upprobleem voor de verkoper. Contracten hebben dan de functie om de verkoper te beschermen tegen opportunistisch gedrag van de koper (zie par. 2.2.5 en 2.2.6).

Hier worden verder geen complicaties verondersteld. Zo zijn er *ex ante* geen problemen door scheve informatie bij het onderhandelen over contracten, omdat er *ex ante* sprake is van zeer veel verkopers die concurreren om het contract.<sup>26</sup> Verder zijn zowel de koper als de verkoper risiconutraal, zodat tabel 2.4 (i.t.t. tabel 2.3) spiegelbeeldig is.

Tabel 2.4 geeft aan dat er verschillende mogelijkheden zijn betreffende de beschikbaarheid van informatie. Evenals de tabellen 2.2 en 2.3 bevat tabel 2.4 drie kolommen die drie alternatieve mogelijkheden voor de beschikbaarheid van informatie over de waarde van de input (lees in dit geval: investeringen) weergeven. De investeringen van de verkoper (zowel de waardering van de verkoper als de ingezette middelen) kunnen observeerbaar zijn voor alle relevante partijen (incl. een derde partij; dit is de eerste kolom), alleen de contractpartijen (tweede kolom) of alleen de verkoper zelf (er is dan sprake van particuliere informatie; dit is de derde kolom). De rijen in tabel 2.4 corresponderen met drie vergelijkbare alternatieve mogelijkheden voor de waardering van de output door de koper. Deze informatie kan publieke informatie zijn (eerste rij), beschikbaar zijn voor slechts de contractpartijen (tweede rij) of alleen bekend zijn aan de koper zelf (derde rij).

**Tabel 2.4 Verkoper is risiconeutraal en doet specifieke investeringen: ‘hold-up’**

informatie over output	observeerbaar en verifieerbaar	input observeerbaar maar niet verifieerbaar	niet observeerbaar voor koper
	observeerbaar en verifieerbaar	1 VM = inefficiënt ACC = efficiënt ZC = inefficiënt	2 VM = inefficiënt ACC = efficiënt ‘output-stuur’ ZC = inefficiënt
observeerbaar maar niet verifieerbaar	4 VM = inefficiënt ACC = efficiënt ‘input-stuur’ ZC = inefficiënt	5 VM = naast-best ACC = naast-best ‘vast contract’ ZC = naast-best AIC = naast-best	6 VM = naast-best ACC = naast-best ‘vast contract’ ZC = naast-best ‘output-stuur’ AIC = naast-best
niet observeerbaar voor verkoper	7 VM = inefficiënt ACC = efficiënt ‘input-stuur’ ZC = inefficiënt	8 VM = naast-best ACC = naast-best ‘vast contract’ ZC = naast-best ‘input-stuur’ AIC = naast-best	9 VM = naast-best ACC = naast-best ‘vast contract’ ZC = inefficiënt ‘vast contract’ AIC = naast-best

Toelichting:

- VM: VeilingMarkt
- ACC: Afdwingbaar Compleet Contract
- ZC: Zelfhandhavend Contract
- AIC: Afdwingbaar Incompleet Contract
- inefficiënt: er zijn betere alternatieven
- naast-best: inefficiënt, maar er zijn geen betere alternatieven

Deze tabel genereert de volgende conclusies:

- 1 Verifieerbare informatie: afdwingbare contracten domineren veilingmarkt en zelfhandhavende contracten.  
De veilingmarkt, waarin onderhandelingen in het geheel niet zijn gerespecteerd, is inefficiënt vanwege het hold-upprobleem. De verkoper is onvoldoende beschermd tegen opportunistisch gedrag van de koper en zal dus te weinig specifieke investeringen en te veel investeringen in flexibiliteit plegen. Wanneer er sprake is van verifieerbare informatie, kunnen afdwingbare contracten het hold-upprobleem oplossen. Zelfhandhavende contracten zijn minder efficiënt omdat ze *rents* vereisen. Zelfhandhavende contracten die gebaseerd zijn op onoverdraagbare reputaties, kunnen zelfs in het geheel niet gevestigd worden: een partij kan immers altijd haar reputatie uitmelken en daarna op een compleet contract overstappen.



2 Verifieerbare output: outputgestuurde organisatie.

Als de output verifieerbaar is, kan een afdwingbaar contract op de output geschreven worden. De koper legt zich *ex ante* vast om de waarde van de output uit te betalen aan de verkoper. De verkoper beslist dan over zowel het doorgaan van de transactie als de manier waarop de output zal worden geleverd. De verkoper heeft dus de eigendomsrechten (lees: de beslissingsbevoegdheden), waarbij er sprake is van een outputgestuurde organisatie. Alle *ex-post rents* (en alle risico) gaan naar de verkoper. Deze *rents* kunnen *ex ante* verhandeld worden; de verkoper zal *ex ante* dienen te betalen voor de baten die verbonden zijn aan het eigendomsrecht. Als er vele concurrerende verkopers zijn bij deze *ex-ante* onderhandelingen, zal de koper de *rents* naar zich toe kunnen trekken.

Zowel de koper als de verkoper zijn beschermd tegen opportunistisch gedrag van de andere partij. Het contract (de gecontracteerde output) beschermt de koper tegen opportunistisch gedrag van de verkoper (bijv. het leveren van output met onvoldoende kwaliteit). Het eigendomsrecht (de 'macht') beschermt de verkoper tegen het hold-upprobleem. In feite is hier dus sprake van een combinatie van een afdwingbaar contract over output en een incompleet contract met eigendomsrechten over input. Dit geval kan worden geïdentificeerd met uitbesteding van het productieproces van de koper aan de verkoper.

3 Verifieerbare input: inputgestuurde organisatie.

Een contract kan gesloten worden op de input wanneer deze verifieerbaar is. De koper legt zich contractueel vast om de kosten van de input (lees: investeringen) te vergoeden aan de verkoper. De koper beslist over de transactie en is dus eigenaar. Alle *rents* gaan nu naar de koper. Het contract beschermt de verkoper, die volgens het contract altijd de waarde van zijn input krijgt vergoed. Het eigendomsrecht (de 'macht') beschermt de koper. Er is sprake van een 'inputgestuurde' relatie waarin de koper de baas is. In deze hiërarchie ('verticale integratie') stuurt de koper de activiteiten van de verkoper.

Er is sprake van een afdwingbaar compleet contract over de input en een afdwingbaar incompleet contract met eigendomsrechten over de output.

4 Niet-verifieerbare, symmetrische informatie: rol voor zelfhandhavende contracten.

Zelfhandhavende contracten kunnen naast-best zijn wanneer er weinig verifieerbare maar wel symmetrische informatie is: zowel de koper als de verkoper weten hoe de vork in de steel zit. Afhankelijk van of de input of de output observeerbaar is voor beide contractpartijen, zal het zelfhandhavende contract worden geschreven op de input of de output. Het zelfhandhavende contract kan gecomplementeerd worden met een afdwingbaar contract over zeggenschap en een afdwingbaar vast contract over de aspecten van output of input die wel contracteerbaar zijn. Het is efficiënt de geïnformeerde partij zeggenschap te geven over de transactie. Als bijvoorbeeld de verkoper geïnformeerd is (d.w.z. de informatie over de output is symmetrisch), zal de koper zich vastleggen om de waarde van de output (voorzover contracteerbaar) aan de verkoper te vergoeden. Dit beschermt de verkoper tegen het hold-upprobleem. De verkoper heeft zeggenschap over de transactie en de manier

waarop de output tot stand komt. De reputatie van de verkoper beschermt de koper tegen het leveren van output met onvoldoende kwaliteit. Wanneer de koper geïnformeerd is (d.w.z. de informatie over de input is symmetrisch), kan een impliciet contract geschreven worden op de input. De koper legt zich vast om de kosten van de input aan de verkoper te vergoeden, waarbij de koper beslist over het doorgaan van de transactie. De reputatie van de koper beschermt de verkoper tegen het hold-upprobleem.<sup>27</sup> In dit geval is er sprake van een inputgestuurde, hiërarchische relatie: de koper is de baas (zie hiervoor ook subjectieve *performance*-meting in par. 2.2.3). Dit is het typische geval van een hiërarchische relatie: zowel output als input zijn niet verifieerbaar maar de input is wel observeerbaar door de baas.

5 Niet-verifieerbare informatie: *trade-offs*.

Zonder verifieerbare informatie kunnen afdwingbare contracten geen volledige oplossing meer bieden voor het hold-upprobleem. De verschillende transactievormen kennen nu ieder hun eigen zwaktes. Afdwingbare complete contracten kunnen alleen worden geconditioneerd op verifieerbare informatie. Dit impliceert dat ze niet flexibel genoeg zijn. Afhankelijk van de specifieke invulling kan er te veel of te weinig handel zijn. De veilingmarkt is niet efficiënt vanwege het hold-upprobleem. De verkoper wordt geconfronteerd met een volledig hold-upprobleem. Zelfhandhavende contracten vereisen *rents* die samenhangen met reputaties. Afdwingbare contracten kunnen worden gecombineerd met afdwingbare eigendomsrechten waarbij de eigenaar beslist wat er gebeurt als zich eventualiteiten voordoen die niet in het contract zijn opgenomen. Het toedelen van eigendomsrechten kan niet alle partijen beschermen als een van de partijen niet volledig door de contracten kan worden beschermd. Eigendomsrechten zijn dan schaars. Macht wordt schaars als zowel output als input niet-verifieerbaar zijn en reputatie niet kosteloos is.

6 Eigendom naar kwetsbare partij.

De koper dient meer eigendomsrechten te krijgen als de koper zich in de meest kwetsbare positie bevindt in het afdwingbare complete contract doordat de verkoper een output levert die onvoldoende is (d.w.z. de kwaliteit van de output kan niet goed worden gecontracteerd en de verkoper heeft weinig reputatie te verliezen). De verkoper dient eigenaar te zijn als hij belangrijke niet-verifieerbare investeringen pleegt (d.w.z. de input is niet goed te contracteren) en als de koper weinig reputatie heeft te verliezen. Hiërarchie (een inputgestuurde organisatie waarin de koper de baas is) ligt dus meer voor de hand als de koper veel reputatie heeft te verliezen en als de output niet goed contracteerbaar is. Uitbesteding (een outputgestuurde organisatie waarin de verkoper de baas is over het productieproces) ligt meer voor de hand als de verkoper veel reputatie heeft en als de input niet goed contracteerbaar is. Men kan de trend naar het uitbesteden van publieke taken zien als een antwoord op het verminderen van het vertrouwen in de overheid (de overheid als koper heeft minder reputatie), het verminderen van de contracteerbaarheid van de input (menselijke input zoals kennis en ondernemerschap worden steeds belangrijker), het verbeteren van de contracteerbaarheid van de output, het vergroten van de concurrentie (minder specifieke investeringen)

en het toenemende inzicht dat reputatiemechanismen in de markt (en de particuliere sector) een grote rol spelen.

Soms kan het beter zijn het afdwingbare contract te complementeren met volledig vrije onderhandelingen (binnen de randvoorwaarden die het contract stelt) zonder deze onderhandelingen in te gaan met eigendomsrechten. Dit is het geval wanneer beide partijen kwetsbaar zijn vanwege gebrekkige contracteerbaarheid van zowel input als output en beide partijen ongeveer evenveel reputatie hebben. In een enkel geval kunnen zaken zelfs beter worden overgelaten aan de vrije markt, namelijk wanneer output en input in het geheel niet contracteerbaar zijn en geen van de partijen een reputatie heeft te verliezen.

In dat geval kan het hold-upprobleem niet worden verzacht door contracten. De contracteerbaarheid van de input hangt ook af van het relatieve belang van complementaire investeringen in fysiek kapitaal versus niet-verifieerbare *effort* (input van menselijk kapitaal). Als fysieke, complementaire investeringen belangrijk zijn ten opzichte van menselijke input, dan kan het efficiënt zijn de eigendomsrechten aan de koper toe te delen omdat de input van fysiek kapitaal vaak beter verifieerbaar is dan de input van menselijk kapitaal.

Reputatieargumenten kunnen soms conflicteren met het beschermen van degenen die in het afdwingbare complete contract de meest kwetsbare positie hebben. Dit is het geval wanneer de koper relatief weinig reputatie heeft en de output relatief slecht contracteerbaar is. Dan gaat het om een afweging tussen het beschermen van de koper via de reputatie van de verkoper (de verkoper is eigenaar en dus goed beschermd) of het beschermen van de verkoper via een contract op de input (de koper is eigenaar en dus goed beschermd).

#### 7 Eigendom naar geïnformeerde partij.

Daarbij komen ook argumenten welke partij het beste geïnformeerd is. De heronderhandelingen kunnen 'kostbaar' zijn als de ongeïnformeerde partij (de koper) de beslissingsbevoegdheid heeft. Vaak zullen de argumenten over de contracteerbaarheid en de informatie parallel lopen. Wanneer de output het moeilijkst verifieerbaar is, zal de koper meestal ook de best geïnformeerde partij zijn. Het kan echter zo zijn dat de output wel observeerbaar is voor de verkoper (maar niet voor de rechter) terwijl de input niet goed kan worden geobserveerd door de koper. In dit geval is de verkoper dus het beste geïnformeerd. Dan kan er een conflict zijn tussen eigendomsrecht voor koper en verkoper. Het eigendomsrecht voor de verkoper resulteert in *ex-post* efficiëntie. Het eigendomsrecht voor de koper beschermt de koper tegen opportunistisch gedrag van de verkoper maar in *ex-ante* efficiëntie (d.w.z. de juiste hoeveelheid investering). Dit conflict kan alleen worden opgelost als de verkoper voldoende reputatie heeft om de koper te beschermen.

#### 8 Asymmetrische informatie: belang eigendomsrechten.

Zelfhandhavende contracten zijn niet mogelijk wanneer de contractpartijen de input of output niet goed waarnemen of partijen zich aan het contract houden. Incomplete contracten zijn wel mogelijk, maar heronderhandelingen zullen vaak zeer moeizaam plaatsvinden zodat er geen nieuwe transacties tot stand komen. De toewijzing van de beslissingsbevoegdheid (d.w.z. van eigendomsrecht) is dan zeer belangrijk voor de uiteindelijke allocatie.

**d Concurrentie versus onderhandelingen**

Tabel 2.5 analyseert de effecten van concurrentie door een onderscheid te maken tussen een situatie met een groot aantal verkopers en kopers en een situatie met slechts één verkoper en één koper. De horizontale as geeft de informatie over de input (gewerkte uren, inzet enz.) en de verticale as over de output. Input kan voor beide partijen observeerbaar zijn. Daartegenover staat de mogelijkheid dat de input alleen observeerbaar is voor de verkoper. Output kan voor beide partijen observeerbaar zijn. Het is echter ook mogelijk dat alleen de koper weet welke waarde hij aan de output toekent.

**Tabel 2.5 Concurrentie versus onderhandeling**

informatie over output	input	
	observeerbaar	niet observeerbaar voor koper
observeerbaar	VM,C = efficiënt VM,O = efficiënt 'gedeeld surplus'	VM,C = efficiënt 'concurrentie genereert' 'informatie' VM,O = inefficiënt
niet observeerbaar voor verkoper	VM,C = efficiënt 'concurrentie 'genereert informatie' VM,O = inefficiënt	VM,C = efficiënt 'concurrentie genereert informatie' VM,O = inefficiënt
niet observeerbaar voor koper	VM,C = inefficiënt VM,O = inefficiënt 'adverse selection'	VM,C = inefficiënt VM,O = inefficiënt 'adverse selection'

Toelichting:

- VM,C concurrentie: meerdere verkopers
- VM,O onderhandeling: één verkoper
- inefficiënt: er zijn betere alternatieven
- naast-best: inefficiënt, maar er zijn geen betere alternatieven

Uit deze tabel kunnen de volgende conclusies worden afgeleid:

- 1 Symmetrische informatie: equivalentie.  
Concurrentie heeft geen toegevoegde waarde zolang er sprake is van symmetrische informatie. In beide situaties wordt het surplus gemaximeerd.
- 2 Asymmetrische informatie: concurrentie genereert informatie.  
Onderhandelingen zijn inefficiënt, omdat partijen de onderhandelingen traineren om informatie over het belang van de andere partij boven water te krijgen en op die manier zoveel mogelijk surplus naar zich toe te trekken.<sup>28</sup> Bij gebrekkige informatie creëert concurrentie waarde ten opzichte van onderhandelingen tussen twee partijen. Als er veel marktpartijen zijn, heeft geen enkele partij invloed op de prijs. De partijen hebben er daarom geen belang bij informatie achter te houden om op die manier een betere prijs af te dwingen (zie Fudenberg en Tirole 1992: 279).<sup>29</sup>

### 3 *Adverse selection.*

De veilingmarkt is niet efficiënt als de koper de kwaliteit van de output niet goed kan beoordelen. In dat geval werkt het concurrentiemechanisme niet goed. Efficiënte concurrentie vereist dus transparantie, naast het ontbreken van specifieke investeringen en een groot aantal marktpartijen.

## 2.3 PUBLIEKE EN PRIVATE EIGENDOMSRECHTEN

### 2.3.1 STURING EN ORGANISATIE IN DE PUBLIEKE SECTOR

In paragraaf 2.2 zijn mechanismen en sturingsinstrumenten besproken die kunnen worden ingezet om activiteiten van burgers te coördineren. De besproken schema's kunnen zowel op het sturingsprobleem van de manager van een private onderneming worden toegepast als op het sturingsprobleem van de politiek bij het organiseren van publieke taken. Deze paragraaf past het besprokene toe op de sturings- en organisatieproblemen bij het waarborgen van publieke taken door de overheid. Hoe kan de politiek haar verantwoordelijkheid als hoeder van het publieke belang het beste waarmaken? Is het daarvoor nodig dat zij alle beslissingsmacht aan zich houdt of bestaan er subtielere mechanismen waarmee de overheid de publieke belangen zekerstelt?

In paragraaf 2.2 kwam voortdurend een aantal kernproblemen terug die noopten tot complexere coördinatiemechanismen dan het veilingmechanisme van de vrije markt. Het ging met name om de volgende problemen:

- de kosten van risicoaversie onder onzekerheid: door het risico toe te delen aan de minst risicoaverse partij kan verzekeringswinst worden geboekt;
- de kosten van onderhandelingen bij asymmetrische informatie: door vooraf afspraken te maken over de verdeling van opbrengsten of door de beslissingsbevoegdheid te leggen bij de meest geïnformeerde partij kunnen kostbare conflicten worden vermeden;
- het hold-upprobleem bij specifieke investeringen: door vooraf de verdeling van de opbrengst van specifieke investeringen vast te leggen, zullen partijen de kosten en baten van specifieke investeringen internaliseren;
- averechtse selectie bij onzekerheid over de kwaliteit: door selectie onmogelijk te maken worden goede risico's gedwongen zich ook te verzekeren.

In grote lijnen zijn er drie mogelijke reacties op dergelijke problemen. Soms is de betekenis van de vier problemen te gering of is de verdeling van de kosten over partijen te diffuus om ze met complexe coördinatievormen te verhelpen. Het veilingmechanisme van de vrije markt garandeert dan het best denkbare resultaat. De overheid kan gebruikmaken van het concurrentiemechanisme als sturingsmechanisme bij de uitvoering van de publieke taken; publieke taken worden uitbesteed aan particuliere bedrijven, die concurreren om de uitvoering van de publieke taken. De speelruimte van de concurrerende bedrijven kan eventueel worden beperkt door wet- en regelgeving en fiscale instrumenten gericht op het bevorderen van publieke doelen. Voorbeelden van deze instrumenten zijn milieuregulering of subsidies voor het aannemen van langdurig werklozen.

Zolang voldoende informatie compleet en verifieerbaar is, bestaat een tweede mogelijkheid, zelfs als er sprake is van specifieke investeringen, risicoaverse particuliere agenten en scheve informatie. Verschillende particuliere uitvoerders kunnen aanbestedingen doen voor complete contracten. Zo gebruikt de overheid naast het concurrentiemechanisme ook complete contracten als sturingsmechanisme. Voordat het contract wordt afgesloten, vertrouwt de overheid op concurrentie om de publieke belangen te beschermen. Hierna is er sprake van (tijdelijke) exclusiviteit van het aanbod. De publieke belangen worden dan gewaarborgd in complete contracten waarin de afspraken tussen de overheid en de exclusieve uitvoerder van de publieke taak voor langere tijd zijn vastgelegd. Op deze manier weten beide partijen (de overheid en de uitvoerende partij) waar ze aan toe zijn; alle verplichtingen en rechten van de contractpartijen zijn immers van tevoren vastgelegd in contracten die door de rechterlijke macht kunnen worden afgedwongen.<sup>30</sup>

Deze (complete) contracten lossen de vier hierboven beschreven problemen op. Verzekeringscontracten beschermen risicoaverse uitvoerders tegen onzekerheid. Deze contracten kunnen hierbij worden afgestemd op de feitelijke omstandigheden, zoals in het principal-agentmodel in paragraaf 2.2.2: de omvang van het risico, de mate van risicoaversie van de agent, enzovoort. Verder maken afspraken in complete contracten onderhandelingen gedurende de looptijd van het contract overbodig. Dit bespaart onderhandelingskosten en maakt het hold-upprobleem onklaar. Ten slotte binden verplichte verzekeringscontracten goede risico's.

Meestal maakt de incompleetheid van de informatie het voor de overheid te duur (c.q. onmogelijk) om met een particuliere uitvoerende partij een compleet contract af te sluiten waarin alle publieke belangen volledig worden beschermd. In dit geval krijgt de verdeling van eigendomsrechten (d.w.z. zeggenschap, 'residual control,' of 'macht')<sup>31</sup> betekenis. De eigenaar heeft namelijk het recht om beslissingen te nemen in eventualiteiten die niet in het incomplete contract zijn gespecificeerd en die invloed hebben op publieke belangen.

In deze paragraaf wordt nagegaan welke argumenten een rol spelen bij de beslissing van de overheid om deze beslissingsbevoegdheid op te eisen dan wel te delegeren aan de uitvoerende partij. Hierbij doet zich een aantal mogelijkheden voor. Aan de ene kant van het spectrum kan de overheid de beslissingsbevoegdheid volledig aan zich houden zonder met de uitvoerders veel afspraken te maken in contracten. De overheid is eigenaar en heeft maximale zeggenschap, omdat zij nauwelijks of niet gebonden is aan contracten. Er is sprake van exclusief publiek aanbod door een publieke organisatie die hiërarchisch (verticaal) wordt aangestuurd.

De overheid kan ook meer beslissingen overlaten aan de publieke uitvoerders. De uitvoering wordt dan op 'afstand' van de overheid geplaatst, waarbij de overheid zowel het sturingsinstrument van het contract en de wet- en regelgeving

(waarin de rechten en plichten van de uitvoerder worden vastgelegd) als dat van de hiërarchie gebruikt. De overheid kan alleen in bepaalde omstandigheden ingrijpen in de autonomie van de uitvoerders door gebruik te maken van het instrument van discretionaire bevelen. In andere omstandigheden wordt de uitvoerder vrij gelaten eigen beslissingen te nemen binnen de grenzen van de afgesloten contracten en de wet- en regelgeving. Op deze manier kan de overheid laven tussen *commitment* (d.w.z. het delegeren van bevoegdheden in 'normale' omstandigheden) en flexibiliteit (d.w.z. het ongedaan maken van beslissingen van de uitvoerders in uitzonderlijke omstandigheden). Zo kan de overheid onder normale omstandigheden de Centrale Bank vrij laten bij het voeren van monetair beleid en onder uitzonderlijke omstandigheden de Centrale Bank een openbare aanwijzing geven.<sup>32</sup> Verzelfstandiging is een proces waarbij de overheid meer beslissingen delegeert aan publieke uitvoerders en meer vertrouwt op het sturingsinstrument van contracten en wet- en regelgeving en minder op het sturingsinstrument van de hiërarchie (discretionaire bevelen).<sup>33</sup> Dit vereist dat de overheid zich van tevoren vastlegt op de doelen die de verzelfstandigde eenheid dient na te streven en op de randvoorwaarden waarbinnen de eenheid deze doelen zal moeten nastreven. Naderhand heeft de overheid immers minder bevoegdheden om nog te kunnen ingrijpen. Bij verzelfstandiging blijft er overigens meestal sprake van exclusief aanbod van de publieke uitvoerders, die dus over een monopoliepositie beschikken.<sup>34</sup> Er is sprake van contractering zonder concurrentie op de goederenmarkt.

Aan het andere einde van het spectrum kan de overheid de residuele beslissingsbevoegdheid geheel delegeren aan particuliere uitvoerders. De overheid committeert zich om niet direct in te grijpen in de bedrijfsvoering van de uitvoerders. Hierbij moet de overheid vertrouwen op andere sturingsinstrumenten dan de hiërarchie om publieke belangen veilig te stellen.<sup>35</sup> Tot deze instrumenten behoren regulering, wet- en regelgeving, fiscale instrumenten, contracten en concurrentie. De organisatievraag naar publieke dan wel private uitvoering heeft direct gevolgen voor de sturingsvraag. Door de uitvoering van publieke taken uit te besteden aan particuliere organisaties heeft de overheid namelijk geen beschikking meer over het sturingsinstrument van de residuele zeggenschap.<sup>36</sup> Naast contracten en wet- en regelgeving kan concurrentie tussen verschillende aanbieders op een transparante markt een belangrijk sturingsinstrument zijn om het verlies van het sturingsinstrument van directe zeggenschap op te vangen en de druk op andere sturingsinstrumenten (waaronder contracten en wet- en regelgeving) te verlichten. Zelfs als de kwaliteit van het te leveren product moeilijk contracteerbaar is, zorgt concurrentie tussen verschillende aanbieders ervoor dat aanbieders worden gedisciplineerd (zie par. 2.2.4). Hierbij kan het reputatiemechanisme een belangrijke rol spelen. Naarmate investeringen minder specifiek zijn en de markt transparanter is (symmetrische informatie over output), werken concurrentie- en reputatiemechanismen beter.<sup>37</sup> In veel gevallen zal de overheid een combinatie van verschillende sturingsinstrumenten dienen te gebruiken om het verlies van het sturingsinstrument van residuele beslissingsbevoegdheid op te vangen. Zo zal bij uitbesteding van publieke taken naast con-

currentie vaak ook wet- en regelgeving noodzakelijk blijven om publieke belangen te waarborgen. De sturingsinstrumenten van concurrentie en wet- en regelgeving kunnen elkaar zo ondersteunen bij het waarborgen van publieke belangen als de overheid het sturingsinstrument van residuele beslissingsbevoegdheid uit handen gegeven heeft door de uitvoering van een publieke taak uit te besteden.

De overheid krijgt bij uitbesteding van de publieke taken een grotere ordenende in plaats van presterende rol. In feite wordt de ordenende rol, een kerntaak van de overheid, ontvlecht van de presterende (en ondernemende) rol, die wordt uitbesteed aan de particuliere sector. De overheid concentreert zich zo op haar kerntaken ('core business') van het ordenen van economische activiteiten alsmede het definiëren en beschermen van publieke belangen. Contracten en wet- en regelgeving, waarbij de overheid de randvoorwaarden waarbinnen de particuliere sector beslissingsbevoegdheid heeft voor langere tijd vastlegt, nemen dan de plaats in van discretionaire bevoegdheden om in de uitvoering van publieke taken te kunnen ingrijpen.

Het gaat in deze paragraaf vooral om de organisatievraag: hoeveel beslissingsmacht dient de politiek aan zich te houden door eigendomsrechten te behouden? Evenals de manager van een particuliere onderneming staat de overheid voor een keuze uit drie alternatieven: koopt ze op de veilingmarkt een dienst in zonder gecompliceerde contracten (bijv. de pennen op het bureau van de ambtenaar), sluit ze een contract met een private partij waarbij beide partijen zich voor langere tijd aan elkaar binden en waarin wederzijdse verplichtingen nauwkeurig worden omschreven (bijv. de leverancier van de computers op dat bureau),<sup>38</sup> of verwerft ze zich de eigendomsrechten over bepaalde activiteiten (bijv. de werktijd van de ambtenaar)?

We zullen zien dat dergelijke vragen veelal geen eenduidig antwoord kennen. Het is varen tussen Scylla en Charibdis. Zo geeft de keuze alle beslissingsmacht aan zich te houden ruime mogelijkheden om in een later stadium het beleid bij te stellen, maar deze keuze vermindert wel de prikkel tot doelmatigheid en innovatie in de uitvoering. Met andere woorden: aan het behouden van residuele zeggenschap hangt een prijskaartje; eigendomsrechten zijn niet gratis verkrijgbaar.

We behandelen de volgende argumenten voor het al dan niet aan zich houden van eigendomsrechten (zeggenschap of 'macht') door de overheid:<sup>39</sup>

- 1 de verdeling van informatie over de partijen (par. 2.3.2);
- 2 de elasticiteit en het belang van de niet-verifieerbare specifieke investeringen (par. 2.3.3);
- 3 de potentiële concurrentie tussen particuliere uitvoerders (par. 2.3.3);
- 4 de risicooversie van de partijen (par. 2.3.4);
- 5 de gevolgen van zeggenschap voor de beschikbaarheid van informatie (par. 2.3.5);
- 6 de verdeling van reputatie over de partijen (par. 2.3.6).



### 2.3.2 INFORMATIE EN ONDERHANDELINGSKOSTEN

#### ***Het hold-out probleem: onderhandelingen zijn kostbaar***

Onderhandelingen over (quasi-)rents kunnen lang duren en mede hierdoor kostbaar zijn (zie par. 2.2.8.a). Het kan zelfs zijn dat in het geheel geen overeenstemming wordt bereikt. Deze transactiekosten kunnen met name hoog zijn wanneer sprake is van asymmetrische informatie over de onderhandelingspositie van de potentiële contractpartijen en wanneer er vele partijen bij de onderhandelingen betrokken zijn. De verschillende onderhandelingspartijen zullen dan veel tijd en energie steken in het aftasten van elkaar, zodat een groot deel van de potentiële gezamenlijke winst uit de transactie (de ‘rent’) verloren dreigt te gaan. Dit staat in de literatuur bekend als het hold-outprobleem. In deze gevallen kan het nuttig zijn dat de overheid eigendomsrechten aan zich houdt, zodat zij eenzijdig kan beslissen. Op deze manier worden transactiekosten uitgespaard, doordat overeenstemming sneller tot stand komt. Wij zullen twee argumenten bespreken waarom de overheid eigendomsrechten beter aan zich kan houden om onderhandelingskosten te beperken:

- de overheid is beter geïnformeerd over onderhandelingsposities;
- er zijn niet-voorzienbare externe effecten tussen vele transactiepartners.

#### ***Goed geïnformeerde overheid houdt zeggenschap***

De onderhandelingskosten die samenhangen met gebrekkige informatie over de onderhandelingsposities van de contractpartners, kunnen worden beperkt door de zeggenschap toe te kennen aan de geïnformeerde partij. Door de geïnformeerde partij te laten beslissen worden er geen middelen verspeeld aan het ontlokken van informatie, omdat deze partij precies weet hoeveel de andere partij nodig heeft om het aantrekkelijk te vinden de relatie voort te zetten. Indien de overheid dus meer informatie heeft over de waarde van een relatie dan haar transactiepartner, doet zij er goed aan de eigendomsrechten aan zich te houden om zo de transactiekosten te beperken.

Particuliere partijen die met elkaar kunnen onderhandelen over de eigendomsrechten voordat informatievoordeel van een van de partijen ontstaat, zullen de eigendomsrechten meestal toedelen aan de partij die naderhand over de meeste informatie beschikt. Immers, doordat de meest geïnformeerde partij de eigendomsrechten krijgt, wordt bij de *ex-post* onderhandelingen (d.w.z. de onderhandelingen nadat de eigendomsrechten zijn toegekend) de meest doelmatige uitkomst gerealiseerd. Bij de *a-priori* onderhandelingen over de eigendomsrechten is dan het maximaal denkbare toekomstige surplus beschikbaar. De eigenaar kan de transactiepartner die zijn eigendomsrechten overdraagt dus ruimschoots compenseren.<sup>40</sup> De zeggenschap komt zo terecht bij de partij die de meeste waarde binnen de relatie kan creëren.<sup>41</sup>

In de praktijk zal de overheid zelden een informatievoorspong hebben over onderhandelingsposities ten opzichte van haar transactiepartners. De eisen van de openbaarheid van bestuur, democratische legitimatie, rechtszekerheid en

rechtsgelijkheid maken het welhaast onmogelijk dat een overheidsorgaan een informatiemonopolie handhaaft. De legitimatie van overheidseigendom vloeit dus eerder voort uit de twee andere argumenten, namelijk onvoorziene externe effecten en meerdere potentiële contractpartners.

### ***Overheid houdt eigendomsrechten bij onvoorziene externe effecten tussen vele partijen***

De overheid kan de beslissingsbevoegdheid beter aan zich houden wanneer het belangrijk is snel tot een oplossing te komen van conflicten over de verdeling van *rents* die voortvloeien uit het internaliseren van onvoorziene externe effecten. Hetzelfde geldt voor complexe incomplete contracten, waarin vaak door vele partijen moet worden (her)onderhandeld over wat te doen in onvoorziene omstandigheden, mede in het licht van externe effecten die niet in contracten kunnen worden voorzien (Williamson (1985) spreekt in dit verband over ‘complexity,’ ‘high frequency’ en ‘connectedness’).<sup>42</sup> Het blijft dan belangrijk om flexibel te kunnen blijven reageren op nieuwe omstandigheden zonder hoge onderhandelingskosten te hoeven incasseren.

Wanneer het bij de (niet-contracteerbare) externe effecten gaat om een beperkt aantal spelers in de particuliere sector (bijv. tussen gebruikers van infrastructuur (zie par. 2.4.3) of de uitvoerders van verschillende publieke taken), dan kunnen de transactiekosten bij het internaliseren van deze externe effecten worden beperkt door verschillende activiteiten binnen een groot particulier bedrijf te integreren. Wanneer de niet-contracteerbare externe effecten echter publieke belangen betreffen, is er een reden voor de overheid om residuele beslissingsbevoegdheid aan zich te houden. De niet-contracteerbare externe effecten die de uitvoerder heeft op de publieke belangen, impliceren dan dat het definiëren van de publieke taak (een kerntaak van de overheid) niet goed kan worden ontvlochten van de uitvoering van die taak. In feite zijn de publieke belangen niet goed contracteerbaar (bijv. vanwege incomplete of niet-verifieerbare informatie). Ordenende en presterende taken kunnen dan niet goed van elkaar worden gescheiden en dienen binnen de overheid te worden geïntegreerd (zie hiervoor ook par. 2.4.2.b, voorbeelden 1 en 3).

Eigendomsrechten voor de overheid kunnen ook helpen om competentiegeschillen te voorkomen over wie wanneer waarover mag beslissen. Deze competentiegeschillen treden op wanneer het moeilijk is om eigendomsrechten (d.w.z. ‘residual right of control’) goed te definiëren. Het besparen van onderhandelingskosten is een van de redenen waarom de beslissingen over de omvang van het aanbod van publieke goederen zijn gedelegeerd aan de politiek en niet worden overgelaten aan het particuliere initiatief.<sup>43</sup>

### ***Publieke uitvoering kan besluitvormingskosten beperken...***

Deze overwegingen zijn een argument om publieke taken te laten uitvoeren door de overheid zelf (d.w.z. beslissingsbevoegdheden niet te delegeren aan andere organisaties) wanneer verschillende contractpartijen regelmatig met

elkaar moeten (her)onderhandelen over (quasi-)rents (vanwege het ontbreken van concurrentie, bijv. als gevolg van specifieke investeringen) bij het invullen van incomplete contracten (omdat een complexe, dynamische omgeving het onmogelijk maakt de rechten en plichten voor langere tijd vast te leggen in complete contracten; er treden steeds weer nieuwe, onvoorziene externe effecten op zodat het belangrijk is flexibel te kunnen blijven reageren op nieuwe omstandigheden; de verschillende activiteiten van de contractpartijen zijn dus niet goed van elkaar te scheiden) en wanneer deze onderhandelingen kostbaar zijn (omdat er snel tot oplossingen gekomen moet worden of omdat er veel asymmetrische informatie is over elkaars onderhandelingspositie).

### **...onder twee voorwaarden**

Er zijn echter ook tegenargumenten die de hiervoor genoemde argumenten voor eigendom bij de overheid ontcrachten. In de eerste plaats dient de overheid goed geïnformeerd te zijn over de verschillende externe effecten. In de tweede plaats mag de overheid haar informatievoordeel niet misbruiken; de overheid moet een prikkel hebben om externe effecten ook daadwerkelijk te internaliseren, bijvoorbeeld omdat zij weinig directe belangen heeft, reputatie te verliezen heeft, of goed wordt gecontroleerd door het democratische proces. Beide argumenten worden in het vervolg uitgewerkt.

### **Het verwaarlozen van decentrale informatie**

De overheid moet goed geïnformeerd zijn over de kosten en baten van de verschillende partijen om efficiënte beslissingen te kunnen nemen. Wanneer de overheid slecht(er) geïnformeerd is dan haar transactiepartners, dan gaat deze informatie bij de besluitvorming verloren of kan zij slechts worden benut tegen aanzienlijke *influence costs*: ondergeschikten gaan middelen inzetten om de centrale besluitvorming te beïnvloeden. Deze 'politieke' activiteiten hebben geen productieve waarde, maar zijn enkel gericht op het naar zich toe trekken van een groter gedeelte van de (quasi-)rents (zie Milgrom en Roberts 1992: hfdst. 8).<sup>44</sup>

Het principe dat zeggenschap het beste kan worden toegewezen aan de geïnformeerde partij pleit ertegen beslissingsmacht bij de overheid te concentreren wanneer de overheid slecht geïnformeerd is over de kosten en baten van beslissingen op lagere niveaus. In het kader van arbeidsdeling kan de overheid zich bij een gebrek aan specialistische kennis en informatie (onder meer vanwege *bounded rationality*) het beste beperken tot haar kernactiviteiten. Andere beslissingen kunnen dan het beste gedelegeerd worden aan specialisten op een lager niveau. Deze argumenten voor het uitbesteden van publieke taken worden sterker naarmate specialistische kennis en een ondernemende cultuur belangrijker worden bij het uitvoeren van deze taken. Dit geldt bijvoorbeeld voor veel professionele organisaties.

### **De overheid als malign dictator...**

Een tweede belangrijke voorwaarde voor efficiënte besluitvorming op centraal niveau is dat de overheid haar zeggenschap alsmede haar informatievoorsprong

niet misbruikt. Zo kan de overheid haar macht gebruiken om bepaalde belangengroepen te bevoordelen ten koste van derden in ruil voor politieke steun. Politieke motieven domineren dan economische overwegingen. Een voorbeeld hiervan is het betalen van hoge lonen in staatsbedrijven waarin de werkgelegenheid wordt beschermd om op die manier de politieke steun van ambtenaren en vakbonden te verkrijgen. In feite spannen de politici en de werknemers dan samen ten koste van de belastingbetaler en de consumenten van de publieke diensten. Wanneer publieke taken zijn uitbesteed, worden kruissubsidies ten bate van belangengroepen duidelijker zichtbaar voor de betalende bevolking. De overheid kan immers niet meer gebruikmaken van haar residuele beslissingsbevoegdheid om de kruissubsidies onderhands te verstrekken maar dient de kruissubsidies open en bloot te verstrekken via regelgeving of contracten. Dit maakt het gebruik van politieke macht ten gunste van belangengroepen meestal minder aantrekkelijk. Op deze manier komt uitbesteding de democratische legitimatie ten goede.

### ***...vereist democratische legitimatie***

Om machtsmisbruik van politici en ambtenaren te voorkomen is democratische legitimatie van het overheidsoptreden geboden.<sup>45</sup> Alle betrokken partijen moeten zoveel mogelijk inzicht hebben in de informatie op grond waarvan de overheid haar beslissingen neemt. Er moet helder zicht zijn op de kruissubsidies die de overheid bij het uitvoeren van publieke taken verstrekt aan belangengroepen. *Checks* en *balances*, waarbij partijen met verschillende belangen een rol spelen in de besluitvorming en de beleidsuitvoering, zijn hierbij essentieel. Hierbij kan gedacht worden aan de scheiding tussen de rechterlijke en uitvoerende macht, het bestaan van verschillende toezichthouders op de uitvoering van het beleid en klachtrecht voor burgers die zich door de overheid in hun rechten voelen aangetast. Ook genereert politieke concurrentie informatie over de uitvoering van publieke taken voor de kiezer. In dit verband speelt de journalistiek een belangrijke rol. Dergelijke *checks* en *balances*, gericht op de democratische legitimatie, staan overigens op gespannen voet met de wens om de *influence costs* en de onderhandelingskosten bij politieke transacties te beperken. Het bestrijden van opportunistisch gedrag van beleidsmakers en beleidsuitvoerders gaat echter onontkoombaar gepaard met transactiekosten.

### ***Uitbesteding als middel tegen machtsmisbruik***

Door publieke taken uit te besteden aan partijen met een eenduidige missie bindt de overheid zich om onder normale omstandigheden niet in te grijpen in de uitvoering van bepaalde publieke taken. Door de uitvoering 'op afstand' te plaatsen kan de overheid haar handen in onschuld wassen wanneer belangengroepen haar trachten te bewegen hen een groter deel van de *rents* ten goede te laten komen. Zo kan het uitbesteden van publieke taken machtsmisbruik van politici door een gebrek aan voldoende democratische controle voorkomen (bijv. verborgen kruissubsidies voor politiek invloedrijke groepen) alsmede *influence costs* beperken. Het wordt immers moeilijker voor belanghebbenden om via de uitvoering van publieke taken *rents* naar zich toe te trekken.<sup>46</sup>

Zo wordt de positie van vakbonden en toeleveranciers zwakker in onderhandelingen met organisaties die publieke taken uitvoeren, als die organisaties op grotere afstand van de overheid staan. De overheid zal immers minder snel de budgetrestricties van de uitvoerders van publieke taken oprekken op grond van politieke overwegingen. Het op afstand zetten van de uitvoering van publieke taken is dus een vorm van zelfbinding ('commitment device'). Met een harde budgetrestrictie worden de uitvoerders zo 'normale' bedrijven, die minder vatbaar zijn voor politieke druk van belangengroepen. De uitvoerders van publieke taken kunnen zich concentreren op hun van tevoren gedefinieerde publieke taak (hun 'missie' of 'core business') binnen stabiele randvoorwaarden. De organisatie hoeft dan minder bang te zijn dat de politiek de organisatie lastig valt met bevelen ten bate van andere politieke doelen. Vermenging van verantwoordelijkheden wordt zo voorkomen. Het op afstand van de politiek plaatsen van activiteiten heeft als nadeel dat de overheid minder flexibiliteit bezit bij het internaliseren van onvoorziene externe effecten van de uitbestede taak en dat de onderhandelingskosten toenemen bij pogingen deze externe effecten te internaliseren.

#### **Vaste regels beperken machtsmisbruik en 'influence costs'**

Naast democratisch gelegitimeerde centralisatie van de beslissingsbevoegdheid bij de overheid en decentralisatie naar transactiepartners is er een derde alternatief. Machtsmisbruik van de overheid en *influence activities* kunnen worden voorkomen wanneer de beslissingsbevoegdheid van de overheid wordt beperkt door deze te binden aan vaste regels en procedures. Een voorbeeld zijn rigide salarisschalen voor ambtenaren. Op deze manier committeert de overheid zich om zich niet te laten beïnvloeden door *influence activities*.

#### **Ook rechtsprincipes van belang**

Ook bepaalde rechtsprincipes, zoals rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, beogen machtsmisbruik alsmede de potentiële baten van *influence activities* te beperken. Deze regels verminderen de ruimte waarover de overheid beschikt bij het herverdelen van *rents* tussen verschillende partijen.

Aan een dergelijke strategie van rigide regels en procedures zijn echter kosten verbonden. De uitvoerders van publieke taken zullen zich immers vaak concentreren op het formeel voldoen aan procedures en principes in plaats van nuttige informatie boven water te brengen die de kwaliteit van beslissingen ten goede kan komen. Bij centrale besluitvorming door de overheid bestaat er aldus een *trade-off* tussen het verminderen van *influence costs* en het beperken van onderhandelingskosten enerzijds en anderzijds het boven water krijgen van zoveel mogelijk informatie voor het nemen van weloverwogen beslissingen.

#### **Corruptie bij privatisering en aanbesteding**

De geschiedenis heeft geleerd dat de mogelijkheden voor corruptie een belangrijk argument zijn tegen de transitie van overheids eigendom naar uitbesteding op het moment dat moet worden onderhandeld over de waarde van de dienst die

wordt geprivatiseerd (zie ook Hart e.a. 1997). Bij een publieke dienst worden de mogelijkheden van politici om hun zeggenschap te gebruiken ten eigen bate (cliëntelisme, vriendjespolitiek, corruptie) beperkt door de hiervoor ontworpen regels, zoals het rechtsprincipe van rechtsgelijkheid. Deze regels zijn niet volledig waterdicht, maar bieden een betere garantie dan kan worden geboden op het moment dat een dienst daadwerkelijk wordt geprivatiseerd. Het is niet toevallig dat de regering van Thatcher na een lange periode van privatisering uiteindelijk vooral ten gronde ging aan een serie corruptieschandalen. Bij het verzelfstandigen van overheidsdiensten resulteren politieke compromissen vaak in hoge kosten voor de overheid omdat de overheid gevestigde banken (o.a. van bestaande uitvoerders) uitkoopt. Door hun informatievoorsprong kunnen bestaande uitvoerders *rents* opeisen (de zgn. informatierents).

***Trade-offs: internaliseren externe effecten versus profiteren decentrale informatie...***

Deze paragraaf geeft aan dat er bij de vraag of de overheid beslissingsbevoegdheid aan zich dient te houden sprake is van enkele *trade-offs*. Concentratie van beslissingsbevoegdheid bij de overheid kan enerzijds verhelpen dat coördinatieproblemen optreden bij het verder invullen van incomplete contracten (bijv. bij het internaliseren van in het contract onvoorziene externe effecten) maar kan anderzijds resulteren in inefficiënte beslissingen en *influence activities*, omdat de overheid de specifieke vakbekwaamheid en informatie ontbeert om tot efficiënte beslissingen te komen. Worden beslissingsbevoegdheden daarentegen bij de uitvoerder gelegd, dan kan worden geprofiteerd van de extra specialistische kennis en informatie op dat niveau en kunnen kostbare *influence activities* gericht op het beïnvloeden van de beslissingen van de overheid worden voorkomen. Hier staat echter tegenover dat de uitvoerders vaak een geringere prikkel hebben om externe effecten op andere partijen te internaliseren omdat het directe belangen heeft<sup>47</sup> dan wel onvoldoende geïnformeerd is over deze effecten.<sup>48</sup>

***...en flexibiliteit versus commitment***

De overheid kan door de delegatie van bevoegdheden minder flexibel optreden bij het internaliseren van externe effecten die in het incomplete contract niet voorzien waren. In feite verliest de overheid een sturingsinstrument. De afweging kan dus ook gezien worden als een afweging tussen flexibiliteit en *commitment*. Uitbesteden vermindert de flexibiliteit van de overheid om in te grijpen in de uitvoering maar vergroot haar *commitment* ten opzichte van derden om de uitvoering niet te laten beïnvloeden door oneigenlijke politieke motieven.

Tabel 2.6 recapituleert de argumenten voor en tegen overheidseigendom die in deze paragraaf aan bod zijn gekomen. In de praktijk zijn er nagenoeg altijd argumenten voor en tegen. De keuze in een concrete situatie betreft dus altijd een afweging tussen voor- en nadelen.

**Tabel 2.6 Argumenten voor en tegen overheidseigendom vanuit de informatiebeschikbaarheid**

<b>Argumenten voor overheidseigendom</b>
Informatievoorsprong bij de overheid over omvang <i>rents</i>
Onvoorziene externe effecten (incompleteid/flexibiliteit)
Veel transactiepartners (publieke goederen)
Dreiging corruptie bij aanbesteding en privatisering
<b>Argumenten tegen overheidseigendom</b>
Verlies informatie beschikbaar bij transactiepartners
<i>Influence costs</i> ( <i>commitment</i> )
<i>Malign dictator</i> (democratische legitimatie)
<b>Alternatief</b>
Bindt beslissingsmacht overheid aan vaste regels

### 2.3.3 DE ELASTICITEIT VAN SPECIFIEKE INVESTERINGEN

#### ***Incomplete contracten en hold-up***

De zeggenschap bij het invullen van incomplete contracten ('residual power of control,' d.w.z. de beslissingsbevoegdheid voor beslissingen die niet in contracten zijn vastgelegd) bepaalt mede de verdeling van de (quasi-)rents die voortvloeien uit niet-verifieerbare (en daarom niet-contracteerbare) specifieke investeringen. Deze verdeling heeft consequenties voor de prikkels om deze specifieke investeringen te ondernemen. Een agent die verwacht dat anderen de quasi-rents van zijn specifieke investeringen zullen opeisen nadat zijn investering zijn onderhandelingspositie heeft verzwakt, zal ontmoedigd worden te investeren. Het investeren in flexibiliteit (en daarmee de *ex-post* onderhandelingspositie) wordt daarentegen gestimuleerd, omdat dit de investeerder in staat stelt een groter deel van de waarde van de relatie naar zich toe te trekken. Dit is de kern van het zogenaamde hold-upprobleem, waarbij de verdeling van de kosten of baten van specifieke investeringen niet *ex ante* kan worden vastgelegd in een compleet contract maar afhankelijk is van de *ex-post* onderhandelingsmacht van de verschillende partijen die in de relatie hebben geïnvesteerd (zie ook par. 2.2.5 en subparagraaf 2.2.8.c). Doordat een markt voor de specifieke investeringen ontbreekt, genereert de investeerder dan externe effecten voor andere partijen in de relatie.

#### ***Wie pleegt elastische, belangrijke, niet-verifieerbare investeringen?***

Een institutionele oplossing voor het hold-upprobleem is het toekennen van de zeggenschap aan de partijen die belangrijke, elastische en specifieke investeringen plegen die niet door contracten kunnen worden beschermd omdat zowel de kosten als de baten van de investeringen niet-verifieerbaar zijn. Het is efficiënt om beslissingsbevoegdheden ('macht') toe te delen aan die partijen wiens activiteiten ('investeringen') de meeste waarde creëren in de relatie en wiens activiteiten het minst goed contracteerbaar zijn (bijv. omdat de baten *ex ante* niet goed te voorzien en te specificeren zijn en de kosten niet goed verifieerbaar zijn).<sup>49</sup>

Deze partijen kunnen hun specifieke investeringen immers niet in *ex-ante* complete contracten beschermen. In plaats daarvan moeten ze vertrouwen op hun beslissingsmacht (en het effect daarvan op hun *ex-post* onderhandelingspositie) om hun investeringen *ex post* te kunnen beschermen tegen opportunistisch gedrag van andere contractpartijen. Het eigendomsrecht (en de daarmee gepaard gaande zeggenschap) neemt zo de plaats in van de ontbrekende markt (en het ontbrekende complete contract) voor de niet-verifieerbare investeringen. Zo genereert het eigendomsrecht de benodigde prikkels voor investeringen. Via het eigendomsrecht worden de baten van de niet-verifieerbare investeringen op de maximale manier geïnternaliseerd.

Hier staat tegenover dat zeggenschap juist niet moet worden toegedeeld aan partijen die door niet-verifieerbare investeringen in flexibiliteit negatieve externe effecten kunnen genereren voor de andere contractpartijen. Deze investeringen vernietigen waarde. Door deze partijen beslissingsmacht te ontnemen vermindert men de prikkels voor deze investeringen. Dit kan een argument zijn om eigendomsrechten toe te delen aan de overheid wanneer investeringen niet goed contracteerbaar zijn (bijv. omdat de kwaliteit van de te leveren diensten niet goed te contracteren is, zie Hart e.a. 1997). Dit beschermt de overheid namelijk tegen inefficiënte investeringen van particuliere partijen die er enkel op zijn gericht een groter deel van de rents te verkrijgen, bijvoorbeeld door de kwaliteit van de te leveren diensten te verminderen.

Het is (*ex ante*) in het belang van alle partijen die bij de relatie betrokken zijn, dat de 'macht' wordt toegedeeld aan de partij die de meeste niet-verifieerbare waarde in een relatie creëert en dat de zeggenschap wordt onttrokken aan de partij die niet-verifieerbare waarde vernietigt. Zo genereert de relatie immers de meeste waarde. Bij het afsluiten van het incomplete contract zullen de eigendomsrechten worden verkocht aan de contractpartij die met de zeggenschap de meeste extra waarde kan creëren; deze partij kan de hoogste prijs bieden voor de schaarse beslissingsmacht omdat 'macht' het meeste waard is in de handen van deze partij. Het delegeren van beslissingsmacht (het verkopen van het eigendomsrecht) maakt de belofte van de andere contractpartijen om de baten van belangrijke, niet-verifieerbare investeringen van de eigenaar niet naar zich toe te trekken (c.q. geen niet-verifieerbare investeringen te plegen die de eigenaar schaden), geloofwaardig.<sup>50</sup>

### ***De concentratie van investeringen via verticale integratie***

Het hold-upprobleem bij investeringen in specifieke *fysieke* activa kan worden verholpen door verticale integratie, waarbij de overheid de beslissingsmacht heeft. De overheid wordt zo volledig verantwoordelijk voor zowel de kosten (de input) en de baten (de output) van de specifieke investeringen. Door de overheid als eindgebruiker eigenaar te maken van de specifieke kapitaalgoederen wordt de belangentegenstelling tussen investeerder en gebruiker geëlimineerd en worden alle externe effecten geïnternaliseerd. De beslissingsbevoegdheid voor complementaire kapitaalgoederen (d.w.z. kapitaalgoederen die alleen waar-



de hebben wanneer ze samen worden ingezet) zal dan ook vaak geconcentreerd zijn in een hand. Zo wordt de synergie tussen deze kapitaalgoederen (*economics of scope or scale*) optimaal benut en worden de externe effecten bij niet-contracteerbare investeringen in deze kapitaalgoederen geïnternaliseerd. Bij de uitvoering van publieke taken zal veelal sprake zijn van specifieke kapitaalgoederen omdat de overheid vaak de enige vrager is op de markt voor de goederen die met deze kapitaalgoederen geproduceerd worden.

Deze oplossing vereist wel dat de overheid na de verticale integratie goed zicht krijgt op de kosten van het specifieke kapitaalgoed en de input die nodig is om het te onderhouden en te exploiteren.<sup>51</sup> De eigenaar dient de kosten van alle input immers voor zijn rekening te nemen. Bij investeringen in menselijk kapitaal en bij fysieke activa waarvan onderhoud en gebruik afhankelijk zijn van menselijke input, zal dit veelal niet het geval zijn omdat deze input voor de overheid niet observeerbaar is.

### **Menselijk kapitaal en decentralisatie**

Bij *menselijk* kapitaal (incl. ondernemerschap) is verticale integratie onmogelijk omdat menselijk kapitaal niet kan worden verkocht. Veel input van de eigenaars van menselijk kapitaal is niet contracteerbaar omdat deze input (incl. de investeringen en de input in de productie van kennis) niet goed kan worden geverifieerd, zeker niet bij complexe productie en niet-routinematige activiteiten (zoals ondernemerschap en innovatieve activiteiten gericht op de opbouw van kennis). Concentratie van beslissingsmacht bij de overheid kan dan contraproductief zijn. De zeggenschap wordt dan namelijk weggehaald bij de agenten wiens niet-verifieerbare inspanningen vaak van groot belang zijn voor de waarde die bij de exploitatie van de kapitaalgoederen wordt gegenereerd. Terwijl verticale integratie het hold-upprobleem bij *fysieke* specifieke investeringen kan verminderen (deze investeringen kunnen na verticale integratie immers veelal worden geobserveerd), kan het dit probleem bij investeringen in *intangibile* investeringen (menselijk kapitaal, kennis, ondernemerschap) juist vergroten. Verticale integratie leidt dan tot meer *moral-hazard*-problemen bij het motiveren van ondernemers en werknemers.<sup>52</sup> Het verhindert ook dat een ondernemende cultuur kan worden opgebouwd bij de uitvoerders van publieke taken, zeker in professionele organisaties waarin de centrale overheid weinig zicht heeft op de activiteiten van de uitvoerende professionals.

### **De selective-intervention puzzel**

Het ontbreken van complete contracten is daarom een van de mechanismen die grenzen opleggen aan de grootte van organisaties en de centralisatie van zeggenschap (de inperking van de macht van de 'malign dictator' is een ander). Dit lost de zogenaamde *selective-intervention* puzzel van Williamson (1985) op. Volgens deze puzzel zijn er geen grenzen aan de centralisatie van beslissingsmacht. De hogere autoriteit kan immers beloven alleen in te grijpen wanneer dit tot (*ex ante*) efficiëntere beslissingen leidt. Het probleem is dat deze autoriteit zich niet geloofwaardig kan binden om zich in andere gevallen van interventie te onthouden.

De paradox is dat het ook voor de overheid aantrekkelijk is de beslissingsmacht van de overheid te verminderen. In feite is het verminderen van de beslissingsmacht een manier om beloften om de opbrengsten van specifieke investeringen niet af te nemen en initiatief te belonen, geloofwaardig te maken. Het ontbreken van complete contracten door niet-verifieerbare informatie resulteert dus niet noodzakelijkerwijs in meer hiërarchie en daarmee centralisatie van beslissingsbevoegdheden. Het kan evenzeer resulteren in meer decentralisatie van bevoegdheden aan de uitvoerders van publieke taken, afhankelijk van het belang van niet-verifieerbare menselijke input.

***Trade-off: schaarse beslissingsmacht***

Dit alles resulteert in een spanningsveld tussen verschillende contractvormen of sturingsinstrumenten zoals weergegeven in tabel 2.4 waar meerdere instrumenten naast-best zijn. Enerzijds lost de concentratie van beslissingsmacht bij de overheid coördinatieproblemen op. Anderzijds haalt de concentratie van beslissingsmacht deze macht weg bij anderen, wiens niet-verifieerbare activiteiten van groot belang kunnen zijn. Het toedelen van eigendomsrechten slaagt er daarom bijna nooit in opportunisme volledig uit te sluiten. Meer macht voor de een betekent minder macht voor de ander. De beslissingsmacht voor de overheid is zo het probleem voor haar contractpartners. Macht is een schaars goed: er is niet genoeg beslissingsbevoegdheid om een ieder volledig te beschermen. Dit is de prijs van het onvolledige contract.

Bij het bepalen van de optimale positie op de *trade-off* zijn de complementariteit van de kapitaalgoederen en de waarde van niet-verifieerbare inspanningen van uitvoerders van belang. Voorzover het gaat om niet-specifieke fysieke kapitaalgoederen is het efficiënt om de zeggenschap toe te kennen aan degene wiens niet-contracteerbare activiteiten van het grootste belang zijn voor de waarde die met deze kapitaalgoederen wordt gecreëerd. Naarmate deze kapitaalgoederen specifiek en belangrijker worden (d.w.z. niet gebruikt kunnen worden zonder elkaar, zodat er meer externe effecten zijn) en niet-verifieerbare activiteiten van uitvoerders van minder belang worden voor het creëren van waarde, is er meer voor te zeggen beslissingsbevoegdheid te concentreren bij degene wiens niet-contracteerbare activiteiten de grootste positieve invloed hebben op de waarde die met de gezamenlijke kapitaalgoederen kan worden gecreëerd. Het is efficiënt de eigendomsrechten voor kapitaalgoederen toe te wijzen aan degene wiens niet-verifieerbare activiteiten van het grootste belang zijn voor de productiviteit van de kapitaalgoederen. Als de niet-contracteerbare activiteiten van verschillende partijen belangrijk zijn, hoeft het niet optimaal te zijn om de beslissingsbevoegdheid te centraliseren maar kan het beter zijn iedere partij met een gedeeltelijk hold-upprobleem te confronteren.

***Een voorbeeld: de bouw en exploitatie van infrastructuur***

Een voorbeeld van deze afwegingen betreft de bouw en exploitatie van infrastructuur.<sup>53</sup> Enerzijds is de output van publieke infrastructuur moeilijk te characteren en is specifiek fysiek kapitaal een belangrijke input. Dit pleit voor een

publieke exploitatie zodat de overheid bij de exploitatie haar handen vrij kan houden zonder daarmee een particuliere partij op te zadelen met een groot hold-uprisico. In dit geval kan ook het bouwen in eigen beheer de voorkeur hebben, omdat de bouw ook niet altijd eenvoudig contracteerbaar is. Anderzijds kan niet-verifieerbare input (bijv. ondernemerschap) van groot belang zijn bij de bouw en soms ook bij de exploitatie van de infrastructuur. Dit pleit ervoor de infrastructuur door de private sector te laten bouwen en exploiteren. Naarmate de niet-verifieerbare menselijke input belangrijker wordt ten opzichte van de kapitaalgoederen, zal de rol van de particuliere sector groter kunnen worden. Afhankelijk van de contracteerbaarheid van de bouw versus de exploitatie kan ook een van de twee fasen uitbesteed worden aan een particuliere partij, bijvoorbeeld door de particuliere sector de infrastructuur onder een lease-contract te laten exploiteren.<sup>54</sup>

### ***Trade-off: het politieke primaat versus doelmatige productie***

Een andere *trade-off* is die tussen *ex-ante* en *ex-post* efficiëntie. Het toekennen van beslissingsbevoegdheid aan de overheid (het primaat van de politiek) waarborgt *ex post* allocatieve efficiëntie, doordat de overheid snel en flexibel kan inspelen op onvoorziene externe effecten die niet van tevoren in een contract kunnen worden vastgelegd. De invulling van het publieke belang is dan niet goed te definiëren voordat de specifieke investeringen plaatsvinden. In feite zijn niet-contracteerbare activiteiten van de overheid (nl. het definiëren van het publieke belang) belangrijk in het creëren van waarde in de relatie en is er sprake van aanzienlijk marktfalen. Dit is een argument om de beslissingsbevoegdheid toe te delen aan de overheid.

Daartegenover staat dat dit de beloften van de overheid om de quasi-rents die voortvloeien uit specifieke, niet-verifieerbare investeringen van werknemers en ondernemers te beschermen, minder geloofwaardig maakt (zie Laffont en Tirole 1993: hfdst.17). Dit vermindert de prikkels van de ambtenaar/ondernemer om veel te investeren in de relatie met de overheid en resulteert in minder doelmatige productie en meer X-inefficiency. Wanneer de niet-contracteerbare input belangrijk is, is er in feite sprake van aanzienlijk overheidsfalen. Deze *trade-off* tussen *ex-post* en *ex-ante* efficiëntie kan ook worden gezien als een afweging tussen allocatieve efficiëntie (worden de goederen geproduceerd waaraan de maatschappij behoefte heeft?) en productieve efficiëntie (worden deze goederen tegen de laagste kosten geproduceerd?). De argumenten voor het uitbesteden van publieke taken worden sterker naarmate de politiek zich *ex ante* kan vastleggen op het gewenste product (d.w.z. het primaat van de politiek wordt niet geschaad door het opgeven van flexibiliteit; men weet wat men wil voordat de investeringen worden gepleegd) en niet-verifieerbare activiteiten van de uitvoerders van groter belang zijn voor een doelmatige productie.

### ***Primaat van de politiek waarborgt publieke belangen...***

Er bestaat dus een *trade-off* tussen flexibiliteit (als de overheid veel beslissingsbevoegdheid aan zich houdt) en *commitment* (als de overheid beslissings-

bevoegdheid delegeert). Dit is in feite een *trade-off* tussen overheidsfalen (als de overheid de beslissingsbevoegdheid en daarmee een sturingsinstrument aan zich houdt) en marktfalen (als de overheid de beslissingsbevoegdheid delegeert). Flexibiliteit is belangrijker in een omgeving waarin de overheid *ex ante* niet alle externe effecten kan voorzien en de gewenste kwaliteit van het product niet vooraf kan specificeren. In dit geval kan de overheid middels een contract haar belang niet afdoende beschermen. Het politieke primaat kan dan niet volstaan met het specificeren van een contract maar dient ook enige *ex-post* flexibiliteit te behouden om in te kunnen spelen op onvoorziene omstandigheden.<sup>55</sup> Door beslissingsbevoegdheid aan zich te houden waarborgt de overheid de publieke belangen die niet via een contract kunnen worden beschermd. De beslissingsbevoegdheid geeft haar de mogelijkheid onvoorziene externe effecten te internaliseren, waardoor het marktfalen binnen de perken wordt gehouden. Bovendien ligt de zeggenschap dan bij de partij die het politieke risico kan beheersen.

**...maar ontmoedigt niet-contracteerbare input van uitvoerders**

Tegenover het beperken van marktfalen staat het overheidsfalen. Door de beslissingsbevoegdheid aan zich te houden vermindert de overheid de prikkels voor moeilijk observeerbare inspanningen van de uitvoerders van de publieke taak (zie ook Aghion en Tirole 1997). Het politieke primaat doodt zo het initiatief, de creativiteit en een ondernemende cultuur in de uitvoering. Het beperken van dit overheidsfalen is vooral van belang als de activiteiten van de uitvoerders moeilijk observeerbaar zijn en tegelijkertijd van groot belang zijn voor de kwaliteit van de uitvoering en de verdere verbetering daarvan (innovatie). Het willen behouden van *ex-post* zeggenschap is dan kostbaar: de overheid wint veel in doelmatige uitvoering bij het *ex ante* zorgvuldig definiëren wat men wil, hoe men de publieke taak precies wenst te definiëren, welke missie men de uitvoerder wil meegeven en binnen welke randvoorwaarden deze missie dient te worden uitgevoerd. Het delegeren van residuele bevoegdheden kan zo resulteren in een meer voorspelbare overheid die geleerd heeft haar belangen veilig te stellen in contracten zonder op elk moment zeggenschap te willen houden. Zo zijn de verantwoordelijkheden gescheiden: de overheid definieert het publieke belang en de uitvoerder zorgt ervoor dat deze publieke taak zo efficiënt mogelijk wordt uitgevoerd. De democratische besluitvorming over de vormgeving van de publieke taak dient dan *ex ante* plaats te vinden.

**Contracteerbare output: beslissingsmacht naar investeerder**

De partij die investeert, kan beslissen over de transactie wanneer de output (baten) van de specifieke investering *ex ante* goed te specificeren en *ex post* goed te meten zijn (wanneer deze verifieerbaar<sup>56</sup> zijn) en wanneer de investerende partij goed geïnformeerd is over de link tussen de input en de output. Als de (kwaliteit) van de output goed contracteerbaar (en dus verifieerbaar) is, kan de afnemer zich immers in een contract verplichten de waarde van de output uit te betalen aan de investeerder.<sup>57</sup> Er is dan eigenlijk sprake van een compleet contract geconditioneerd op de waarde van de output. De investeerder kan dan beslissen of de investering doorgang moet vinden. Hij zal dit alleen doen

wanneer de baten de kosten overtreffen. De *rents* (en ook het risico, zie par. 2.3.4) van de transactie komen dan geheel toe aan de aanbieder, die nu *residual claimant* is geworden.<sup>58</sup> Dit komt in feite neer op een langetermijncontract waarin het product (de output) goed te definiëren, te meten en te verifiëren is.<sup>59</sup>

### **Contracteerbare investering: beslissingsmacht naar afnemer**

De partij die baat heeft bij de investering (de afnemer), kan beslissen over de transactie wanneer de kosten van de investering verifieerbaar zijn en wanneer de afnemer goed zicht heeft op de relatie tussen input en output. In dit geval kan de afnemer zich namelijk in een contract binden om deze kosten voor zijn rekening te nemen. De afnemer zal dit alleen doen wanneer de baten de kosten overtreffen. In dit geval komen de *rents* van de transactie geheel toe aan de afnemer. De verwachte waarde van deze *rents* kan overigens voor het aangaan van het complete contract worden verhandeld. Wel ligt in dit geval meer risico bij de afnemer.

### **Publieke taken: sturen op input of output**

Evenals in paragraaf 2.3.2 speelt ook hier het principe dat de geïnformeerde partij de beslissingen neemt. De partij die de activiteiten van de anderen kan verifiëren maar wiens eigen activiteiten niet goed verifieerbaar zijn, dient de beslissingen te nemen. Wanneer de input slecht maar de output goed te contracteren (verifiëren) is, dan dient de investeerder (degene die de kosten voor zijn rekening neemt) te beslissen. Is daarentegen de input goed te contracteren maar de output slecht, dan is het efficiënter dat de afnemer beslist. In het eerste geval stuurt men het contract op de output, in het tweede geval op de input.

Het eerste geval kan worden geïdentificeerd met het uitbesteden van publieke taken. De investerende partij beslist zelf over hoe de publieke taken worden uitgevoerd en heeft dus zeggenschap over wat te doen binnen de restricties van het contract. Naarmate binnen professionele organisaties de input minder goed contracteerbaar wordt (vanwege een informatievoorsprong van de uitvoerders) en informatie- en communicatietechnologie output beter meetbaar en verifieerbaar (en dus contracteerbaar) maakt, zijn de argumenten voor het uitbesteden van publieke taken sterker. Het tweede geval (een inputgestuurd contract waarbij de afnemer beslist) kan worden geïdentificeerd met het door de overheid aan zich houden van die taken, vaak in een ambtelijke hiërarchie. De overheid beslist hoe in de publieke taak zal worden voorzien en heeft dus zeggenschap over wat er moet gebeuren in het geval van zaken die niet in het contract zijn opgenomen. De overheid mengt zich direct in de wijze waarop de publieke taak wordt vervuld, bijvoorbeeld door het vastleggen van allerlei procedures waaraan het productieproces moet voldoen.<sup>60</sup> De overheid wordt bij het al dan niet uitbesteden van taken geconfronteerd met *trade-offs* als noch de output noch de input goed contracteerbaar is. In dit geval zijn contracten fundamenteel incompleet en is er een conflict tussen doelmatige productie en het politieke primaat. Het politieke primaat is dan een kostbaar goed.

### **Concurrentie als sturingsmechanisme**

Deze paragraaf heeft tot nu toe verondersteld dat specifieke investeringen *ex-post* concurrentie op de outputmarkt onmogelijk maken, zodat de overheid de publieke belangen middels contracten en residuele zeggenschap moet veiligstellen. Investerings zijn specifiek als de investeringen alleen kunnen worden ingezet bij de uitvoering van de publieke taken. In sommige gevallen kunnen de investeringen echter ook voor andere doelen worden ingezet, zodat ze niet specifiek zijn voor het uitvoeren van publieke taken. In dit geval kan de overheid een beroep doen op het concurrentiemechanisme om publieke belangen veilig te stellen wanneer de output goed te meten is (geen scheve informatie over output) en de effecten op de publieke belangen verifieerbaar zijn. Outputsturing vereist dan niet noodzakelijkerwijs dat alle output verifieerbaar is.<sup>61</sup> In een transparante, betwistbare markt waarbij de effecten op de publieke belangen verifieerbaar zijn, hoeft de overheid niet bang te zijn dat het toedelen van zeggenschap aan uitvoerders tot opportunisme van deze uitvoerders zal leiden. De dreiging van toetreding disciplineert de uitvoerders. Onder deze omstandigheden is het aanbesteden van publieke taken aan concurrerende particuliere aanbieders geboden. Een exclusief aanbod door een publieke aanbieder ontzegt de overheid de voordelen van de informatiegenererende capaciteit van het concurrentiemechanisme over de activiteiten van de uitvoerders. Hiërarchie is onder dergelijke omstandigheden minder efficiënt dan het marktmechanisme (gecombineerd met wet- en regelgeving om publieke belangen te waarborgen).

Het ontbreken van *ex-post* concurrentie op een transparante, betwistbare markt resulteert overigens niet noodzakelijkerwijs in hiërarchische aansturing van uitvoerders door centralisatie van beslissingsbevoegdheden. Zoals hierboven aangegeven, kan het evenzeer optimaal zijn bevoegdheden te delegeren aan uitvoerders, afhankelijk van het belang van niet-verifieerbare menselijke input. Verder kan *ex-ante* concurrentie ook een rol spelen als er sprake is van specifieke investeringen in het uitvoeren van publieke taken. Dit vereist wel complete contracten (zie par. 2.2.6).

Tabel 2.7 geeft een overzicht van de belangrijkste argumenten voor en tegen overheidseigendom die in deze paragraaf zijn besproken.

**Tabel 2.7 Argumenten voor en tegen overheidseigendom vanuit het hold-upprobleem bij specifieke investeringen**

<b>Argumenten voor overheidseigendom</b>
Publiek belang slecht contracteerbaar (primaat van de politiek)
Publiek belang onzeker (flexibiliteit)
Belang specifieke fysieke investeringen (verticale integratie)
Input beter contracteerbaar dan output (ambtelijke hiërarchie)
<b>Argumenten tegen overheidseigendom</b>
Doelmatige uitvoering ( <i>commitment</i> )
Groot gewicht niet-contracteerbaar menselijk kapitaal
Output goed contracteerbaar (observeerbaar en verifieerbaar)
Transparante, betwistbare markt: output observeerbaar en weinig specifieke fysieke investeringen

#### 2.3.4 RISICOOVERSIE EN VERZEKERING

##### ***Zeggenschap voor risiconeutrale partij...***

Een efficiënte allocatie van risico vereist dat het risico toevalt aan de meest risiconeutrale partij. Dit pleit ervoor de beslissingsbevoegdheid toe te wijzen aan de risiconeutrale partij (zie par. 2.2.8.b). Zeggenschap valt namelijk veelal samen met risico. Terwijl de andere partijen in een relatie beschermd worden door contracten, zijn de kosten en baten van de eigenaar gevoelig voor onvoorziene gebeurtenissen. De ‘residual right of control’ gaat samen met het recht op residueel inkomen, dat meestal nogal onzeker is. Dit geeft de partij met zeggenschap de maximale prikkels om deze risico’s te beheersen en de waarde van de relatie te maximeren.

##### ***...en de partij met veel financiële middelen***

De partij met de zeggenschap dient bij het afsluiten van het incomplete contract waarin de eigendomsrechten aan haar worden toegewezen, de andere partijen te compenseren voor de verwachte waarde van de *rents* die de eigenaar naar zich toe kan trekken doordat hij in latere heronderhandelingen een sterkere positie inneemt. Dit pleit ervoor de eigendomsrechten toe te kennen aan de partij die goedkoop aan financiële middelen kan komen en niet aan partijen die deze middelen alleen tegen hoge kosten kunnen aantrekken.

##### ***De overheid als uitvoerder***

Deze argumenten pleiten in principe tegen het uitbesteden van publieke taken. De overheid heeft immers als vertegenwoordiger van het algemeen belang een gediversifieerde risicoportefeuille en kan zich relatief goedkoop verzekeren. Zij kan desnoods achteraf, nadat de schade is opgetreden, verplichte verzekeringspremies opleggen aan alle burgers door de belastingen te verhogen. Dit laatste gebeurt veelvuldig bij een zeer groot, op de markt onverzekeraar risico, namelijk het conjunctuurrisico.<sup>62</sup>

Politieke risico's, dat wil zeggen onzekerheid omtrent veranderingen in politieke voorkeuren, pleiten ook tegen het uitbesteden van publieke taken. Bij de uitvoering van veel publieke taken is de overheid de enige vragende partij op de markt voor deze taken. Dit maakt investeringen van potentiële aanbieders specifiek voor de relatie met de overheid en hierdoor gevoelig voor politieke risico's; als de vraag vanuit de overheid afneemt, kan de aanbieder zijn kapitaal alleen tegen hoge kosten op andere markten inzetten. Het is onder dergelijke omstandigheden aan te raden de residuele beslissingsbevoegdheid daar te leggen waar deze risico's het beste kunnen worden gedragen en waar ze het beste kunnen worden beheerst, namelijk bij de politiek (zie ook de bespreking van het hold-upprobleem).

***Uitbesteden publieke taken: trade-off tussen lagere risicopremie en doelmatige uitvoering***

De principal-agentliteratuur (zie par. 2.2.2) onderzoekt de afweging tussen verzekering en prikkels, die voortvloeit uit scheve informatie over de daadwerkelijke inspanningen van een risicoaverse agent. De overheid wordt geconfronteerd met dit spanningsveld wanneer de specifieke investeringen (d.w.z. de input) van een risicoaverse partij die de publieke taken uitvoert, niet verifieerbaar zijn. Enerzijds vereisen optimale prikkels voor specifieke investeringen dat het contract wordt geconditioneerd op de uitkomsten van het productieproces (d.w.z. de output; zie par. 2.3.3). Anderzijds draagt de aanbieder meer risico omdat de uitkomsten van het proces niet alleen afhangen van zijn input maar ook van andere factoren, die hij niet kan beheersen. De risicoaverse aanbieder zal daarom een hogere risicopremie eisen. De overheid moet deze hogere risicopremie afwegen tegen de lagere kosten die samenhangen met een doelmatiger uitvoering. De geïnformeerde partij (de uitvoerder) is niet risiconutraal. Er is dus een conflict tussen het toedelen van de eigendomsrechten aan de geïnformeerde partij (de uitvoerder) en het toedelen ervan aan de risiconeutrale partij (de overheid).

***Verschuif onbeheersbare risico's naar overheid door complexe input-gestuurde contracten en maatstafconcurrentie***

Deze afweging kan worden verbeterd door voor de aanbieder moeilijk beheersbare risico's te verschuiven naar de overheid. Het probleem hierbij is dat informatie over welke risico's voor de aanbieder beheersbaar dan wel daadwerkelijk onbeheersbaar zijn, vaak duur is. Contracten waarin alleen de onbeheersbare risico's worden verschoven naar de overheid, brengen daarom ook veel transactiekosten met zich mee en zijn vaak uiterst complex (zie Hall 1997). Hier staat tegenover dat deze kosten zullen dalen naarmate de overheid meer ervaring opdoet met het schrijven van dergelijke contracten. Toezicht kan een belangrijke rol spelen bij het verkrijgen van informatie over de risico's die daadwerkelijk exogeen zijn. Hetzelfde geldt voor maatstafconcurrentie, omdat het gecorrleerde onbeheersbare risico's kan identificeren. Ook reputatiemechanismen helpen om informatie over de beheersbaarheid van risico's, die niet verifieerbaar maar wel observeerbaar is, te gebruiken in impliciete verzekeringscontracten (zie par. 2.3.6). Zowel toezicht als maatstafconcurrentie en reputatie maken contracten in feite meer inputgestuurd en minder outputgestuurd.



Een voorbeeld van complexe contracten die proberen de risico's neer te leggen bij de partij die deze risico's kan beheersen, zijn leasecontracten; hierbij least de overheid specifieke kapitaalgoederen aan een particuliere partij, die deze kapitaalgoederen exploiteert. Op deze manier absorbeert de overheid het risico van een waardeverandering van de specifieke kapitaalgoederen, die vaak samenhangt met politieke risico's. De risico's die samenhangen met de exploitatie van het kapitaalgoed, kunnen beter worden beheerst door de uitvoerende partij die de menselijke input levert (kennis, ondernemerschap). Om de overheid te beschermen tegen onvoldoende prikkels voor de uitvoerende partij om de kapitaalgoederen te onderhouden en te verbeteren (het risico van waardevermindering van de kapitaalgoederen kan ook worden beïnvloed door de particuliere partij), zijn deze contracten vaak complex. Verder moet ook de exploiterende partij beschermd worden tegen het hold-upprobleem als er sprake is van specifieke investeringen in menselijk kapitaal (d.w.z. een gedeelte van het risico dat de particuliere partij loopt, kan niet door deze partij worden beheerst).

### ***De bepalende factoren van de trade-off***

Tabel 2.8 geeft een overzicht van de argumenten pro en contra overheidseigendom. De afweging tussen, enerzijds, een doelmatiger uitvoering bij uitbesteding van de residuele beslissingsbevoegdheid aan de particuliere sector en, anderzijds, een lagere risicopremie bij publieke uitvoering zal in het voordeel van uitbesteding uitvallen naarmate de risico's beter beheersbaar zijn voor de aanbieder, de aanbieder meer risiconutraal is en de risico's beter kunnen worden afgedekt via complexe financiële contracten, maatstafconcurrentie en reputatie.

**Tabel 2.8 Argumenten voor en tegen overheidseigendom vanuit risico-oogpunt**

<b>Argumenten voor overheidseigendom</b>
Risicoaverse transactiepartners
Omvangrijke onbeheersbare, gecorreleerde risico's die niet op de markt verzekeraar zijn
<b>Argumenten tegen overheidseigendom</b>
Grote gevoeligheid van inspanningen van de uitvoerder voor prikkels (moral hazard)
<b>Derde alternatief</b>
Maatstaf concurrentie (risico bij overheid, prikkel bij transactiepartner)

### 2.3.5 EIGENDOMSRECHTEN OVER INFORMATIE

#### *Eigendomsrechten en informatie*

Het delegeren van beslissingsbevoegdheid kan consequenties hebben voor de hoeveelheid informatie die de overheid ter beschikking heeft. De delegatie van bevoegdheden impliceert meestal dat de overheid minder informatie boven water kan krijgen.<sup>63</sup> De gedelegeerde eigendomsrechten hebben dan in feite ook betrekking op informatie; door meer bevoegdheden te delegeren aan een contractpartij krijgt deze partij naast de bevoegdheden ook meer privacy. Door bevoegdheden uit te besteden krijgt de overheid minder bevoegdheden om informatie op te vragen. Bovendien kan de andere partij van haar bevoegdheden gebruik maken om informatie te verdraaien of te verzwijgen. De meeste van de mechanismen die hier worden besproken, zijn al eerder aan de orde geweest. Gegeven het cruciale belang van informatie in deze studie besteden we echter nog apart aandacht aan dit probleem.

#### *Uitbesteding: nadelen minder informatie*

Het creëren van een informatiebarrière tussen de overheid en de uitvoerder van de publieke taak kent zowel voordelen als nadelen. Een nadeel is dat de overheid door gebrek aan informatie de uitvoerende partij minder goed kan sturen via het monitoren van de input. Dit is een probleem als de overheid de aanbieder niet op een andere manier kan disciplineren, zoals bijvoorbeeld via concurrentie (zie par. 2.2.4 en 2.3.3) of complete contracten betreffende de output (zie par. 2.2.6 en 2.3.3).

De informatiebarrière maakt de publieke taak minder goed contracteerbaar. Naast het sturingsinstrument van de residuele beslissingsbevoegdheid heeft de overheid bij uitbesteding dan ook niet de beschikking over het instrument van het contract (of wet- en regelgeving). Dit is met name een probleem als de definitie van de publieke taak nauw verbonden is met de uitvoering van de publieke taak. In dit geval resulteert het ontvlechten van die twee verantwoordelijkheden in hoge transactiekosten bij het contracteren van de externe effecten tussen de overheid en de uitvoerder van de publieke taak (zie ook par. 2.3.2).<sup>64</sup>

#### *Uitbesteding: voordelen minder informatie*

De literatuur identificeert echter ook voordelen die verbonden zijn aan het creëren van een informatiebarrière tussen de overheid en de uitvoerende partij. Shapiro en Willig (1990) gaan uit van een imperfect politiek systeem. Dit impliceert dat politici niet noodzakelijkerwijs het algemeen belang nastreven. In dit geval kan het efficiënt zijn uitvoerende diensten op grotere afstand van de politiek te zetten. Het wordt dan moeilijker voor politici om hun eigen agenda na te streven ten koste van het algemeen belang.

Een ander voordeel van een informatiebarrière tussen overheid en uitvoerder is dat er bij de uitvoering van publieke taken minder ruimte is voor samentenspanning tussen de overheid en belangengroepen ten koste van de belangen van derden (de belastingbetaler en de consumenten van de publieke diensten).

De onderhandelingskosten bij de coördinatie tussen de politici en de belangengroepen nemen immers toe wanneer er scheve informatie is over elkaars onderhandelingspositie (zie par. 2.3.2). Zo wordt het voor politici moeilijker om stemmen te kopen voor kruissubsidies die samenhangen met het uitvoeren van publieke taken. Na privatisering is het bijvoorbeeld moeilijker voor de overheid de voormalige staatsbedrijven te gebruiken om bepaalde belangengroepen te bevoordelen, zoals vakbonden in de publieke sector.<sup>65</sup>

Schmidt (1996) gaat uit van incomplete contracten, zodat de overheid zich niet geloofwaardig kan binden aan een contract dat de quasi-rents van niet-verifieerbare investeringen van de uitvoerende agenten ontziet. In dit geval kan het creëren van een informatiebarrière een belofte om de quasi-rents toe te laten komen aan de investeerders, geloofwaardig maken. Dit stimuleert de uitvoerders om specifieke investeringen te plegen. Op die manier resulteert minder *ex-post* efficiency (door de scheve informatie) in meer *ex-ante* efficiency. In feite zorgt de scheve informatie voor een eigendomsrecht over de baten van specifieke investeringen. Het toekennen van het eigendomsrecht aan de uitvoerder kan optimaal zijn als deze uitvoerder belangrijke niet-verifieerbare investeringen pleegt (zie par. 2.3.3).

Aghion en Tirole (1997) volgen een soortgelijke redenering voor wat betreft de relatie tussen beslissingsbevoegdheid en het beschikken over informatie. Het kan in het belang zijn van de centrale autoriteit een informatiebarrière met ondergeschikten te creëren. Deze informatiebarrière impliceert in feite de geloofwaardige delegatie van beslissingsbevoegdheid aan de ondergeschikten (zie par. 2.3.4). Scheve informatie resulteert aldus in zeggenschap. Door deze impliciete delegatie van beslissingsbevoegdheden creëert de centrale autoriteit een geloofwaardige belofte om de quasi-rents van specifieke investeringen in de handen te laten van de ondergeschikten.

#### ***Uitbesteding: meer informatie door overname markt...***

Het delegeren van publieke taken aan particuliere partijen kan ook extra informatie genereren. Zo genereert de waarde van de aandelen van het particuliere bedrijf informatie over de activiteiten van de uitvoerende partij.<sup>66</sup> Deze informatie wordt niet verstoord door beslissingen van de overheid: de uitvoerende partij is geheel verantwoordelijk voor deze waarde. Partijen in financiële markten hebben ook de nodige *incentives* om deze informatie te vergaren. Deze informatie kan gebruikt worden om prikkels te verschaffen aan managers. Hiernaast is de dreiging van overname van het bedrijf een extra disciplinerend instrument voor het management. Hier staat tegenover dat de overnamemarkt verre van perfect is (zie Yarrow 1985 en Tirole 1990). Bovendien zijn er overnames mogelijk via het politieke proces, maar ook dit proces is imperfect. Kiezers hebben vaak onvoldoende kennis en informatie over de manier waarop de overheid haar diensten bestuurt. Verder worden verkiezingen vaak gedomineerd door andere zaken dan het bestuur van publieke taken.

**...en concurrentie**

Uitbesteding van publieke taken kan ook meer informatie opleveren als er sprake is van concurrentie tussen alternatieve aanbieders. In dit geval genereert de markt informatie zonder dat de overheid het productieproces en de input hoeft te monitoren (zie par. 2.2.4). Concurrentie werkt alleen bij specifieke investeringen als complete contracten *ex-ante* competitie om deze contracten toelaten (zie par. 2.2.6). Informatie over input hoeft dan niet publiek te zijn zolang de output maar contracteerbaar is in complete contracten (zie par. 2.3.3) en de uitvoerder niet met te veel onbeheersbare risico's wordt opgezadeld. In dit geval kan de beslissingsbevoegdheid gedelegeerd worden aan de investeerder (de aanbieder) zonder dat hierbij kostbare informatie voor de overheid verloren gaat. Het eigendomsrecht geeft de aanbieder immers de juiste prikkels om de contracteerbare output tegen de laagste kosten te leveren. Het delegeren van beslissingsbevoegdheid impliceert niet alleen dat de overheid de aanbieder minder goed kan monitoren maar ook dat deze monitoring niet meer nodig is.

**2.3.6 REPUTATIE EN NIET-VERIFIEERBARE INFORMATIE*****Eigendomsrechten bij de partij met een goede reputatie***

Contracten helpen bij de verlichting van alle totnogtoe besproken problemen: onderhandelingskosten, *hold-up* en verzekering. Al deze problemen kennen een element van volgtijdelijkheid, waardoor contracten een nuttige rol spelen; *ex ante* (d.w.z. voordat investeringen plaatsvinden of er meer informatie beschikbaar komt) worden afspraken gemaakt over wat *ex post* (d.w.z. nadat de investeringen zijn gepleegd of informatie beschikbaar is gekomen) dient te gebeuren.

In een economie is veel informatie aanwezig die wel voor beide contractpartijen observeerbaar is, maar tegelijkertijd incompleet en/of niet-verifieerbaar. Dergelijke informatie kan niet worden benut voor een afdwingbaar contract. Desalniettemin zijn er vaak grote economische belangen mee gemoeid deze informatie wel te kunnen benutten in relaties waarin volgtijdelijkheid een belangrijke rol speelt. De arbeidsinspanning van werknemers is bijvoorbeeld nauwelijks verifieerbaar (zie par. 2.2.3). Als deze niet-verifieerbare informatie niet op enigerlei wijze kon worden benut, zouden arbeidsrelaties nauwelijks denkbaar zijn.

Reputaties zijn een centraal mechanisme om dergelijke niet-contracteerbare informatie toch te kunnen benutten. Reputaties maken impliciete, niet-afdwingbare contracten zelfhandhavend (zie par. 2.3). Zo kan opportunistisch gedrag door de incompleetheid van een contract worden voorkomen (d.w.z. het weghalen van de quasi-rents bij de investerende partij) door de beslissingsbevoegdheid te leggen bij de contractpartij die veel reputatie (d.w.z. *rents*) te verliezen heeft (zie par. 2.2.7). Naarmate de overheid beter in staat is een reputatie op te bouwen als een betrouwbare contractpartner, is het nuttiger dat zij eigendomsrechten aan zich houdt.

### ***Wat is de waarde van een reputatie?***

De waarde van een reputatie is gelijk aan de verwachte toekomstige opbrengsten die een organisatie kan realiseren door de reputatie in stand te houden. Naarmate de waarde van die reputatie groter is, zal de organisatie minder geneigd zijn het kortetermijnvoordeel (opportunistische) te laten prevaleren boven de waarde van de reputatie.

Organisaties die veel handelen, zichtbaar zijn in de markt en een lange horizon hebben, hebben veel baat bij hun reputatie. Voor hen vertegenwoordigt de reputatie dus een grote waarde (zie Holmstrom en Tirole 1989).<sup>67</sup> De horizon van agenten wordt verlengd als ze eigenaar zijn van verhandelbare financiële titels, zoals aandelen. De waarde van deze titels hangt namelijk mede af van de *rents* die samenhangen met de reputatie van een bedrijf. Zo kunnen reputaties zelfs worden overgedragen van de ene generatie bestuurders van een bedrijf naar de volgende. Deze mogelijkheid van intergenerationele overdracht is een belangrijke bestaansgrond voor bedrijven ('firms are reputation carriers').

Hiernaast is de soort markt waarin een organisatie opereert van belang. Als in de betreffende markt informatie goed verifieerbaar is, dan kan die organisatie makkelijk terugvallen op complete contracten. Het verlies van reputatie is dus geen grote schadepost. In dergelijke markten zijn reputaties dus minder waard.

Ten slotte is de mate van concurrentie van belang. Naarmate er meer concurrentie is op een transparante markt (d.w.z. de informatie is wel observeerbaar), kan een contractpartner makkelijker uitwijken naar een andere aanbieder en zal de organisatie met een goede reputatie dus voorzichtiger zijn die reputatie te grabbel te gooien. Verloren klanten keren nooit meer terug. Kortom: keuzevrijheid en concurrentie voor klanten maken de reputatie van de leverancier waardevol.<sup>68</sup> Ook in dit verband speelt concurrentie dus een belangrijke rol als sturingsmechanisme.

### ***Hoe worden reputaties opgebouwd?***

De opbouw van reputaties verloopt omgekeerd aan het proces dat hun waarde bepaalt. Een organisatie bouwt een grotere reputatie op naarmate zij meer kortetermijnvoordeel laat schieten omwille van haar reputatie. Een organisatie met veel mogelijkheden om klanten te bedriegen (bijv. omdat zij niet-verifieerbare informatie gebruikt) en die dit desalniettemin niet doet, bouwt snel een grote reputatie op. Naarmate er dus meer (quasi-)rents zijn (en dus minder concurrentie), kan een organisatie het zich meer veroorloven een reputatie op te bouwen. Door deze rents te gebruiken om in reputatie te investeren, verschuift de organisatie deze rents in feite naar de toekomst.

Verder zijn verschillen in informatieoverdracht tussen groepen burgers van groot belang. Een voorbeeld is het functioneren van een advocatenkantoor. Dergelijke kantoren fungeren als een reputatiemechanisme. Vennoten opereren grotendeels voor eigen rekening. Echter, informatie over de kwaliteit van een

advocaat wordt binnen de beroepsgroep gemakkelijker overgedragen dan tussen de beroepsgroep en zijn klanten. Wanneer nu advocaten zich bundelen in een advocatenkantoor, kan de reputatie van de ene vennoot worden gebruikt als marketing instrument voor de ander. Vennoten staan met de gemeenschappelijke reputatie van hun kantoor voor elkaar in. Het reputatiemechanisme speelt zo een belangrijke rol in professionele organisaties.

### ***Ontbrekende financiële markten en de reputatie van de overheid***

De overheid heeft moeite met het opbouwen van een reputatie. De overheid ontbeert een waarde op de aandelenmarkt die mede aangeeft hoe betrouwbaar de overheid als transactiepartner is en wat de consequenties hiervan zijn voor de transactiekosten (zie ook Tirole 1994). De effecten van onbetrouwbaar gedrag op de reputatie van de overheid (en hiermee op de kosten van contracten met de particuliere sector) worden dus niet goed zichtbaar. Daarom zijn politici soms geneigd vooral op kortetermijnsuccessen te letten. Kiezers hebben vaak minder grote prikkels om informatie over de gevolgen van onbetrouwbaar gedrag boven water te halen dan participanten op financiële markten.

### ***Trade-off: langetermijncommitment en democratische legitimatie***

Naast het ontbreken van transparante financiële markten waar reputaties verhandeld kunnen worden, heeft de overheid te maken met een spanningsveld tussen het opbouwen van een reputatie voor het zich houden aan beloften (d.w.z. rechtszekerheid) enerzijds en het principe van de democratische legitimatie anderzijds. Politieke besluitvorming is in zekere zin het ultimatum van incompleetheid. Wij weten niet wat de dag van morgen brengt. De democratische legitimatie van politiek gezag door de stem van de kiezer is daarom altijd tijdelijk. Ook de inperking van de macht van de ‘malign dictator’ vereist regelmatig verkiezingen. De nieuwe generatie politici ontleent geen gezag aan het overeind houden van de beloften van haar voorgangers. De horizon van de politiek is daarom per definitie kort. Al deze factoren bemoeilijken de mogelijkheden voor de politiek om zich geloofwaardig te binden aan beloften, zeker wanneer politieke sentimenten niet stabiel zijn. Het voorkomen van opportunistisch gedrag van politici ten opzichte van de kiezers en de incompleetheid van politieke besluitvorming vergroot aldus de mogelijkheid voor opportunistisch gedrag van de overheid versus particuliere contractpartijen.

### ***Trade-off: opbouw reputatie en rechtsprincipes***

Ook langs een andere weg wordt de overheid gehinderd in het opbouwen van een reputatie. In paragraaf 2.3.2 is besproken hoe rechtsprincipes bijdragen aan het aan banden leggen van de macht van de *malign dictator*. Doordat de macht van de overheid op deze manier is ingeperkt, wordt haar ook de mogelijkheid ontnomen een reputatie op te bouwen. Wie gedwongen wordt tot een actie, kan nooit de reputatie opbouwen dat hij dat ook uit vrije wil zou doen.

**Trade-off: flexibiliteit en commitment**

Zo ligt er opnieuw een *trade-off* tussen enerzijds *ex-post* efficiëntie (het waarborgen dat politici op elk moment handelen conform de voorkeuren van de kiezer) en *ex-ante* efficiëntie (het waarborgen dat particuliere partijen niet ontmoedigd worden waardevolle investeringen te plegen en initiatief te tonen). Naarmate het politieke proces beter werkt en kiezers meer zicht hebben op opportunistisch gedrag van politici, kan politici worden toegestaan zich te binden voor langere perioden; er is dan een minder groot conflict tussen democratische legitimiteit (flexibiliteit, *ex-post* efficiëntie) en doelmatige productie (*commitment*, *ex-ante* efficiëntie). De kosten van het aangaan van impliciete contracten met de particuliere sector zullen dan lager liggen: particuliere partijen zullen niet langer alleen hoeven te vertrouwen op expliciete, complete contracten die gebaseerd moeten zijn op verifieerbare informatie om hun belangen te beschermen in relaties met de overheid.

**Uitbesteding als instrument voor commitment**

Het feit dat de overheid zich moeilijk kan binden aan beloften, kan een argument zijn om bepaalde publieke taken uit te besteden. Door deze taken op afstand van de politiek te plaatsen voorkomt men dat de uitvoering wordt beïnvloed door korte-termijn politieke belangen. De uitvoerder kan zo eenvoudiger een reputatie opbouwen om zich aan impliciete contracten met de particuliere sector te houden, waardoor de uitvoerder goedkopere contracten kan sluiten. De beloften om de quasi-rents in de particuliere sector ongemoeid te laten en af te zien van kruissubsidies voor politieke doeleinden, worden zo geloofwaardiger.

Deze argumenten voor uitbesteding zijn met name van belang als er conflicten bestaan tussen *ex-ante* en *ex-post* efficiëntie. Een voorbeeld hiervan is het monetair beleid. Hierbij is er vaak een verleiding om de belofte van prijsstabiliteit (gericht op het verminderen van inflatieverwachtingen en het stimuleren van langetermijninvesteringen) te breken, vanwege kortetermijnwinsten in werkgelegenheid (*ex-post* efficiëntie). Door het monetair beleid uit te besteden aan een onafhankelijke centrale bank kan deze verleiding worden weerstaan.

**Rechtsgelijkheid en reputatie**

Bij de uitvoering van publieke taken is rechtsgelijkheid een belangrijk toetspunt. Dit geldt met name bij herverdelende activiteiten waarbij de uitvoerder een grote potentiële macht heeft omdat er *rents* tussen verschillende agenten kunnen worden verschoven. Het is dan van belang de mogelijke machtsmisbruik te beperken door de uitvoerder te binden aan zekere rechtsprincipes, zoals rechtsgelijkheid. Vaak is het moeilijk te verifiëren of uitvoerders precies aan deze principes voldoen. Bovendien is het moeilijk om in contracten precies op te schrijven wat rechtsgelijkheid en rechtszekerheid in elke denkbare situatie precies zouden moeten inhouden. Met andere woorden, rechtsgelijkheid is moeilijk expliciet contracteerbaar. Het is in veel gevallen echter wel mogelijk impliciete contracten af te sluiten waarbij de contractpartijen ongeveer van elkaar weten wat er met rechtsgelijkheid wordt bedoeld en wanneer aan deze principes wordt voldaan.

In dit geval kan de reputatie van de uitvoerder ervoor zorgen dat rechtsgelijkheid wordt gewaarborgd. Meer in het algemeen beschermt de reputatie van de uitvoerende partij de niet-contracteerbare belangen van de overheid.<sup>69</sup> Die reputatie kan bijvoorbeeld de kwaliteit van de output bewaren, zelfs als deze kwaliteit moeilijk expliciet contracteerbaar is.<sup>70</sup>

### **Concurrentie en rechtsgelijkheid**

Rechtsgelijkheid kan op verschillende manieren door concurrentie tussen verschillende uitvoerders worden bevorderd. In de eerste plaats kunnen burgers die zich ongelijk behandeld voelen, uitwijken naar andere uitvoerders. Concurrentie versterkt de positie van de burger die nu minder hoeft te worden beschermd door formele rechtsprincipes. In de tweede plaats neemt door concurrentie de waarde van reputatie toe (zie hierboven). Uitvoerders hebben dan een grotere prikkel om een reputatie te verwerven om te voldoen aan het publieke doel van rechtsgelijkheid.

### **Een argument pro overheidseigendom: feitelijke afdwingbaarheid**

De meeste argumenten in deze paragraaf maken de overheid minder geschikt als eigenaar. Eén argument pleit voor de overheid. In de markt zijn schijnbaar verifieerbare en dus afdwingbare claims in de praktijk wel eens niet afdwingbaar vanwege het (al dan niet bonafide) faillissement van de contractpartner. In die zin heeft de overheid een nagenoeg onverslaanbare reputatie.<sup>71</sup>

Tabel 2.9 geeft een overzicht van de argumenten voor en tegen overheidseigendom op basis van het reputatiemechanisme. In de Nederlandstalige literatuur is dit mechanisme totnogtoe een ondergeschoven kind. Dit is opmerkelijk, vooral omdat het reputatiemechanisme de meest eenduidige kracht is in de richting van een vermindering van de beslissingsmacht van de overheid.

**Tabel 2.9 Argumenten voor en tegen overheidseigendom vanuit de opbouw van reputaties**

<b>Argumenten voor overheidseigendom</b>
Verifieerbare claims beter afdwingbaar
<b>Argumenten tegen overheidseigendom</b>
Ontbrekende financiële markt voor de overheidsreputaties
Bepaalde tijdshorizon politici (democratische legitimatie)
Politici gebonden aan formele rechtsprincipes
Bepaalde keuzevrijheid afnemers beperkt waarde reputatie



## 2.4 ORGANISATIE EN STURING IN DE PUBLIEKE SECTOR

### 2.4.1 INLEIDING

Samenlevingen kennen tal van coördinatiemechanismen, waaronder concurrentie, hiërarchie en contracten. De organisatievraag die het WRR-project stelt, namelijk of een bepaalde activiteit publiek of privaat moet worden georganiseerd, heeft betrekking op de voor- en nadelen van het coördinatiemechanisme van de hiërarchie en beslaat slechts een deelaspect in het spectrum van coördinatiemechanismen. Het is daarom moeilijk de organisatievraag los te koppelen van tal van andere sturingsvragen die het gebruik van andere coördinatiemechanismen betreffen. Evenmin is het altijd duidelijk dat de organisatievraag of een activiteit publiek of privaat moet worden georganiseerd, logisch vooraf gaat aan de andere sturingsvragen. Naast residuele beslissingsbevoegdheid kan de overheid immers ook andere sturingsinstrumenten benutten, zoals concurrentie, contracten en wet- en regelgeving.

Bovendien suggereert de vraagstelling een simpele eendimensionale bipolariteit. De werkelijkheid is echter meer als een schilderij van Escher. Als langs de ene dimensie voor een bepaalde oplossing wordt gekozen, komen de problemen langs een andere dimensie dubbel en dwars terug. Organisatiestructuren zijn als een lekkend dak: als het ene gat wordt gestopt, loopt het water door naar het volgende gat, dat weer met stopverf wordt gedicht. De werkelijkheid ziet er daarom vaak uit als een rommelzolder van allerlei sturingsmechanismen. Helemaal waterdicht (lees: Pareto-efficiënt) wordt het nooit, maar we kunnen het wel zo droog mogelijk (lees: naast-best) proberen te maken. Bij het vinden van oplossingen voor concrete situaties gaat het meestal om afwegingen, waarbij de ene oplossing op het ene criterium het beste scoort maar de andere oplossing voor het andere criterium beter is.

Deze conclusie heeft vergaande gevolgen voor de wijze waarop wij onze toepassingen zullen bespreken. Het heeft weinig zin om concrete situaties te reduceren tot voorbeelden van één specifiek mechanisme. Bijna altijd spelen meerdere problemen en sturingsmechanismen door elkaar. Zo dit niet het geval is, dan leidt de oplossing voor een probleem bijna altijd tot weer andere problemen, met weer andere oplossingen. Het heeft daarom geen zin de problemen als ingang voor onze bespreking te nemen en vervolgens daar een praktisch voorbeeld bij te zoeken. Bijna altijd leidt dit tot de reactie dat de voorgestelde oplossing allerlei andere problemen over het hoofd ziet. Wij kiezen voor een omgekeerde benadering: het praktisch voorbeeld is de ingang en wij laten zien welke problemen dit met zich meebrengt en welk samenstel van instrumenten erop kan worden toegepast.

Bij het beantwoorden van de organisatie- en sturingsvragen is het nuttig onderscheid te maken tussen verschillende vormen van publieke belangen. Tabel 2.10 onderscheidt twee kernargumenten, die verder kunnen worden uitgesplitst.

Het eerste kernargument betreft de externe effecten. Een extern effect is een ruim begrip dat synoniem is met een ontbrekende markt als gevolg van transactiekosten. Doordat markten voor bepaalde activiteiten ontbreken, worden de economische actoren niet met de juiste marktsignalen geconfronteerd waardoor inefficiënties ontstaan. Door de externe effecten te internaliseren is het in principe mogelijk de welvaart van agenten te verbeteren zonder die van anderen te hoeven aantasten. Het tweede kernargument voor een publiek belang betreft de verdeling van de welvaart. Beide kernargumenten zijn onderling nauw verweven. Bij de internalisatie van externe effecten doet zich namelijk de vraag voor hoe de welvaartswinst moet worden verdeeld. Bovendien impliceren restricties op de beleidsinstrumenten dat het internaliseren van externe effecten onontkoombaar consequenties heeft voor de verdeling, zodat efficiëntie en verdeling niet kunnen worden losgekoppeld.

**Tabel 2.10** Mogelijke redenen voor een publieke belang

<b>1. Hervreiding</b>	
	markt leidt tot ongewenste verdeling van welvaart
<i>selectie:</i>	markt sluit bepaalde categorieën uit van bepaalde voorzieningen die op grond van verdelingsoverwegingen niet uitgesloten mogen worden; het selectieargument hangt vaak nauw samen met externe effecten, bijvoorbeeld gemengde klassen stimuleren kinderen in achterstandssituaties
<b>2. Externe effecten (= ontbrekende markten)</b>	
	private en maatschappelijke kosten vallen niet samen door ontbrekende markten
<i>adverse selection:</i>	de markt voor goede kwaliteit ontbreekt: verkoper kent kwaliteit beter dan koper, waardoor alleen inferieure kwaliteit op de markt wordt aangeboden
<i>risicoaversie bij geaggregeerd risico:</i>	de markt voor geaggregeerde risico's ontbreekt; bijvoorbeeld: het werkloosheidsrisico is onverzekerbaar
<i>natuurlijk monopolie/netwerkinvesteringen:</i>	de <i>ex-ante</i> markt voor output van specifieke investeringen ontbreekt (de treinkaartjes voor een nog aan te leggen spoorweg kunnen niet nu al worden verhandeld)

De overheid kan de publieke belangen in principe waarborgen door contracten te sluiten met de particuliere sector, zodat publieke taken privaat worden uitgevoerd. Bij deze contractuering van publieke belangen doen zich echter verschillende complicaties voor; deze zijn geanalyseerd in de paragrafen 2.2 en 2.3. Bij de contractuering van het publieke belang zijn deze problemen veelal nauw verwant met de achterliggende problemen bij een publiek belang zoals geïdentificeerd in tabel 2.10. Afhankelijk van de aard van de problemen kan de overheid besluiten residuele zeggenschap aan zich te houden bij het waarborgen van het publieke belang, zodat de publieke taken ook publiek worden uitgevoerd. Bij het oplossen van het ene probleem zullen echter weer andere problemen boven tafel komen. De hieruit voortvloeiende afwegingen zijn vaak informatief.

Ook zullen in veel gevallen verschillende sturingsinstrumenten moeten worden ingezet om verschillende problemen te kunnen aanpakken en de afwegingen te optimaliseren.

De praktische voorbeelden zijn ondergebracht in een drietal subparagrafen: maatschappelijke diensten als onderwijs en gezondheidszorg (par. 2.4.2), herverdelingsarrangementen en sociale verzekeringen (par. 2.4.3) en natuurlijke monopolies (par. 2.4.4). Binnen iedere paragraaf worden verschillende organisatiewijzen zo veel mogelijk gecontrasteerd, zodat de cruciale verschillen en hun consequenties helder voor het voetlicht komen. De beschrijvingen van de situaties sporen dan ook niet altijd met de bestaande situatie. Hiermee is niet per definitie gezegd dat wij een bepaalde wijziging voorstaan. Veel hangt af van het gewicht van de relatieve factoren, waarover alleen empirisch onderzoek uitsluitel kan geven. Dergelijk empirisch onderzoek valt buiten het bestek van deze studie. De voorbeelden moeten daarom niet gelezen worden als een organisatieadvies, maar de – overigens niet toevallige – illustratie van een denkpatroon.

#### 2.4.2 DIENSTEN IN ONDERWIJS EN GEZONDHEIDSZORG

##### *Voorbeeld 1: Basisonderwijs*

Het publieke belang in het basisonderwijs vindt haar oorsprong in zowel externe effecten als herverdeling:

- herverdeling: mede vanwege de externe effecten van het curriculum is het aantrekkelijk wanneer iedereen hetzelfde onderwijs krijgt. Dit echter is niet voor iedereen even gemakkelijk te betalen. Iedereen behoort toegang te hebben tot goed basisonderwijs, onafhankelijk van zijn maatschappelijke positie.<sup>72</sup> Gegeven het feit dat via onderwijs wordt herverdeeld, zal de overheid ook moeten bewaken dat het geld aan die bestemming wordt uitgegeven;
- selectie: vanwege de externe effecten van de ene leerling op de schoolprestaties van de ander is het aantrekkelijk dat scholen redelijk gemengd zijn (vergelijk de discussie over witte vs. zwarte scholen);
- externe effecten kennis: de kennis van de één heeft externe effecten voor de ander (m.n. bij taalonderwijs: mijn schrijven heeft meer zin naarmate meer anderen kunnen lezen);
- externe effecten leerproces: leerlingen trekken zich op aan hun medeleerlingen.

We bespreken hier twee alternatieve manieren om het publieke belang te waarborgen. Elk van deze oplossingen kent haar eigen voor- en nadelen. Het eerste alternatief betreft hiërarchische sturing waarbij de overheid de residuele beslissingsmacht zoveel mogelijk aan zich houdt. Scholen zijn publiek georganiseerd en de overheid bemoeit zich met het productieproces. Bij het tweede alternatief zijn scholen privaat georganiseerd. De overheid waarborgt de publieke belangen via contracten en vouchers.

De volgende organisatievormen zijn mogelijk:

1 Publieke organisatie met centrale financiering.

Het basisonderwijs wordt geheel rechtstreeks gefinancierd via subsidies aan de scholen (d.w.z. de producenten). Vanwege de externe effecten van met name het taalonderwijs geldt een leerplicht en wordt het curriculum centraal vastgesteld. Om de naleving van leerplicht en curriculumvereisten te controleren wordt een inspectie in het leven geroepen.

Scholen zijn wettelijk verplicht om iedere leerling die zich aanmeldt te accepteren. Hiermee wordt het probleem van selectie zo klein mogelijk gemaakt. Selectie via de woonplaatskeuze van de ouders blijft vanzelfsprekend bestaan. In de praktijk werkt deze regel echter niet, omdat goede scholen met capaciteitsproblemen worden geconfronteerd: ze kunnen via de capaciteitsrestrictie alsnog selectie toepassen. Wel kan de overheid via haar residuele beslissingsbevoegdheid proberen deze selectie te voorkomen door meer informatie op te vragen over het selectiegedrag van scholen. De overheid kan ook scholen in achterstandsbuurten extra subsidiëren.

Wat van een lagere school ten behoeve van het publieke belang verwacht wordt, laat zich niet altijd volledig vastleggen in een curriculum. Dit wordt opgelost door de scholen aan strikte regels te binden aangaande de besteding van de middelen (inputsturing, de overheid kan naar eigen inzicht de financieringsstructuur aanpassen aan de gestelde doelen) en door de overheid het recht te geven de directeur van de school te ontslaan en te benoemen.

Dit laatste mechanisme is analoog aan het model in paragraaf 2.2.3, waar niet-verifieerbare informatie kan worden benut met behulp van een ontslagdreiging; de werknemer spant zich in omdat hij weet dat hij anders ontslagen wordt. Het is overigens zeer de vraag hoe reëel die dreiging in de praktijk is. Deze hoge mate van centralisatie in de besteding van middelen roept vervolgens een nieuw probleem op, namelijk dat van *moral hazard* door asymmetrische informatie over de kwaliteit van de school. De overheid kan als financierder allerlei kwaliteitsaspecten van de school (organisatie, overblijfsmogelijkheden, berichtgeving) niet goed beoordelen. Dit probleem kan worden verzacht door scholen te financieren op basis van leerlingenaantallen. Dit veronderstelt dat ouders de kwaliteitsaspecten van de scholen het beste kunnen beoordelen en dat de belangen van de ouders in dit opzicht samenvallen met het publieke belang. Scholen zullen hun best doen leerlingen te houden of zoveel mogelijk nieuwe leerlingen te trekken. Op deze manier wordt naast hiërarchie ook concurrentie ingezet als sturingsinstrument.

2 Private organisatie middels vouchers.

Ouders krijgen van de overheid een waardebon (voucher) waarmee zij basisonderwijs voor hun kinderen kunnen kopen bij private scholen. De subsidiëring verloopt nu dus niet via de aanbodkant maar via de vraagkant (m.a.w. geen objectsubsidies maar subjectsubsidies). De vouchers zijn niet verhandelbaar en bovendien strikt persoonlijk om te voorkomen dat ze aan andere goederen dan onderwijs worden besteed. De vouchers kunnen alleen worden besteed bij door de overheid erkende scholen. Er is vrije toetreding voor scholen. De eisen waaraan erkende scholen dienen te voldoen, worden contractueel vastgelegd.

Deze voorwaarden betreffen onder meer een strikte financiële scheiding van onderwijsactiviteiten en overige activiteiten om te voorkomen dat de vouchers via een achterdeur alsnog aan niet-onderwijsactiviteiten kunnen worden besteed.<sup>73</sup> Ook kunnen in contracten eisen aan het curriculum worden gesteld. Op deze manier worden de publieke belangen die samenhangen met de externe effecten van kennis, gecontracteerd. Gegeven het contracteren van deze elementen is het niet nodig dat de overheid eisen stelt aan arbeidsvoorwaarden en andere aspecten van het productieproces.

Hierin worden de scholen vrij gelaten. De overheid wordt ook op afstand gezet om te voorkomen dat politieke motieven een rol spelen bij het beloningsbeleid en het vaststellen van het curriculum.

Niet alle kwaliteitsaspecten hoeven in expliciete contracten te worden vastgelegd, voorzover de belangen van de ouders parallel lopen met het publieke belang van het bieden van hoog-kwalitatief onderwijs. De ouders kunnen dan immers beoordelen wat de school aan kwaliteit biedt en zullen stemmen met de voeten. De democratische legitimatie vindt dus voor een belangrijk deel plaats via het concurrentiemechanisme. Dit mechanisme biedt ook een vorm van rechtsgelijkheid. Ouders die ontevreden zijn over de behandeling van hun kinderen, kunnen hun recht op een andere school halen.

Waar ouders door specifieke investeringen in de relatie met de school kosten moeten maken om van school te veranderen, kunnen impliciete contracten die worden afgedwongen door reputatiemechanismen, de ouders (en dus het publieke belang) beschermen. Verder kunnen ouders als *stakeholders* in het bestuur via het *voice mechanism* invloed uitoefenen. Klachtrecht kan als een sluitstuk functioneren op de sturingsmechanismen van concurrentie, reputatie (impliciete contracten), *governance (voice)* en expliciete contracten. Al deze elementen komen de rechtszekerheid ten goede. Het concurrentiemechanisme (en het hiermee verbonden reputatiemechanisme) vereist een transparante markt waarin ouders de kwaliteit van de school goed kunnen beoordelen. Onderwijsbeoordelingsinstituten kunnen kwaliteitskeurmerken voor scholen uitgeven, zij kunnen scholen advies geven over curricula (vanzelfsprekend in relatie met het kwaliteitskeurmerk) en kunnen CITO-toetsachtige testen uitgeven (waardoor middelbare scholen de prestaties van leerlingen kunnen vergelijken).

Eventueel kunnen naast de private scholen ook publieke scholen of private scholen zonder winstoogmerk actief zijn. Een zeker minimum aan private scholen is echter noodzakelijk, omdat anders het *commitment* van de overheid zich niet met het management van de school te bemoeien niet geloofwaardig is, waardoor het hold-upprobleem de kop opsteekt. Zo lang er genoeg private scholen zijn, zal het publieke scholen duidelijk zijn dat de overheid niet zo maar kan interveniëren op schoolniveau; denk aan de nimmer aflatende discussie in Nederland over het artikel in de Grondwet aangaande de vrijheid van onderwijs.

Het publieke belang van de verdeling loopt niet parallel met het belang van de individuele ouder en zal daarom moeten worden gecontracteerd door de overheid. Dit kan op verschillende manieren. Om selectie zoveel mogelijk te

voorkomen, kunnen scholen verplicht worden alle kinderen te accepteren. Via capaciteitsproblemen zal echter toch selectie plaats kunnen vinden, omdat een school nooit gedwongen kan worden zijn capaciteit uit te breiden. Bovendien staat deze acceptatieplicht op gespannen voet met de wens private scholen een bepaald levensbeschouwelijk karakter te laten handhaven. De overheid kan achterstandsgroepen ook beschermen door deze groepen grotere vouchers te geven, zodat het voor scholen aantrekkelijk wordt deze groepen aan te nemen. Een ander alternatief is dat de overheid contractueel met scholen vastlegt dat ze een bepaald aantal kinderen uit achterstandsgroepen aannemen. Ook kan de overheid productensubsidies geven aan scholen in achterstandsgebieden.

De keuze tussen beide organisatiewijzen is vooral een afweging tussen een betere bescherming tegen selectie bij publieke scholen en een groter innovatievermogen en doelmatiger aanwending van middelen in het gedecentraliseerde systeem waarbij scholen over grotere bevoegdheden beschikken. Beide systemen benutten overigens het concurrentiemechanisme, als publieke scholen worden gefinancierd op basis van leerlingenaantallen. In zekere zin is de huidige trend naar lump-sumfinanciering van scholen met minder regulering een beweging in de richting van het vouchermodel.

Het is overigens opmerkelijk dat het Amerikaanse basisonderwijs veel minder marktconform is dan het Nederlandse model, waarbij ouders scholen kunnen stichten (vrije toetreding) die evenals openbare scholen worden gefinancierd door de overheid op basis van leerlingenaantallen. In de Verenigde Staten hebben ouders die geen beroep doen op privaat onderwijs, in feite geen keuzemogelijkheid, tenzij zij verhuizen. Schoolkeuze is daar één-op-één gekoppeld aan de keuze van de woonplaats, mede vanwege het wijkgebonden financieringssysteem.

### **Voorbeeld 2: Gezondheidszorg**

Bij de gezondheidszorg spelen vergelijkbare publieke belangen als bij het onderwijs.

- selectie: degenen met reeds bestaande gezondheidsklachten worden uit het verzekeringssysteem geweerd of moeten veel hogere premies betalen, wat vanuit verdelingsoogpunt onaantrekkelijk is;
- externe effecten gezondheidszorg: besmettelijke ziekten;
- averechtse selectie: goede risico's zullen zich aan verzekering onttrekken om te voorkomen dat zij mee moeten betalen voor slechte risico's, waardoor zij onderverzekerd zijn.

Het grote verschil tussen onderwijs en gezondheidszorg is dat het belang om publieke doelen te contracteren bij de gezondheidszorg zowel groter als moeilijker is. Het belang van goede contracten is groter omdat het concurrentiemechanisme minder goed werkt dan in het onderwijs. Hiervoor kunnen de volgende twee problemen worden aangewezen:

- risicokarakter/*moral hazard* patiënt: in tegenstelling tot de behoefte aan onderwijs is de behoefte aan gezondheidszorg per individu sterk afhankelijk van risicofactoren. De burger is verzekerd tegen dit risico en heeft op het moment dat de schade zich voordoet dus geen financiële prikkel voor doelmatigheid; zorgverleners krijgen daarom van de patiënt geen tegenspel om te komen tot kostenbeheersing;
- asymmetrische informatie over input/*moral hazard* van de zorgverlener: de burger is niet in staat de relatie tussen input (medicijnen, doktersbezoek, ziekenhuisdagen) en output (zijn gezondheid) te beoordelen; zelfs al zou de patiënt belang hebben bij tegenspel, hij zou daar niet toe in staat zijn.

Het is in het licht van deze twee problemen onmogelijk het probleem van niet-verifieerbare informatie over de kwaliteit van de zorg op te lossen door patiënten te laten stemmen met de voeten, enerzijds omdat de financiële prikkel ontbreekt om te kiezen voor het optimale zorgniveau en anderzijds omdat zij de informatie ontberen om de zorg te kunnen beoordelen.

Hiernaast is het moeilijker het publieke belang te contracteren vanwege de volgende twee redenen:

- incompleetheid van een zorgcontract: het is vooraf onmogelijk om precies aan te geven op welke zorg een patiënt bij een bepaald ziektebeeld recht heeft, omdat de ziektebeelden zeer divers en niet helder gedefinieerd zijn. De kwaliteit van de zorg is daarom heel moeilijk te contracteren;
- selectie: vergeleken met het onderwijs zijn de selectieproblemen ernstiger in de gezondheidszorg, omdat er veel meer heterogeniteit is in de zorgbehoefte dan in de onderwijsbehoefte. Bovendien is het moeilijk om voldoende informatie te gebruiken om de waarde van vouchers te bepalen en zo selectie tegen te gaan. Bij selectie gaat het soms namelijk om niet-verifieerbare informatie die niet gebruikt kan worden bij het bepalen van de omvang van de voucher. Het lijkt niet doelmatig het selectieprobleem via het belastingsysteem op te lossen, omdat binnen dat systeem onvoldoende informatie over de gezondheid beschikbaar is.

We bespreken hier twee oplossingen:

#### 1 Organisatie via de markt.

Voorzover op een meer marktgewijze organisatie wordt vertrouwd, zoals in de Verenigde Staten, komen de financiële prikkels van verzekeraars die hun premies laag proberen te houden. Ook zij worden echter geconfronteerd met het probleem van asymmetrische informatie. De incompleetheid van het zorgcontract plaatst verzekeraars in het geval van schade bovendien in een onderhandelingspositie met verzekerden. Normaliter zou het reputatiemechanisme verzekeraars tegen dit probleem moeten beschermen (zie de discussie over arbeidsongeschiktheid in par. 2.4.3). Gezien de hoge uitgaven voor gezondheidszorg in de Verenigde Staten heeft dit mechanisme totnogtoe echter onvoldoende soelaas geboden. Thans wordt geëxperimenteerd met een aantal nieuwe organisatievormen waarbij verzekeraars integreren met zorgverleners om een beter zicht te krijgen op deze zorgverleners.

Door verticale integratie hopen verzekeraars meer informatie over het gedrag van zorgverleners te verkrijgen (zie par. 2.3.5 voor de relatie tussen verticale integratie en informatie) alsmede de machtspositie van de zorgverleners te verminderen. Door de zorgverlening en de verzekering binnen een organisatie te integreren beoogt men de contracteringsproblemen (die voortvloeien uit asymmetrische informatie) tussen deze twee functies te verminderen.

## 2 Organisatie via professionele codes.

Alternatieve organisatieprincipes maken veelvuldig gebruik van beroeps-codes. De verantwoordelijkheid voor het zorgniveau wordt dan niet bepaald in individuele onderhandelingen tussen patiënt, zorgverzekeraar en dienstverlener, maar is vooral afhankelijk van professionele codes. De uitgaven worden op hoger aggregatieniveau in de hand gehouden door tal van voorzieningen te budgetteren (ziekenhuisbedden, aantal huisartsen enz.) en door vaste prijzen voor verrichtingen te hanteren, zodat het *moral-hazard*-probleem van de zorgverlener wordt beperkt tot de hoeveelheidscomponent. De financiële prikkels voor zorgverleners in contacten met individuele patiënten worden hiermee beperkt. Artsen worden aangesproken op hun professionaliteit om binnen het aldus aan regels gebonden totale budget zorg en aandacht doelmatig over burgers te verdelen. Professionele commissies oordelen in het geval dat artsen in het licht van deze professionele code grove fouten maken. De directe politieke invloed is beperkt.

Professionele codes lijken sterk op impliciete contracten gebaseerd op reputaties (zie par. 2.2.3 en par. 2.3.6). Net als een hiërarchie is een beroepsvereniging beter in staat een reputatie op te bouwen dan een individuele zorgverlener, omdat de leden elkaar beter kunnen beoordelen dan een patiënt dit kan. Bovendien heeft zo'n beroepsvereniging belang bij het beschermen van het publieke goed van een goede reputatie van de medische professie. Normaliter functioneren reputaties echter in een omgeving met concurrentie, waarin de klant kan veranderen van leverancier en de reputatie dus waarde heeft om de klant vast te houden. Beroepsverenigingen zijn monopolies. Vandaar dat de overheid voortdurend in onderhandelingsituaties met die monopolies terechtkomt, waarbij de beroepsvereniging het informatievoordeel heeft. Zeker in sectoren met snelle technologische ontwikkelingen (zoals de gezondheidszorg) is dit informatievoordeel een belangrijke factor.

### 2.4.3 HERVERDELING EN SOCIALE VERZEKERINGEN

#### **Voorbeeld 1: Bijstandsverlening**

Het publieke belang bij de bijstand is herverdeling: bijstandsverlening is altijd een ingreep in de welvaartsverdeling die door het marktmechanisme tot stand wordt gebracht. Bij de contractering van dit publieke belang doet zich een groot aantal problemen voor:

- niet-verifieerbaarheid toelating: de bijstand is de restpost in de sociale zekerheid; het bestand van uitkeringsontvangers is hiermee altijd een vergaarbak van ongeregeld; standaardisatie van toelatingscriteria is dus slechts beperkt mogelijk; de toelatingsbeslissing door de bijstandsmaatschappelijk werker is



slechts beperkt door derden verifieerbaar, zeker op het niveau van de centrale overheid;

- asymmetrische informatie uitvoerder/overheid: bij een zekere mate van decentralisatie van de uitvoering heeft de gedecentraliseerde instantie meer informatie over de kwaliteit van de uitvoering, onder andere van andere gedecentraliseerde instanties, zoals het maatschappelijk werk en het welzijnswerk;
- doelincompleteid: de precieze aanspraken zijn niet in strikt verifieerbare regels vast te leggen.

Gegeven de hoge mate van niet-verifieerbaarheid van informatie en de informatievoorsprong op decentraal niveau, ligt het voor de hand de uitvoering te leggen bij decentrale organen. Bij de financiering wordt de overheid geconfronteerd met een dilemma, omdat de meest risicoaverse partij (de decentrale organen) ook de meest geïnformeerde partij is. Er is dus een conflict tussen het principe uit paragraaf 2.3.6 (eigendom naar minst risicoaverse partij) en het principe uit paragraaf 2.3.2 (eigendom naar de meest geïnformeerde partij).

Hier worden vier mogelijke oplossingen besproken. De eerste twee betreffen een volledige publieke uitvoering, de derde een mix van publieke en private uitvoering en de vierde een puur private uitvoering.

#### 1 Decentrale publieke uitvoering, centrale financiering.

Om te voorkomen dat de uitvoerders te veel risico lopen (zie hieronder), kan de regeling geheel centraal op declaratiebasis worden gefinancierd. Dit is consistent met het principe dat de eigendomsrechten toekomen aan de risico-neutrale partij (zie par. 2.3.4). Hiertegenover staat dat er geen recht wordt gedaan aan het principe dat eigendomsrechten dienen toe te vallen aan de geïnformeerde partij. Decentrale uitvoerders hebben er daarom belang bij de regeling lankmoedig uit te voeren. Het is voor loketambtenaren immers aantrekkelijker om goed nieuws dan om kwaad nieuws te brengen. Voorzover op decentraal niveau een politiek lichaam (mede)zeggenschap heeft over de uitvoering (zoals in Nederland de gemeenteraad), is er ook een electoraal belang bij lankmoedige uitvoering. Daarom is een centraal toezicht noodzakelijk dat zoveel mogelijk tracht de niet-verifieerbare informatie van uitvoerders en asymmetrische informatie van decentrale instanties toch verifieerbaar en symmetrisch te maken, zodat kan worden voorkomen dat de uitvoering te lankmoedig wordt. Ook kan de centrale overheid via allerlei procedures het uitvoeringsproces proberen te sturen.

#### 2 Gebudgetteerde decentrale uitvoering.

Een alternatief is de bijstandsverlening niet op declaratiebasis centraal te financieren, maar de decentrale uitvoerder een vast budget ter beschikking te stellen. In feite wordt het publieke belang nu gecontracteerd aan decentrale uitvoerders, waarbij de uitvoerders de residuele beslissingsbevoegdheid krijgen. Dit is consistent met het principe uit paragraaf 2.3.2, dat de geïnformeerde partij de eigendomsrechten dient te krijgen. Tekorten moeten uit eigen zak worden bijgepast, overschotten mogen naar eigen goeddunken worden

bested. Een dergelijk systeem werkt alleen als er ook eigendomsrechten op decentraal niveau worden toegekend, omdat er anders geen prikkel uitgaat van tekorten en overschotten. In een louter ambtelijke organisatie werkt dit systeem daarom niet. In de huidige situatie liggen die eigendomsrechten bij gemeenten, die dus kunnen beslissen over alternatieve aanwendungen.

Hier werkt het systeem wel. Een ZBO of een dienst van een ministerie met regiokantoren zou vanuit dit oogpunt daarom een slechtere organisatievorm zijn dan de huidige regionalisatie naar gemeenten.

Een probleem is dat decentrale uitvoerders risicoavers zijn, terwijl de omvang van de bijstandsverlening zeer conjunctuurgevoelig is, waarbij zowel de landelijke als de lokale conjunctuur een rol spelen. De afdekking van het landelijk conjunctuurrisico is geen probleem, wanneer de omvang van het totale budget gelijk wordt gesteld aan de totale uitgaven van alle uitvoerders en alleen de verdeling wordt gebudgetteerd. Het lokale risico is echter wel een probleem. Bij financiering op declaratiebasis valt dit risico toe aan de centrale overheid. Bij budgetfinanciering dreigt dit risico toe te vallen aan de risico-averse decentrale instantie. Door een verdeelmodel op te stellen met objectieve, niet door de uitvoerder beïnvloedbare factoren die wel de lokale bijstandsuitgaven zo goed mogelijk verklaren, wordt dit risico geminimaliseerd. In feite is dit een vorm van maatstafconcurrentie (zie par. 2.3.4).

Door de budgettering verschuiven de prikkels voor de decentrale uitvoerder. De loketambtenaar heeft achter zijn loket nog steeds meer belang bij goed dan bij slecht nieuws, maar zijn superieur (de budgetbeheerder) heeft belang bij een zo strikt mogelijke uitvoering zodat de overschotten voor andere zaken kunnen worden besteed. Daarom moet het centraal toezicht nu worden ingericht op het voorkomen van een te strikte uitvoering, waarbij burgers ten onrechte het recht op bijstand wordt ontzegd. De toezichthouder zal opnieuw moeten proberen de niet-verifieerbare en asymmetrische informatie zo goed mogelijk alsnog te verifiëren en symmetrisch te maken, zij het nu met een ander oogmerk. Vermoedelijk zal de toezichthouder ook statistische informatie gebruiken (het aantal klachten bij een en dezelfde gemeente, het aantal klachten bij een en dezelfde medewerker), analoog aan het toernooimodel (zie par. 2.2.3). Ook kunnen beroepsprocedures worden ingesteld. Deze blijven echter een poging het onverzoenlijke te verzoenen en informatie verifieerbaar te maken die dat eigenlijk niet is.

De afweging tussen beide publieke organisatiewijzen lijkt sterk op die in het principal-agentmodel uit paragraaf 2.2.2: verzekering zonder prikkels bij financiering op declaratiebasis versus risico met prikkels in het gebudgetteerde systeem. De keuze hangt dus mede af van de mate waarin de bijstandsuitgaven op decentraal niveau kunnen worden voorspeld op basis van objectieve factoren.

Parallel hieraan speelt nog een tweede afweging: prikkels voor te lankmoedige uitvoering bij financiering op declaratiebasis versus prikkels voor te strikte uitvoering in het gebudgetteerde systeem. Alleen al vanwege dit tweede argument ligt de optimale organisatiewijze eerder in een mengvorm van beide financie-

ringssystemen dan in een volledige budgettering. Bij dit alles staat vast dat de meest doelmatige oplossing onhaalbaar is. Gegeven de aard van de beschikbare informatie blijft een naast-beste oplossing het beste haalbaar. Het blijft roeien met de riemen die je hebt.

### 3 Private decentrale uitvoering, publieke keuring toelatingsbeslissing.

Een publieke instantie beziet of er recht is op een bijstandsuitkering. Vervolgens doen particuliere organisaties een aanbesteding om mensen in de bijstand weer aan het werk te krijgen. Door deze ontvlechtingsoperatie tussen de keuring en de reïntegratie wordt het gedeelte van het publieke belang dat moeilijk te contracteren is, dat wil zeggen bezien of iemand recht heeft op een uitkering (in feite het herverdelen van *rents* op basis van moeilijk te verifiëren criteria), in de publieke sector gehouden. Het is belangrijk dat het publieke proces hier de residuele beslissingsbevoegdheid aan zich houdt, omdat de criteria op grond waarvan mensen bijstand krijgen, politiek zeer gevoelig liggen en moeilijk vast te leggen zijn in contracten. De overheid wil hier voortdurend bij kunnen sturen.<sup>74</sup>

De reïntegratieactiviteiten zijn moeilijk verifieerbaar. Daarom ligt het voor de hand de eigendomsrechten voor dit productieproces met veel menselijke input (creativiteit, innovativiteit, ondernemingszin) toe te kennen aan de private sector. Door de private sector veel vrijheid en prikkels te geven bij de uitvoering kan deze sector optimaal gebruik maken van haar kennisvoorsprong. Ook kan de uitvoerende instantie zonder voortdurende politieke interventie een bedrijfscultuur ontwikkelen. Op die manier lopen de belangen van het particuliere bedrijf parallel met het publieke belang. Een ander voordeel van het ontvlechten van de twee delen is dat voor het tweede gedeelte (het aan het werk krijgen van mensen) het concurrentiemechanisme gebruikt kan worden.<sup>75</sup> Verschillende uitvoerders kunnen een bod doen. Dit alles komt de doelmatigheid van de uitvoering (en hiermee op termijn ook de rechtszekerheid) ten goede.<sup>76</sup>

Het probleem met deze opzet is dat het moeilijk is de twee delen van de publieke taak van elkaar te scheiden: het bezien of iemand recht heeft op een uitkering en het bezien hoe mensen uit de bijstand kunnen komen. Deze twee taken zijn zo nauw met elkaar verbonden dat een eigenaar te prefereren is (zie par. 2.3.2 over *connectedness*). Om mensen weer aan het werk te krijgen moet je bijvoorbeeld kunnen dreigen met sancties. Er moet dus heel veel informatieoverdracht plaatsvinden tussen de publieke poortwachter en de particuliere uitvoerder. In feite is het definiëren van de publieke taak moeilijk te ontvlechten van de uitvoering van die publieke taak (zie par. 2.3.5 over de informatieproblemen bij uitbesteding).

Een ander probleem is dat de particuliere uitvoerders meer aandacht zullen besteden aan klanten die weer eenvoudiger aan het werk kunnen. Men kan dit proberen voorkomen door een onderscheid te maken tussen verschillende categorieën bijstandsgerechtigden. Op die manier contracteert men het publieke belang van het voorkomen van selectie. In feite stelt men voor elke bijstandsgerechtigde een voucher vast. Het mogelijke nadeel hiervan is dat de

kruissubsidies tussen verschillende mensen transparant worden. Verder wordt de benodigde omvang van de voucher pas vaak tijdens het reïntegratieproces duidelijk.

#### 4 Geheel private uitvoering.

De overheid besteedt het hele traject uit om contracteringsproblemen bij de trajectovergangen te voorkomen. Wel komt er dan een zwaardere druk op de overheid om de publieke belangen goed te contracteren. De overheid dient de criteria op grond waarvan mensen recht hebben op een bijstandsuitkering, precies in contracten vast te leggen. Verder dient de overheid toezicht uit te oefenen om te bezien of de particuliere bedrijven aan de contracten voldoen en of zij de uitvoering niet te streng maken. Het gevaar bestaat dat het particuliere bedrijf te weinig mensen toelaat en de bijstand te hard uitvoert.

De daadwerkelijk gebruikte criteria voor toelating zijn namelijk moeilijk te verifiëren (en dus moeilijk af te dwingen via de rechter). De overheid heeft bij het ontbreken van verifieerbare informatie geen zeggenschap meer om direct in te grijpen in de discretionaire ruimte bij de toelating. Bovendien wordt het wellicht moeilijker om informatie over het keuringsproces te achterhalen.

De concurrentie- en reputatiemechanismen zijn echter belangrijke sturingsmechanismen bij het disciplineren van de uitvoering. Als een particuliere partij het hele traject niet naar de tevredenheid van de (lokale) overheid uitvoert (d.w.z. te strenge uitvoering), dan kan de overheid ervan afzien het contract te verlengen en in zee gaan met een ander bedrijf. De lokale overheid kan dan kiezen voor een duurder uitvoerder als men daar een betere service van verwacht.<sup>77</sup> Het prijskaartje voor een lankmoediger uitvoering wordt dan direct duidelijk. Om de lokale overheid de juiste prikkels te geven bij de aanbestedingsbeslissing dienen uitgaven gebudgetteerd te worden. Particuliere bedrijven zullen hun reputatie voor een goede uitvoerder van het publieke belang graag willen beschermen als de overheid ook een beroep kan doen op andere bedrijven bij contractverlenging. De uitvoerder is geen monopolist en dit geeft een persoon in de bijstand een sterkere positie. Het beschermt deze persoon tegen een te strenge uitvoering. Dit mechanisme werkt echter minder goed dan bij de WAO (zie hierna).

Het verschil tussen private en publieke uitvoering wordt gering als de contractduur kort genoeg wordt. Het voordeel is dat de politiek de uitvoering snel kan bijsturen. Het nadeel is dat de uitvoerders geen werkelijke beleidsvrijheid hebben en weinig rechtszekerheid.<sup>78</sup> In feite wordt er nauwelijks zeggenschap overgedragen naar de particuliere sector, zodat geen gebruik kan worden gemaakt van de moeilijk te contracteren input (ondernemerschap, kennis, creativiteit).

#### **Voorbeeld 2: Studiebeurzen**

Het is interessant de toekenning van studiebeurzen te vergelijken met bijstandsverlening. Het publieke belang is opnieuw herverdeling. De contracteerbaarheidsproblemen zijn echter veel geringer dan in de bijstand. De toekenning van studiebeurzen is in het algemeen gebaseerd op makkelijk toegankelijke, goed verifieerbare en symmetrische informatie. Dit kan alleen al worden afgeleid uit

de vorm van informatie-uitwisseling. In de bijstand is het interview met de aanvrager een belangrijke bron van informatie. Bij studiebeurzen verloopt de informatie-uitwisseling volledig schriftelijk.

Bij de verstrekking van studiebeurzen zijn geen gecompliceerde toezicht- of *incentive*-structuren noodzakelijk. Vanwege de verifieerbaarheid van de informatie is de dreiging van een beroep op de rechter zo effectief, dat de uitvoerder het wel uit zijn hoofd zal laten de verkeerde beslissing te nemen of om vergissingen niet zo snel mogelijk recht te zetten.

De enige kwestie is dus of de uitvoering zelf efficiënt gebeurt. Hier is concurrentie tussen diverse uitvoeringsinstanties een hulpmiddel. Concurrentie kan zowel binnen de publieke sector als via aanbesteding worden georganiseerd. Binnen de publieke sector kan concurrentie worden vormgegeven door een aantal instanties ieder een deel van de rechthebbenden te laten bedienen en het aandeel van de op dat moment meest efficiënte instantie geleidelijk uit te breiden. Een andere mogelijkheid is eens in de zoveel jaar het contract voor de uitvoering aan te besteden aan de goedkoopste (private) bieder.

Een voordeel van private aanbesteding is dat combinaties kunnen worden gemaakt met andere activiteiten van vergelijkbare aard. Men verlicht zo de contracteringsproblemen met deze andere activiteiten. Een belemmering bij aanbesteding zijn de hoge specifieke investeringen die de uitvoerder moet maken. Periodieke aanbesteding leidt dus tot het hold-upprobleem. Dit betekent dat de concurrentie bij de hernieuwde aanbesteding gering is of dat de uitvoering niet efficiënt plaatsvindt, omdat onvoldoende specifieke investeringen worden verricht (zie ook par. 2.2.4 en 2.2.5).

De keuze tussen uitbesteding of uitvoering in eigen beheer met concurrentie tussen regio's is dus eigenlijk een afweging tussen concurrentie en *ex-post* efficiëntie in het geval van uitbesteding versus voldoende specifieke investeringen en *ex-ante* efficiëntie in het geval van uitvoering in eigen beheer. Merk op dat de hier voorgestelde modaliteit voor uitvoering in eigen beheer meer concurrentie en dus *ex-post* efficiëntie toelaat dan de huidige vormgeving, waarbij de IBG-groep feitelijk monopolist is.

### **Voorbeeld 3: Arbeidsongeschiktheidsverzekering**

Een andere vergelijkingspunt voor de bijstand zijn arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Het publieke belang bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen is beperkter dan bij de bijstand. Immers, de WAO is uiteindelijk een verzekering, terwijl bijstand een puur herverdelingsinstrument is. Een bijstandsuitkering is een pure *rent*, ook *ex ante*. In de WAO daarentegen betaalt een verzekerde premie ter dekking van mogelijke toekomstige schade. De premie is weliswaar niet volledig bepaald op basis van het equivalentieprincipe, maar uiteindelijk is er een relatie tussen individuele kosten en individuele opbrengsten. Door deze grotere mate van equivalentie kan er een groter beroep worden gedaan op het concur-

rentiemechanisme en het reputatiemechanisme. Verzekeringen vereisen op zich geen uitgebreide overheidsinterventie; zie de auto-, overlijdens- en brandverzekeringen. Het publiek belang beperkt zich bij de WAO tot:

- selectie: slechte risico's zijn onverzekerbaar vanwege hoge premies, wat vanuit verdelingsoogpunt niet aantrekkelijk is;
- *adverse selection*: goede risico's willen zich niet verzekeren om niet mee te hoeven betalen voor slechte risico's.

In dit opzicht lijken arbeidsongeschiktheidsverzekeringen sterk op de gezondheidszorg. De contracteringsproblemen zijn in dit geval echter beperkter, omdat er naast de verzekeraar en de verzekerde geen zorgverlener (wiens activiteiten moeilijk te contracteren zijn) als derde partij is.

Net als de bijstand is de toelating tot de arbeidsongeschiktheidsuitkering gebaseerd op moeizaam verifieerbare informatie. Weliswaar is bij arbeidsongeschiktheid de kring van verzekerden (premiebetalende werknemers) en de hoogte van de aanspraak (afhankelijk van leeftijd, een percentage van het laatst verdiende loon) eenduidiger gedefinieerd dan in de bijstand. Binnen de kring van verzekerden is echter niet eenduidig gedefinieerd wie arbeidsongeschikt is en dus recht heeft op een uitkering. De keuringsbeslissing is moeilijk te contracteren omdat de informatie op grond waarvan de keuringsbeslissing plaatsvindt, moeilijk te objectiveren is. Er is sprake van niet-verifieerbare informatie. Bepaalde procedureafspraken zijn niet voldoende om rechtsgelijkheid te garanderen. Wel zijn de criteria voor de keuring eenduidiger gedefinieerd dan bij de toelatingsbeslissing tot de bijstand. Bij deze medische criteria lijkt residuele beslissingsmacht voor de politiek minder op zijn plaats dan bij de discretionaire beleidsruimte van de uitvoerders van de bijstand. De toelatingsbeslissing in de WAO is meer medisch dan politiek. Er zal dan ook een groter beroep gedaan moeten worden op de professionele beroepsethiek bij de WAO dan bij de bijstand. Zonder voortdurende politieke interventie lijkt het eenvoudiger om een professionele cultuur op te bouwen.

De bovenstaande situatie maakt privatisering (en concurrentie) aantrekkelijker dan bij de bijstand, omdat er meer gebruik kan worden gemaakt van het concurrentiemechanisme (door de grotere equivalentie van premie en uitkering) en omdat de criteria voor de toelatingsbeslissing iets beter te contracteren zijn.<sup>79</sup> Het publieke belang kan bij een private uitvoering als volgt worden veiliggesteld. Iedere werknemer is verplicht verzekerd tegen bepaalde minimale polisvoorwaarden. Dit voorkomt averechtse selectie waarbij de goede risico's onverzekerd blijven.

Wel blijft het probleem van selectie, waarbij verzekeringsmaatschappijen slechte risico's alleen tegen hoge premies verzekeren. Om selectie te voorkomen kunnen verzekeringsmaatschappijen concurreren om contracten met een zeker minimum aantal verzekerden (verplichte *pooling*). Deze verzekeraars kunnen in principe zowel publiek als privaat zijn, mits er maar sprake is van concurrentie.

Dit contract omvat alle werknemers van een bedrijf. Waar bedrijven minder dan het minimum aantal verzekerden hebben, heeft een aantal bedrijven samen een contract. Toelating tot dit gezamenlijke contract gebeurt op basis van objectieve criteria, bijvoorbeeld de regio of de aard van het productieproces. Door deze regels zijn goede risico's verplicht meeverzekerd in een groter geheel, waardoor de mogelijkheden voor selectie worden ingeperkt.<sup>80</sup> Het nadeel van deze verplichte *pooling* is wel dat de transactiekosten om binnen een pool tot overeenstemming te komen over de keuze van een efficiënte verzekeraar, toenemen. Bovendien wordt het binnen grotere pools moeilijker om *free-rider* gedrag te bestrijden (omdat elk individu of individueel bedrijf niet direct wordt geconfronteerd met de externe effecten van een groter beroep op de pool). Zo blijft er een spanningsveld bestaan tussen het voorkomen van selectie (bij grote pools) en het voorkomen van *moral hazard* (bij kleine pools). Met andere woorden: er is een afweging tussen het publieke belang van herverdeling (het voorkomen van selectie) en dat van een efficiënte uitvoering. Een ander mogelijk instrument om selectie tegen te gaan is een residuele publieke verzekering voor degenen (waaronder vroeggehandicapten) die niet tegen een redelijke premie een private verzekeraar kunnen vinden. Ook kan de overheid (op grond van verifieerbare informatie) vouchers afgeven voor slechte risico's, waardoor het voor verzekeringsmaatschappijen en werkgevers aantrekkelijk wordt deze mensen te verzekeren. De prijs van het publieke doel van herverdeling en de omvang van de kruissubsidies (*rents*) wordt zo transparant.

Hoe kan misbruik van niet-verifieerbare informatie in de keuringsprocedure worden voorkomen? Hier speelt de waarde van reputaties in de concurrentie tussen verzekeraars een cruciale rol. Verzekeraars hebben er belang bij hun reputatie als zijnde een betrouwbare verzekeraar te handhaven, omdat die reputatie hun voornaamste wapen is in de strijd om nieuwe verzekeringscontracten. Een paar blokjes televisiereclame geven een aardige indruk hoe belangrijk dit wapen in de praktijk voor verzekeraars is. Meerdere maatschappijen trachten klanten te werven op basis van hun soepele claimbeoordeling. Verzekerden kunnen niet beoordelen of verzekeraars in individuele gevallen de keuringsbeslissing nemen conform (de intentie van) het verzekeringscontract. Zij kunnen dat echter wel voor een grote groep verzekerden beoordelen (vgl. het toernooimodel in par. 2.2.3, waar ook op basis van gemiddelden wordt geoordeeld). Verzekeraars kunnen het zich daarom niet veroorloven zich te hardvochtig op te stellen bij hun keuringen.<sup>81</sup> Ze kunnen de claims ook niet te soepel beoordelen om te voorkomen dat een te hoge premie hun marktpositie aantast. Verzekeraars zullen zich dan ook krachtig te weer stellen tegen een te soepele keuringspraktijk.<sup>82</sup> Concurrentie is zo een belangrijk instrument voor het benutten van niet-verifieerbare informatie ten behoeve van een efficiënte verzekering.

Concurrentie is ook een belangrijk mechanisme ter bevordering van de rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en democratische legitimatie. Zo wordt democratische legitimatie meer bereikt via de markt en minder via het formele politieke proces.<sup>83</sup> Er hoeft minder te worden vertrouwd op formele procedures om de

burgers te beschermen tegen de macht van exclusieve aanbieders. Het feit dat klanten met de voeten kunnen stemmen (er is immers geen exclusieve aanbieder meer), versterkt de machtspositie van de verzekerden ten opzichte van de verzekeraars. Dit vereist wel een transparante markt waarin verzekerden goed geïnformeerd zijn over het gedrag van verschillende verzekeraars. Toezicht en zorgvuldige controle (door gebruikt te maken van ICT) kunnen hierbij een belangrijke rol spelen, omdat ze het opbouwen van reputatie minder duur maken.

Verzekeraars zullen hun informatienadeel moeten ondervangen. In zekere zin is dat opnieuw het principal-agentmodel uit paragraaf 2.2.2: er is een afweging tussen de risicoaversie van de verzekerde en het *moral-hazard* gedrag. Zo kan de onderneming een eigen risico worden opgelegd. Als de contracteenheid een enkel bedrijf is, is die noodzaak misschien wat minder, omdat opportunistisch gedrag wordt afgestraft met een hogere verzekeringspremie in de volgende contractperiode. Indien het contract meerdere bedrijven omvat om aan de minimumcontractomvang te voldoen, dan is een dergelijk eigen risico echter zeker nodig om te voorkomen dat een individueel bedrijf zich opportunistisch gedraagt ten laste van het collectief, door minder productieve werknemers arbeidsongeschikt te laten verklaren ten laste van de verzekeringspremie voor de hele bedrijfstak. Een nadeel van het eigen risico is echter dat bedrijven kunnen gaan selecteren aan de poort om zo hun risico te beperken. Dit is de weer de bekende *trade-off* tussen het voorkomen van selectie en *moral hazard*.

Het privatiseren van de WAO heeft ook belangrijke voordelen in de aanverwante sector van de arbeidsvoorziening. De arbeidsvoorziening kan geheel worden overgedragen aan de private verzekeraar zodat deze alle externe effecten internaliseert. Zo worden de contracteringsproblemen tussen deze twee sectoren verlicht. Een en ander wordt hieronder bij voorbeeld 5 nader uitgewerkt. Aangezien bij de arbeidsongeschiktheid substantiële winst wordt verwacht van een grotere reïntegratie-inspanning, zou dit wel eens het belangrijkste voordeel van private uitvoering kunnen zijn.

Een alternatieve manier om het publieke belang van rechtsgelijkheid te bereiken is een publieke keuring. Het ontvlechten van de keuring en de uitvoering resulteert echter in vele moeilijk contracteerbare externe effecten tussen keuring en uitvoering (zie de discussie in par. 2.3.2 over *connectedness* en die in par. 2.3.5 over informatie en verticale integratie; zie ook de discussie over bijstand hierboven).

Vanzelfsprekend zijn er tal van alternatieve organisatiewijze mogelijk (zie bijv. Aarts en De Jong 1997) en sommige hiervan zullen ook redelijk optimaal zijn. De cruciale vragen zijn met name hoe belangrijk selectie in de praktijk is en in hoeverre de hier voorgestelde regels dit ongewenste proces weten in te dammen. Hiernaast is van groot belang of de overheid (of: een onafhankelijke toezichthouder) in staat is deze regels effectief te handhaven.



Het is echter onmogelijk voor de overheid om rechtsgelijkheid af te dwingen door in ieder individueel geval een beroepsprocedure open te stellen. Een dergelijke procedure biedt mogelijk wel een negatieve garantie (de klager krijgt niet te weinig), maar biedt per definitie geen enkele positieve garantie (de klager krijgt niet te veel). Naarmate de negatieve garantie harder is, wordt de positieve garantie zachter. Dit laatste is precies wat in Nederland voor 1992 is gebeurd. Marktgeoriënteerde oplossingen, waarbij concurrentie wordt ingezet om machtsmisbruik te voorkomen, hebben meer kans om niet-verifieerbare informatie boven tafel te krijgen.

Bij verschillende organisatievormen blijven echter afwegingen bestaan. Het is vaak moeilijk bepaalde publieke belangen volledig te contracteren, zodat de overheid zich kan beperken tot haar kerntaken (het definiëren van het publieke belang), vanwege incomplete en niet-verifieerbare informatie. Het alternatief om deze publieke belangen dan maar in de publieke sector zelf te waarborgen, is vaak ook niet zonder problemen. Het afsplitsen van de moeilijke contracteerbare publieke belangen van de wel contracteerbare publieke belangen resulteert vaak in contractproblemen tussen het publieke en private deel van de uitvoering. Het geheel in de publieke sector houden van de uitvoering (zonder concurrentie) doodt meestal de creativiteit bij de uitvoering, vermindert de informatie die door concurrentie gegenereerd kan worden en leidt ertoe dat de overheid zich minder goed kan concentreren op haar kerntaken. De minder doelmatige uitvoering komt ook de rechtszekerheid meestal niet ten goede (denk aan de WAO-perikelen). Aan alle drie alternatieven kleven dus nadelen: volledige publieke uitvoering, ontvlechten van publiek en private uitvoering, en volledige privatisering. Soortgelijke dilemma's zullen we ook bij de Spoorwegen tegenkomen.

#### **Voorbeeld 4: Werkloosheidsverzekering**

Het publieke belang van verzekeringen voor werkloosheid verschilt van die voor arbeidsongeschiktheid. Selectie en *adverse selection* spelen in dit geval een veel geringere rol dan bij de WAO. Er is echter sprake van gecorreleerd risico. De kansen op ontslag zijn gecorreleerd. Dit betekent dat een verzekeraar slechts zeer beperkt mogelijkheden heeft om risico's te verevenen. In de praktijk is dit een belangrijk argument voor een verplichte verzekering, omdat een stijging van het schaderisico kan worden afgewenteld in een hogere premie voor de thans verzekerden. Met een vrijwillige verzekering is dit niet goed mogelijk, om twee redenen. Ten eerste ontbreekt hiervoor de contractuele grondslag, zodat verzekeraars naar believen premies zouden kunnen verhogen of verlagen. Ten tweede zullen verzekerden die geen schade hebben, de neiging hebben de verzekering op te zeggen zodra de premie omhoog gaat, waardoor de hogere lasten nog moeilijker zijn af te dekken.

Ook in de aard van contracteerbaarheidsproblemen zitten aanzienlijke verschillen. Ten eerste is de informatie die bij de toelating tot de ww wordt gebruikt, beter verifieerbaar dan die voor de WAO. Keuringen zijn bij de ww onbekend.

De bekende kreet “je laten ontslaan” en de discussie over de gebrekkige controleerbaarheid van de evenredigheidsbepaling bij reorganisaties (de leeftijdsverdeling van de ontslagenen moet een afspiegeling zijn van die in het werknemersbestand) laten zien dat dit onderscheid meer een kwestie van gradatie is. Zeker wanneer het aankomt op het verlenen van sancties wegens gebrek aan zoekactiviteit, is de verifieerbaarheid van de geconstateerde overtreding zeer beperkt.

De contracteerbaarheidsproblemen in de ww zijn ook fundamenteel verschillend van die in de bijstand. In de ww is sprake van redelijk verifieerbare informatie gebaseerd op het arbeidsverleden van de uitkeringsontvanger. In de bijstand is die informatie niet beschikbaar.

In de praktijk is de organisatie van werkloosheidsverzekering een nog niet volledig opgelost probleem. Er bestaan in de wereld sterk uiteenlopende instituties; denk bijvoorbeeld aan de verschillen in differentiatie van werkloosheidspremies in diverse landen. Op het eerste gezicht zijn er sterke argumenten om deze verzekering in collectieve handen te houden. Er is immers slechts een beperkt informatieprobleem, zodat markt en hiërarchie equivalent zijn. De beperkte mogelijkheden van risicoverevening pleiten vervolgens voor publieke uitvoering. Er zijn twee bezwaren tegen deze redenering:

- publieke uitvoering leidt niet tot prikkels voor efficiënte uitvoering; het gewicht van dit argument is echter slechts beperkt, omdat de uitvoeringskosten slechts een klein deel van het totale budget uitmaken;
- (waarschijnlijk belangrijker) afhankelijk van de organisatie van de arbeidsongeschiktheidsverzekering, dreigt er afwenteling van arbeidsongeschiktheidsrisico's door private verzekeraars op de publieke werkloosheidsverzekering.

#### **Voorbeeld 5: Arbeidsvoorziening/arbeidsmarktscholing**

Tot slot van deze paragraaf bespreken wij de arbeidsbureaus. Overal in de wereld is de effectiviteit van dergelijke instanties beperkt. Er is bewijsmateriaal dat het sanctiewapen het voornaamste wapen is waarover deze bureaus beschikken. Verplichte sollicitatietrainingen hebben vaak meer effect vanwege hun verplichte karakter dan vanwege de verbetering van de sollicitatievaardigheid. We laten deze discussie hier even rusten en veronderstellen dat trainingen enig effect sorteren.

Het publieke belang bij arbeidsbureaus is tweërlei:

- herverdeling: een arbeidsbureau beoogt de arbeidsmarktkansen van zwakkere groepen te verbeteren en is dus een herverdelingsprogramma; voorzover de werkloze het als zijn/haar belang ziet om te worden getraind (zoals de eerdere discussie laat zien, is dit allerminst vanzelfsprekend), ontvangt de werkloze middels een training een *rent*;
- externe effecten/besparing op de uitkering: iedere uitkeringsontvanger die aan het werk wordt geholpen, leidt tot een besparing op de totale uitkeringsom.

Bij de realisatie van die publieke belang doen zich twee problemen van contracteerbaarheid voor:

- asymmetrische informatie/*cream skimming*: het arbeidsbureau kan altijd beter dan de centrale overheid beoordelen voor wie training wel en voor wie het geen zin heeft. Het heeft er echter belang bij om diegenen te trainen die ook uit zichzelf al een baan zouden vinden, omdat het bijvoorbeeld leukere mensen zijn of omdat aldus de effectiviteit van de trainingen schijnbaar toeneemt;
- niet-verifieerbaarheid/doelincompleteheid: het doel van arbeidsbureaus is niet altijd nauwkeurig omschreven; de politiek heeft de neiging zo nu en dan specifieke doelgroepen (vrouwen, jongeren, migranten, ouderen) hoog op de agenda te plaatsen; de informatie van arbeidsbureaus aan de overheid over hun prestaties is niet-verifieerbaar.

Ook hier zijn tal van oplossingen denkbaar:

1 Volledige uitbesteding aan private uitzendbureaus.

De eerste mogelijkheid is arbeidsmarktscholing geheel uit te besteden aan private uitzendbureaus. Om het herverdelingsaspect te bereiken wordt de bemiddeling van specifieke groepen gesubsidieerd. In het geval het externe effect van de bespaarde uitkeringen het voornaamste motief is, dan is een zeer handzame vorm om het uitzendbureau het recht te geven op een deel van de bespaarde uitkeringslasten. Deze oplossing heeft als voordeel dat uitzendbureaus maximale *incentives* krijgen om kostenefficiënt te werken, zowel in de verdeling van geld en aandacht over de verschillende werkzoekenden als in de organisatie van de training en bemiddeling.

Het is echter zeer de vraag of deze bureaus alleen via dergelijke mechanismen effectief kunnen worden aangestuurd. Allereerst is het bezwaar van *cream skimming* niet ondervangen. Door een uitzendbureau recht te geven op een deel van de bespaarde uitkeringslasten hebben zij weliswaar ‘theoretisch’ (d.w.z. bij symmetrische informatie) de juiste prikkel, maar niet in de praktijk. De verwachte uitkeringslasten zonder actie van het uitzendbureau zijn immers onbekend. Het uitzendbureau kan vermoedelijk veel beter beoordelen wie wel en wie geen kans maakt om weer aan de slag te komen, dan de overheidsambtenaar die de besparing op de uitkeringslasten moet vaststellen. Het bureau heeft dus ruimschoots de mogelijkheid om de makkelijkst bemiddelbare te bemiddelen en toch vorstelijk gecompenseerd te worden. Er is zelfs een reëel risico van corruptie: een werkzoekende die net op eigen kracht een baan heeft gevonden, sluit een deal met een uitzendbureau.

2 Maatstafconcurrentie tussen publieke arbeidsbureaus.

Een andere mogelijkheid is gebruik te maken van maatstafconcurrentie, min of meer vergelijkbaar met de wijze waarop dit besproken is bij de studieburzen: laat publieke arbeidsbureaus in verschillende regio’s met elkaar concurreren, vergelijkbaar met de ideeën die zijn besproken bij de studiefinanciering. Ieder bureau wordt gefinancierd op basis van het aantal bemiddelingen, gecorrigeerd voor de omstandigheden op de lokale arbeidsmarkt en

voor de aard van de bemiddeling, afhankelijk van leeftijd, geslacht, opleiding en herkomst (vergelijkbaar met de verwachte uitkeringslast bij organisatie-wijze 1).

Arbeidsbureaus die geld over houden doordat zij het goed doen, breiden zich uit door de overschotten te investeren in capaciteitsuitbreiding; bureaus die het slecht doen, verliezen marktaandeel. Misschien kan een zekere overlap van regio's worden toegestaan, om te voorkomen dat een succesvol bureau zich louter op een eigen regio kan richten. Uiteindelijk heeft de centrale organisatie het recht om niet-succesvolle directeurs te vervangen. Dit laatste wapen is ook een middel tegen doelincompleteid: de directeur weet dat hij zich uiteindelijk heeft te conformeren aan politieke prioriteiten, ook al kunnen die niet precies worden vastgelegd in contracten. Een directeur die zijn arbeidsbureau groot maakt door extreme vormen van *cream skimming*, kan tot de orde worden geroepen.

De keuze tussen beide alternatieven wordt bepaald door een afweging van de voor- en nadelen. Het voordeel van het publieke systeem met maatstafconcurrentie is dat het minder vatbaar is voor opportunistisch gedrag of *cream skimming*: overschotten mogen gebruikt worden voor nog meer bemiddeling, ze gaan niet naar de winst. De prikkels in het uitzendbureausysteem zijn te sterk, gegeven de zeer gebrekkig informatie over de feitelijke interventies van de arbeidsbureaus. Bovendien houdt de overheid een ultiem recht om in te grijpen ten behoeve van niet-contracteerbare publieke belangen.

Het nadeel van dit systeem is echter dat het zeer moeilijk zal blijken voor de overheid zich eraan te committeren zich niet te bemoeien met het management van de arbeidsbureaus. Bemoeizucht leidt tot het hold-upprobleem: het ondergraft de *incentives* voor directeurs om de arbeidsbureaus efficiënt te organiseren, omdat *incentives* met aanwijzingen ongedaan worden gemaakt (zie par. 2.3.3). Bovendien vereist discretionair ingrijpen van de overheid democratische legitimatie, wat bij gebrek aan verifieerbare informatie leidt tot legalistisch in plaats van discretionair ingrijpen.

### 3 Overdracht aan de private verzekeraar.

Stel dat de bemoeienis met arbeidsvoorziening niet zozeer het doel van herverdeling maar vooral dat van externe effecten dient. In dit geval is er een zeer eenvoudige oplossing mogelijk, indien de sociale verzekering wordt uitgevoerd door private verzekeraars, zoals bij arbeidsongeschiktheid goed mogelijk is. De verantwoordelijkheid voor de arbeidsvoorziening kan geheel worden overgedragen aan deze verzekeraars. Zij hebben de juist prikkels om via training en bemiddeling uitkeringsontvangers weer aan het werk te helpen ('de externe effecten zijn geïnternaliseerd'). Er is geen apart overheidsbudget voor arbeidsvoorziening meer nodig, verzekeraars verwerken de kosten van de trainingen in hun premies en zullen door concurrentie worden gedwongen een efficiënt niveau van trainingen te kiezen (de laatste gulden besteed aan training levert precies een gulden besparing aan uitkeringslasten).

De problemen van niet-verifieerbaarheid en asymmetrische informatie zijn met deze constructie vanzelfsprekend niet verdwenen maar verplaatst naar de private verzekeraar. De private verzekeraar heeft echter meer mogelijkheden om deze problemen op te lossen, omdat zij kunnen decentraliseren en omdat zij geen noodzaak hebben tot democratische legitimatie, aangezien hun activiteiten zijn gebonden aan concurrentie. Hierdoor worden de contracteringsproblemen verzacht en kan de verzekeraar ook niet-verifieerbare informatie gebruiken.

Behalve in het geval sociale verzekeringen geheel privaat kunnen worden uitgevoerd, is de optimale organisatiewijze voor arbeidsmarkttrainingen alles behalve eenduidig. Over de eerst besproken oplossing doen tal van succesverhalen de ronde. Op grond van de bovenstaande argumenten hebben wij echter onze bedenkingen. Dit systeem werkt vermoedelijk uitstekend zolang de doelgroep zo gedefinieerd wordt dat niemand meer zonder hulp of sanctie aan de slag komt (bijv.: mensen die langer dan 2 jaar in de bijstand zitten). Zodra de doelgroep wordt opgerekt en potentieel ook makkelijk bemiddelbare cliënten gaat omvatten, worden de prikkels voor *cream skimming* in een privaat systeem groot. Ze leiden dan tot het type ontwijkgedrag dat is besproken bij het *multiple principal-agent* model (zie par. 2.2.2: als arbeidsbureaus strikt worden afgerekend op succesvolle bemiddelingen, dan wordt alleen nog maar energie gestoken in mensen die uit zichzelf ook wel aan de slag zouden komen).

#### 2.4.4 PUBLIEKE DIENSTEN EN INFRASTRUCTUUR

In deze paragraaf wordt een aantal voorbeelden besproken waarin overheidsbemoediging mede wordt gemotiveerd vanuit het bestaan van een natuurlijk monopolie: de Spoorwegen en telefonie.

##### **Voorbeeld 1: Spoorwegen**

Het publieke belang bij de Spoorwegen omvat de volgende elementen:

- natuurlijk monopolie: er zijn substantiële vaste verzonken kosten voor de aanleg van het spoorwegnet. Deze specifieke investeringen in fysiek kapitaal resulteren in een niet-betwistbare markt. Het natuurlijk monopolie dat hierdoor ontstaat genereert negatieve externe effecten;<sup>84</sup>
- externe effecten mobiliteit: zolang het gebruik van wegcapaciteit (vanwege technische<sup>85</sup> en/of politieke redenen) moeilijk rechtstreeks kan worden geprijsd, genereert iedere automobilist die verleid kan worden met de trein te reizen, een extern effect op de overige automobilisten. Dit argument geldt met name in de spitsuren;
- selectie: de Spoorwegen hebben een prikkel om alleen de commercieel aantrekkelijke, druk bereide trajecten te bedienen. Hierdoor worden regio's buiten de Randstand benadeeld;
- herverdeling: het openbaar vervoer dient voor iedereen toegankelijk te zijn tegen een relatief lage prijs (sociale doelstelling). Iedere burger heeft recht op deze basisvoorziening, onafhankelijk van maatschappelijke of geografische positie.

***Trade-off politiek primaat en doelmatige productie...***

De Spoorwegen zijn een goed voorbeeld van het spanningsveld tussen het politiek primaat en een doelmatige productie, zoals beschreven in paragraaf 2.3.3. Enerzijds is er de wens om meer residuele beslissingsmacht neer te leggen bij de Spoorwegen. De grotere ondernemersvrijheid als gevolg van minder overheids-inmenging in de beleidsvoering moet leiden tot een cultuurverandering gericht op een grotere doelmatigheid en klantgerichtheid. Anderzijds is de politiek er huiverig voor te veel residuele zeggenschap uit handen te geven, omdat zij bang is onvoldoende flexibiliteit te behouden bij het hanteren van instrumenten in het mobiliteitsbeleid en het sociale beleid.

***...vanwege specifieke investeringen en contracteringsproblemen***

Het principe van de schaarse macht speelt vooral bij de Spoorwegen vanwege de karakteristieken van het productieproces en de aard van de publieke belangen. De vele specifieke investeringen (in zowel fysiek als menselijk kapitaal) impliceren een belangrijk hold-upprobleem dat moeilijk contractueel of via concurrentie kan worden opgelost. Omdat contracten onvoldoende bescherming bieden, zal de partij zonder residuele beslissingsbevoegdheid altijd kwetsbaar zijn.

***De overheid is kwetsbaar...***

Een contract op de output, waarbij de Spoorwegen residuele beslissingsbevoegdheid krijgen, plaatst de politiek in een kwetsbare positie omdat het mobiliteitsbeleid een politiek gevoelig onderwerp is in een dynamische omgeving met moeilijk te anticiperen externe effecten. Het is dus moeilijk voor de politiek zich te committeren aan contracten en zo de democratische legitimatie te beperken tot het moment waarop de contracten worden afgesloten. Zo houdt de politieke bemoeienis over de tariefstelling van de spoorwegen aan, ondanks eerdere contractuele overeenkomsten waarin de Spoorwegen zeggenschap kregen over deze zaken.

***...of de Spoorwegen zijn kwetsbaar...***

Een contract op de verifieerbare input, waarbij de politiek aan de knoppen blijft zitten, vermindert de prikkels voor niet-contracteerbare investeringen in menselijk kapitaal, ondernemerschap en innovativiteit bij de Spoorwegen. Zo maakt de voortdurende politieke bemoeienis met de verhouding tussen spits- en dal-tarieven een doelmatige bedrijfsvoering moeilijk. Dit geeft aan dat er vaak een spanning is tussen voortdurende democratische legitimatie via het politieke proces en het bieden van rechtszekerheid aan de uitvoerder van de publieke taken.

***...zodat macht kostbaar is***

De politiek zit gevangen tussen de wens om enerzijds politieke flexibiliteit te behouden en anderzijds te bezuinigen op de Spoorwegen. Harde politieke keuzen zijn onontkoombaar. Residuele politieke zeggenschap is een schaars goed, waarvoor betaald moet worden (in termen van minder doelmatigheid en dus minder bezuinigingen).<sup>86</sup>

### ***Trade-off: profiteren decentrale informatie versus internaliseren onvoorziene effecten***

De Spoorwegen bieden ook een illustratie van de *trade-offs* geïdentificeerd in paragraaf 2.3.2. Wanneer de zeggenschap aan de Spoorwegen wordt gedelegeerd, kan worden geprofiteerd van de extra specifieke informatie die daar beschikbaar is. Een nadeel van het delegeren van zeggenschap aan de Spoorwegen is dat de onderhandelingskosten toenemen bij het internaliseren van onvoorziene externe effecten in complexe contracten.

### ***Influence costs en het prijskaartje van politieke interventie***

Verder vermindert de verminderde zeggenschap voor de overheid de *influence costs* gericht op het via het politieke proces binnen halen van *rents*. De Spoorwegen worden een ‘gewoon’ bedrijf en zijn niet langer het speeltje van de politiek.

Politieke interventie wordt ook minder aantrekkelijker, omdat kosten van politieke interventie duidelijker zichtbaar worden; de overheid dient voor haar wensen direct te betalen in de vorm van contracten met de Spoorwegen. Zo wordt ook het prijskaartje van kruissubsidies gericht op sociale (of regionale) doelstellingen duidelijker zichtbaar. Of dit als een nadeel moet worden beschouwd, hangt af van ideologische voorkeuren. Degenen die een activistische overheid voorstaan en een grote waarde hechten aan het politieke primaat, zullen het niet waarderen dat het prijskaartje van dit activisme direct bijgeleverd wordt. Hetzelfde geldt voor degenen die profiteren van kruissubsidies, die bij contracten duidelijker zichtbaar worden.

### ***Concurrentie als extra sturingsinstrument...***

Een manier om deze *trade-offs* te verzachten is het introduceren van concurrentie op of om het spoor. Dit impliceert dat de overheid een extra instrument gebruikt om de macht van de Spoorwegen te disciplineren. Bovendien worden reputatie-effecten belangrijk (zie par. 2.3.6). Spoorwegmaatschappijen zullen zich eerder houden aan impliciete contracten, omdat reputatie waardevol wordt in een concurrerende omgeving.

### ***...is alleen onvoldoende...***

Hierbij doen zich twee complicaties voor. In de eerste plaats blijven naast concurrentie andere instrumenten nodig wanneer het particuliere belang niet samenvalt met het publieke belang. De sociale doelstelling van een lage prijs voor vervoer kan worden bereikt door productensubsidies (‘objectsubsidies’) aan vervoerders.<sup>87</sup> Verder kan men ten behoeve van het sociale en mobiliteitsbeleid de tarieven reguleren door ze vast te leggen in langjarige contracten. De overheid blijft bij het contracteren van dit publieke belang geconfronteerd worden met de hierboven beschreven afwegingen omdat het publieke belang vanwege incompleteit van publieke doelen vaak moeilijk contracteerbaar is.

**...en moeilijk te bereiken...**

Een tweede complicatie is dat concurrentie moeilijk te bereiken is vanwege de specifieke karakteristieken van het productieproces bij de Spoorwegen.

De Spoorwegen maken namelijk gebruik van specifieke kapitaalgoederen die bovendien sterk complementair zijn.

**...door ontvlechting infrastructuur en exploitatie...**

Om concurrentie in de exploitatie te verenigen met het natuurlijk monopolie op het kapitaalintensieve netwerk (de infrastructuur is niet betwistbaar omdat de kosten verzonken zijn vanwege het specifieke karakter van het kapitaal) wordt wel voorgesteld exploitatie en infrastructuur te ontvlechten.

**...met publieke infrastructuur...**

De infrastructuur zou dan het beste in publieke handen kunnen blijven, ook al omdat de overheid via haar ruimtelijkeordeningsbeleid en mobiliteitsbeleid een grote invloed heeft op de waarde van de infrastructuur. De 'verstatelijking' van de infrastructuur is consistent met het principe dat de eigendomsrechten voor fysieke kapitaalgoederen dienen te worden toegeedeeld aan de partij die de risico's van een waardeverandering van deze goederen het beste kan beheersen (zie par. 2.3.4).

**...en concurrentie op het spoor...**

Om concurrentie op het spoor mogelijk te maken zou ook binnen de exploitatie ontvlechting moeten optreden; de NS zou in feite gesplitst worden in verschillende exploitatiemaatschappijen. Een dergelijke ontvlechtingsoperatie resulteert echter in de nodige contracteringsproblemen tussen de verschillende onafhankelijke maatschappijen (zie de discussie over *connectedness* in par. 2.3.2). De contracteringsproblemen tussen de verschillende exploitatiebedrijven betreffen de verdeling van spoorcapaciteit, de onderlinge uitwisselbaarheid van kaartjes, en de aansluitingen. De transactiekosten maken concurrentie op het spoor duur.

**...of concurrentie om het spoor...**

Een alternatief is concurrentie om het spoor, waarbij exclusieve rechten (een concessie) worden toegekend aan een exploitant voor een bepaalde periode (zie par. 2.2.4 en par. 2.3.3). Dit voorkomt de contracteringsproblemen tussen verschillende exploitanten. Ook hier doen zich echter contracteringsproblemen voor. Investerings in materieel en infrastructuur zijn namelijk complementair. Complementaire investeringen in kapitaalgoederen genereren hold-upproblemen die alleen door complexe contracten zijn op te lossen (zie par. 2.3.3).

Exploitatie en investeringen in infrastructuur zijn nu eenmaal zeer nauw met elkaar verbonden. Bovendien zijn er substantiële externaliteiten tussen exploitatie en infrastructuur: stations zijn zeer aantrekkelijke locaties voor zowel kantoren als woningen. Ook ontvlechtingsoperaties gericht op concurrentie om het spoor, zijn dus duur. Ten slotte lijkt het moeilijk om effectieve concurrentie om het spoor te bereiken omdat de huidige exploitant de nodige concurrentievoordelen bezit vanwege haar specifieke investeringen, die complementair zijn met de infrastructuur.



***...of ontvlechting binnen exploitatie***

Een andere mogelijkheid is het kapitaalintensieve deel van de exploitatie te scheiden van het deel dat veel moeilijk contracteerbare menselijke input benut. Zo zou het materieel in een apart bedrijf kunnen worden ondergebracht. Ook hier doen zich echter de nodige contracteringsproblemen voor omdat de menselijke input (via onderhoud) een grote invloed heeft op de waarde van het materieel (zie ook de discussie in par. 2.3.4). De macht over het materieel is dus schaars; zowel de infrastructuur als de exploitatie hebben grote invloed op de waarde ervan.

***Trade-offs***

De ontvlechttingsoperaties hebben zeker voordelen. Door beslissingsmacht te delegeren worden sterkere prikkels voor niet-contracteerbare menselijke input gegenereerd (zie par. 2.3.3). Bovendien genereert concurrentie informatie over opportunistisch gedrag van aanbieders (zie par. 2.2.4). Hier staat tegenover dat de complementariteit van specifieke kapitaalgoederen aanleiding geven tot hold-upproblemen tussen de verschillende onafhankelijke marktpartijen. Het is mogelijk dat al dit soort hold-upeffecten effectief contracteerbaar zijn, maar dan alleen op basis van geleidelijk opgebouwde ervaring. In de tussentijd blijft macht een schaars goed.

***Zonder concurrentie wordt contracteren kwaliteit belangrijk...***

Zonder effectieve concurrentie wordt het belangrijker bepaalde aspecten van de publieke doelen preciezer te contracteren (zie Hart et al. 1997). Het gaat hierbij vooral om de kwaliteit van het product. Concurrentie dwingt deze kwaliteit vanzelf af, maar zonder concurrentie dient dit precies te worden vastgelegd in prestatiecontracten. Ook kan zonder concurrentie niet verwacht worden dat de aanbieder zich houdt aan impliciete contracten, omdat de overheid niet naar alternatieve aanbieders kan uitwijken als de Spoorwegen zich niet aan het contract houden. Dit impliceert dat het belangrijker wordt de rechten en plichten van de Spoorwegen formeel vast te leggen in prestatiecontracten. Zo resulteert privatisering in herregulering.

***...maar Spoorwegen ondervinden concurrentie...***

Zoals bij de beschrijving van de publieke doelen reeds is aangegeven, heeft het argument van natuurlijke monopolie slechts beperkte geldigheid vanwege de concurrentie met andere vervoermiddelen. De relevante markt strekt zich dus verder uit dan de Spoorwegen. Ondanks hun monopoliemacht zijn de Spoorwegen niet in staat geweest winst te maken. Dit argument suggereert dat de ontvlechting tussen infrastructuur en exploitatie niet nodig is. De Spoorwegen kunnen dan in hun geheel worden geprivatiseerd, waarbij de Spoorwegen de bevoegdheid krijgen over zowel infrastructuur als exploitatie. Via het Coase-principe (een bedrijf zoekt uit zichzelf naar de meeste efficiënte coördinatievorm) wordt dan vanzelf duidelijk in hoeverre (delen van) de exploitatie via uit- of aanbesteding kunnen worden georganiseerd.

**...terwijl sturing door overheid mogelijk blijft via NMA...**

De overheid houdt langs een aantal kanalen invloed op de Spoorwegen, zij het dat de residuele bevoegdheden minder groot zijn dan bij een staatsbedrijf. Ten eerste dient de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) toezicht te houden op het misbruik van monopolie-macht. De overheid wordt van uitvoerder van het productieproces dus meer toezichthouder. De toezichthoudende taak is eenvoudiger bij een particulier dan een overheidsbedrijf, omdat de overheid met minder vermenging van belangen te maken heeft tussen de taak van toezichthouder en die van de uitvoerder.

**...planologische procedures...**

Ten tweede vergen de investeringen in infrastructuur allerlei planologische procedures, zeker ook waar het gaat om de exploitatie van winstgevende stationslocaties. De Spoorwegen en de overheid zijn dus onderling afhankelijk. Om daarmee gepaard gaande hold-upproblemen te voorkomen zijn complexe contracten noodzakelijk. Vaak zullen complete contracten echter niet mogelijk zijn en blijven de Spoorwegen zitten met politieke risico's. Er blijft hier dan ook een spanningsveld bestaan tussen een bedrijf dat *commitment* van de politiek wil (rechtszekerheid) ten behoeve van specifieke investeringen en een overheid die dit niet kan (vanwege de fundamentele incompleetheid van het democratische proces) of wil (vanwege de optiewaarde van het uitstellen van beslissingen om zo over meer informatie te beschikken) geven.<sup>88</sup>

**...en het contracteren van publieke belangen**

Ten derde zal de overheid bepaalde publieke belangen in het kader van het mobiliteitsbeleid of sociale beleid willen contracteren.<sup>89</sup> Herregulering door een ordenende overheid blijft van belang. Vanwege de effectieve concurrentie hoeft de overheid de kwaliteit van het product echter niet langer te contracteren.

**Voorbeeld 2: Telefonie**

Bij de telefonie is opnieuw het voornaamste argument voor overheidsbemoeyenis het natuurlijk monopolie-karakter van het netwerk. Het oude staatsbedrijf had zelfs het wettelijk monopolie op het aanleggen van een netwerk. Anders dan de Spoorwegen, die gebruik maken van een oude en ver uitontwikkelde technologie, is technologische ontwikkeling in de telefonie gigantisch. Deze snelle verandering maakte effectieve regulering door de overheid nauwelijks mogelijk. De ervaring uit het verleden hebben dan ook laten zien dat overheidsbemoeyenis geen garantie is tegen het gebruik van monopolie-macht. De omvang van de monopolie-macht staat echter onder invloed van twee, tegengestelde ontwikkelingen.

Ten eerste is het gebruik van het netwerk de noodzakelijke voorwaarde voor het aanbieden van tal van andere diensten. De technologische ontwikkeling kan dus alleen tot volle wasdom komen indien het monopolie geen belemmering vormt voor toetreding. De nieuwe technieken vergroten dus de waarde van het netwerkmonopolie. Min of meer analoog aan het geval bij de Spoorwegen zou het natuurlijk monopolie kunnen worden afgesplitst van de exploitatie.

Het huidige beleid is niet zozeer gericht op afsplitsing als wel op het toelaten van concurrenten op het netwerk tegen extern vastgestelde prijzen.

De tweede ontwikkeling is de opkomst van alternatieven voor het netwerk. Straalverbindingen hebben de betekenis van het netwerk gereduceerd tot de lokale aansluiting. Draadloze telefonie maakt het netwerk zelfs geheel overbodig. Nieuwe kabeltechnieken stimuleren de aanleg van geheel nieuwe, parallelle netwerken. Verder biedt ook het bestaande TV-kabelnet mogelijkheden. Al met al wordt de betekenis van netwerk hierdoor uitgehoud.

Deze ontwikkelingen vervullen thans voor het natuurlijk monopolie van de KPN dezelfde rol als 30 jaar geleden de auto heeft vervuld voor het monopolie van de Spoorwegen. De positie van de overheid ten aanzien van de KPN zal over dertig jaar echter een andere zijn dan die de overheid thans inneemt ten aanzien van de Spoorwegen. Voor KPN is de keuze gemaakt het bedrijf te privatiseren, zodat het kan evolueren met de technologie in de sector en gedwongen wordt verlieslatende activiteiten te reorganiseren. Bij de Spoorwegen hebben deze prikkels gedurende de hele periode van neergang ontbroken.

Uit deze ontwikkeling vloeit min of meer logisch een beleidslijn voort. Enerzijds het verminderen van de wettelijke monopolie-macht van de PTT, zodat concurrentie waar mogelijk wordt bevorderd. Anderzijds een regulering van de tarieven die het oude monopolie in rekening mag brengen voor diensten aan andere aanbieders van telecommunicatiediensten voor het gebruik van het netwerk. Naarmate de eerste ontwikkeling succesvoller is, zal de tweede ontwikkeling van minder praktische betekenis zijn.

### **Voorbeeld 3: tv-kabelnetten**

Een interessant geval dat recent veel aandacht heeft getrokken vanwege de verkoop van A2000 is de privatisering van kabelnetten. Ook hier speelt het probleem van een natuurlijk monopolie, met dit verschil ten opzichte van bijvoorbeeld het telefoonnet dat dit natuurlijk monopolie kan worden gebruikt tegen zowel leveranciers (doorgifte alleen onder voorwaarden) als tegen consumenten (hoge abonnementsprijs).

Het geval is interessant omdat het opnieuw illustreert dat de politiek het moeilijk vindt zich vast te leggen in langlopende contractueel vastgelegde afspraken en daarmee beslissingsbevoegdheid uit handen te geven, mede omdat de overheid nog ervaring mist om publieke belangen vast te leggen in contracten.

Een monopolie en de hierbij behorende residuele beslissingsmacht was voor veel geld en onder een aantal beperkende randvoorwaarden (een maximumprijs voor de consument) verkocht. Wanneer vervolgens in nieuwe onvoorziene omstandigheden de particuliere partij gebruik maakt van haar zeggenschap op een manier die de politiek niet bevalt, wordt vervolgens geprobeerd nieuwe randvoorwaarden in een reeds geëffectueerd contract op te nemen.

De motivatie voor deze extra randvoorwaarde is evenzeer interessant. Het is mogelijk dat het oorspronkelijke contract niet adequaat was, in die zin dat de consument wel afdoende beschermd was tegen te hoge prijzen maar niet tegen een te klein pakket. Het is echter evenzeer denkbaar dat A2000 gelijk had: de zender/adverteerder die wil worden doorgegeven, moet betalen. Een contractueel vastgelegd pakket geeft de zender in feite monopolieacht ten opzichte van A2000 en is dus een impliciete publieke subsidie aan de zender. De onderhandelingsmacht van zendstations wordt ingeperkt wanneer de politiek zich committeert aan commerciële exploitatie door het netwerk te verkopen.

Mocht dit laatste niet het geval zijn, dan is de vraag of verkopen van het net zinvol is. Als de politiek in- en verkoopprijzen en ook het pakket zelf volledig wil bepalen, dan heeft hiërarchie een voordeel vanwege de doelincompleteid (wie vertelt ons wat morgen de politieke preferenties zijn ten aanzien van de pakket samenstelling). In dit geval is meteen duidelijk wat de kostprijs is van een dergelijk politiek wensenpakket: 700 miljoen verkoopprijs van het monopolie.

### **Conclusie**

Bovenstaande voorbeelden maken duidelijk hoezeer het argument van natuurlijke monopolie aan erosie onderhevig is. Deze voorbeelden kunnen worden aangevuld, bijvoorbeeld met de elektriciteitssector en de post. De wenselijkheid van overheidsingrijpen wordt in dergelijke gevallen bepaald door twee afwegingen.

Ten eerste zijn natuurlijke monopolies in veel gevallen niet zo natuurlijk als ze in publieke discussies lijken te zijn. Vaak is het de moeite waard te investeren in een tweede netwerk dat de monopoliepositie van het eerste netwerk ondergraaft. Wel is er dan enige verdubbeling van vaste kosten. Er is dus sprake van een afweging tussen de kosten van een extra net tegen de meerwaarde van concurrentie. In tegenspraak tot dit uitgangspunt was het in het verleden eerder het beleid om een publieke aanbieder naast het natuurlijke ook het wettelijke monopolie te geven: de PTT had in het verleden het wettelijke alleenrecht op een kabelnetwerk en op postbezorging.

Een tweede afweging is die tussen de kosten van politieke interventie en de kosten van misbruik van monopolieacht. Monopolieacht is een veelvuldig voorkomend verschijnsel binnen een economie, ook in sectoren waar geen overheidsregulering wordt toegepast. De redenen waarom deze monopolieacht in het ene geval wel aanleiding geeft tot politieke interventie en in het andere geval niet, zijn vaak grotendeels historisch bepaald. Vaak gaan achter het efficiencyargument van monopolieacht andere argumenten schuil, zoals herverdeling via steunverlening aan verliesgevende sectoren. De ervaring leert dat waar politieke interventie wordt geïntroduceerd, verstoringen de doelmatigheid eerder doen afnemen dan toenemen.

## 2.5 SLOTBESCHOUWING

### 2.5.1 INLEIDING

De keuze van het optimale coördinatiemechanisme voor de aanbidding van diensten met een publiek belang blijkt geen sinecure. Steeds zal moeten worden geïventariseerd wat in een concrete situatie de aard van het publieke belang is en wat de problemen zijn om dat belang te contracteren. Hierbij is een groot aantal factoren van belang: de aard van de informatie van de betrokken partijen, is er sprake van concurrentie, spelen risicoaversie en reputatie een grote rol, hoe gevoelig zijn de partijen voor financiële prikkels, is er sprake van specifieke investeringen enzovoort. De keuze voor een bepaald coördinatiemechanisme is afhankelijk van de uitkomst van deze inventarisatie. De voorbeelden in paragraaf 2.4 geven een indruk hoe dat in zijn werk gaat. In de praktijk blijkt die inventarisatie vaak met de nodige onzekerheid te zijn omgeven, zodat meerdere modellen denkbaar zijn. Management van de publieke sector is daarom niet anders dan het management van een onderneming: de kunst van het maken van keuzes in tal van onoverzichtelijke afwegingen. Er blijft dus altijd een markt voor economen, organisatieadviseurs en vooral voor goede managers.

Het heeft daarom geen zin om in dit slothoofdstuk te komen met eenvoudige recepten. Zij zouden de lezer achterlaten met een misplaatst gevoel van eenduidigheid. In plaats van die helderheid wordt de lezer een aantal uitgangspunten geboden, die hem kunnen helpen de achtergronden van de onoverzichtelijke processen in de publieke sector te doorgronden.

In paragraaf 2.5.2 wordt een aantal uitgangspunten aangaande de verhoudingen tussen politiek, recht en economie besproken. Hierbij worden ook de vijf criteria van de WRR in de analyse betrokken. Ook die criteria hebben immers een geschiedenis die langer is dan de duur van dit project. Ook hun relevantie verdient analyse en verklaring. In paragraaf 2.5.3 dalen we vervolgens af naar de meer concrete managementvragen: welke afwegingen komt een manager van een publieke dienst c.q. de ontwerper van een aansturingsmechanisme zoal tegen. We besluiten in paragraaf 2.5.4 met een analyse van de verhouding tussen de theoretische exercitie in deze studie en de feitelijke ontwikkeling.

### 2.5.2 DE VERHOUDING TUSSEN POLITIEK, RECHT EN ECONOMIE

#### *De verhouding tussen de juridische en economische criteria*

De vijf door de WRR geformuleerd criteria voor de beoordeling van transactie-vormen kunnen worden uiteengelegd in twee categorieën:

- procedurele criteria: rechtsgelijkheid; rechtszekerheid; democratische legitimatie,
- uitkomstcriteria: doelmatigheid; doeltreffendheid/verdeling.<sup>90</sup>

Wat is de verhouding tussen beide categorieën? De discussie is analoog aan die over de verhouding tussen sociale en politieke grondrechten. In de economische en de politicologische literatuur kunnen grofweg twee posities worden onderscheiden.

De eerste positie wenst het overheidsoptreden te beoordelen op uitkomst (sociale grondrechten). Dit wil niet zeggen dat de procedurele criteria niet van cruciale betekenis zijn. In een hiërarchie is het gezag van functionarissen niet gebonden door de wetten van concurrentie maar door regels en voorschriften. De top van een markthiërarchie (i.c. een onderneming) mag deze regels aanpassen en wordt hierin uiteindelijk weer gebonden door concurrentie.

De staatsmacht wordt niet ingeperkt door concurrentie, vooral omdat de staat veelal het gewelds*monopolie* bezit. Er is dus behoefte aan een ander mechanisme om de beschikkingsmacht van de staat en de politici die haar besturen aan banden te leggen. De ontwikkeling van deze mechanismen – democratische legitimatie van staatsmacht, rechtsgelijkheid van de burgers en rechtszekerheid ten aanzien van staatsingrijpen (= politieke grondrechten) – is een van de belangrijke maatschappelijke innovaties van de afgelopen eeuwen. Deze mechanismen of procedurele criteria voorzien dus in een behoefte aan tegenmacht tegen het geweldsmonopolie van de staat. De procedurele criteria zijn hiermee geen exogeen gegeven, maar zijn endogeen ontwikkelde sturingsinstrumenten van de burger ten opzichte van de staatsmacht. Op vergelijkbare wijze zal in paragraaf 2.5.4 de endogeniteit van de uitkomstcriteria worden geadstrueerd.

Juist omdat de procedurele criteria de macht van het hoogste gezagsorgaan aan grenzen moeten binden, hebben deze criteria een bijzondere status gekregen: het zijn rechtsprincipes geworden, die zelfs de staat niet zelf mag wijzigen.<sup>91</sup> Dit verklaart de emotionele lading die een discussie over de criteria in zich heeft.

De tweede positie is veel cynischer ten aanzien van het corrigerend vermogen van de staatsmacht. Markten zijn redelijk doelmatig en, voorzover dit niet zo is, wordt er weinig verwacht van het corrigerend vermogen van de staat. De uitkomstcriteria zijn in dat geval irrelevant: de markt zorgt immers voor een doelmatige uitkomst en voorzover dat niet het geval is, functioneert de staat zo gebrekkig dat externe effecten en de inkomensverdeling beter op hun beloop kunnen worden gelaten. De procedurele criteria worden niet veel radicaler geïnterpreteerd: zij dienen om eigendomsrechten maximaal te beschermen tegen politieke interventie, zodat markten maximaal doelmatig kunnen functioneren. Hierbij speelt met name de rechtszekerheid, die eigendomsrechten beschermt tegen politieke interventies, een centrale rol. In deze positie zijn rechtsprincipes dus het enige relevante criterium.

De auteurs van deze studie neigen naar de eerste positie. Wij zijn overtuigd van de beperkingen van overheidsinterventie, maar zijn niet zo pessimistisch dat wij denken dat het in het geheel geen zin heeft uitkomsten te beoordelen.

Voor deze studie is het echter vooral van belang de rol van de procedurele criteria scherp voor ogen te houden: zij bieden bescherming tegen het geweldsmonopolie van de staat. In die zin zijn zij een sturingsinstrument voor de burger, evenals concurrentie.

### ***Niet-verifieerbare informatie en de grenzen van het recht***

In moderne, hoog ontwikkelde samenlevingen is er een hoge mate van arbeidsdeling in de vergaring en het bijhouden van informatie. Tal van specialisten bezitten informatie die door anderen niet kan worden geverifieerd. Zonder dergelijke informatie zou onze maatschappij niet doelmatig kunnen functioneren. Dit geldt ook voor de informatie die wordt gebruikt binnen het staatsapparaat: ook die is veelal niet verifieerbaar.

Dit schept een probleem. Het wettelijk kader en de contracten die hierop zijn gebaseerd, ontlenuen hun betekenis aan de machtsmiddelen die worden ingezet voor wetshandhaving. Echter, wetten en contracten kunnen niet op niet voor derden verifieerbare informatie worden gebaseerd, omdat de rechter dergelijke informatie niet kan beoordelen. De aard van de informatie, de factor die ook mede bepalend was voor de onderlinge grenzen van markt en hiërarchie, bepaalt ook de grenzen van het domein van het recht. De vergaring van en de beschikking over informatie is een cruciaal concurrentievoordeel. Waar dergelijke informatie privé-bezit is, verliest de rechter zijn beoordelings- dan wel veroordelingsvermogen.

Niet-verifieerbaarheid van informatie maakt het garanderen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid in de praktijk tot een dode letter. Dit is vooral een probleem voor staatsinterventies, waar de procedurele criteria immers bescherming moeten bieden tegen het machtsmonopolie van de staat. Concurrentie kan dan soms een goed alternatief zijn voor de bescherming door de procedurele criteria. Concurrentie genereert immers informatie. Bovendien verzwakt de positie van aanbieders ten opzichte van de burgers, omdat burgers met de voeten kunnen stemmen om hun recht te halen. Ten slotte werkt het reputatiemechanisme beter als er sprake is van concurrentie; aanbieders krijgen namelijk een groter belang bij een goede reputatie (zie hieronder).

### ***Markt suboptimaal onder imperfecte informatie?***

In veel analyses van het verschil tussen de aanbesteding van publieke taken en uitvoering in eigen beheer of, meer in het algemeen, van het verschil tussen markt en hiërarchie komt de notie naar voren dat het marktmechanisme goed functioneert zolang informatie ruimschoots voor handen is. Zodra de informatie op een of andere manier beperkt is, zou de hiërarchie een te prefereren transactievorm zijn. Deze redenering is onjuist.

Dit misverstand is vermoedelijk ontstaan als gevolg van een onjuiste interpretatie van de hoofdstelling van de welvaartstheorie. Deze stelling zegt dat markten efficiënt zijn als informatie over de verhandelde goederen perfect is.

Dit zegt echter niet dat hiërarchie in dat geval inefficiënt is. Ook het functioneren van een hiërarchie wordt door informatieproblemen gehinderd. Zolang informatie perfect is, zijn hiërarchie en markt equivalent. Alles kan dan probleemloos worden geregeld. Zodra er strubbelingen zijn in de informatievoorziening, worden de conclusies minder eenduidig. Soms doet hiërarchie het beter (m.n. als incomplete contracten specifieke investeringen in fysiek kapitaal niet goed kunnen beschermen), maar vaak is concurrentie een ideaal instrument om ontbrekende informatie boven tafel te krijgen.

### ***Markten genereren reputaties***

Waar veel informatie niet-verifieerbaar is, zijn partijen in een transactie vaak aangewezen op organisatieprincipes en contractvormen die ook afdwingbaar zijn zonder de hulp van de rechterlijke macht. Ook hier is de markt een belangrijke bron van informatie. Een reputatie als betrouwbare contractpartner, die niet-verifieerbare informatie niet uit opportunistische onjuist weergeeft, heeft marktwaarde. Deze marktwaarde maakt reputatie geloofwaardig, omdat men deze reputatie niet licht met opportunistisch gedrag te grabbel zal gooien. Met behulp van dit reputatiemechanisme kan niet-verifieerbare informatie toch voor transacties worden benut.

### ***Publieke aanbidding en de procedurele criteria***

Publieke aanbidding van diensten wordt vaak gezien als een waarborg voor rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratische legitimatie. In het licht van het voorafgaande kan deze stelling beter worden omgedraaid: bij gebrek aan inperking van de macht van politici door concurrentie kan publiek optreden niet zonder de waarborgen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratische legitimatie.

De waarborgen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratische legitimatie zijn nodig om politici te binden aan het belang van hun electoraat. Zij zijn echter tegelijkertijd belemmeringen voor publieke slagvaardigheid. Effectief overheidsoptreden kan alleen door gebruik te maken van de niet-verifieerbare informatie van haar ambtenaren, de kennis tot in de haarvaten van de samenleving. Maar als de overheid op niet-verifieerbare informatie vertrouwt, kunnen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid niet langer worden gegarandeerd. Dit dilemma verklaart de stroom van aanvaringen tussen bestuurders en het rechtssysteem die de afgelopen jaren hebben plaatsgevonden, en de klachten onder bestuurders over de onwerkbaarheid van het recht.

Rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zijn daarom dus niet zozeer een voordeel van publieke uitvoering, het zijn eerder randvoorwaarden die aan het monopolie van publieke uitvoering moeten worden gesteld. Concurrentie, in combinatie met het reputatiemechanisme, maakt die randvoorwaarden goeddeels overbodig. Die combinatie legt de discretionaire macht van beide contractpartijen aan banden en maakt het daarmee mogelijk niet-verifieerbare informatie toch te benutten.



### ***De preoccupatie met politieke sturing***

Wie moet er sturen? In bestuurskundige analyses is de wenselijkheid van politieke sturing een gegeven. Het primaat van de politiek is boven elke twijfel verheven. Het is echter niet het primaat van de politiek maar dat van de burger dat boven iedere twijfel verheven zou moeten zijn. Zolang de burger kan sturen zonder de politiek en zijn preferenties kan realiseren via concurrentie of zelf-regulering (d.w.z. onderhandelingen volgens het Coase-principe), is politieke sturing overbodig. Zodra concurrentie en vrije onderhandelingen tussen burgers niet meer werken en er dus een publiek belang ontstaat, heeft de burger behoefte aan politieke sturing. De eis van democratische legitimatie stelt de burger op zijn beurt in staat de politiek te sturen.

Net als het marktmechanisme en de hiërarchie kent ook democratie haar beperkingen. Ook in de politiek is informatie imperfect. Hierdoor hebben politici een zekere vrijheid om hun eigen voorkeuren uit te leven en *rents* te incasseren. Concurrentie is een substituut voor democratische legitimatie.

### ***Gebrek aan politiek commitment en doelincompleteid***

Het politiek systeem heeft moeite zich geloofwaardig te committeren. Dit maakt overheidsinvesteringen bijzonder gevoelig voor het hold-upprobleem. Voor dit probleem zijn drie oorzaken aan te geven.

Ten eerste worden politici iedere vier jaar gekozen dan wel herkozen. De volgende lichter politici heeft er geen belang het *commitment* van de vorige generatie over te nemen, ook al omdat zij weten dat zij zelf over vier jaar door de hen opvolgende generatie worden vervangen. Als gedeeltelijke remedie voor dit probleem is de zittende regering in Nederland aanspreekbaar op de daden van haar voorganger.

Een tweede reden voor het gebrek aan *commitment* is de loyaliteit van politici. Anders dan bij de leiding van een private ondernemingen worden politici niet zozeer afgerekend op hun succes bij de contractpartners van de overheid, maar eerst en vooral op hun succes bij de kiezers. Wanneer kiezers de langetermijnconsequenties van ingewikkelde voorstellen niet goed kunnen overzien, zullen politici in de verleiding komen de kortetermijnoverwegingen te laten prevaleren. Dit geldt in het bijzonder als dat kan door de contractpartners te benadelen (ook al zijn dat uiteindelijk, via een slechtere reputatie van de overheid als contractpartner en dus hogere uitvoeringskosten, ook de belangen van de kiezer).

Ten derde is de overheid monopolist. Haar contractpartners zijn dus gedwongen later opnieuw zaken te doen met diezelfde overheid. Bijgevolg kan de overheid geen reputatie verspelen (je moet immers toch weer terug naar de overheid) en dus geen reputatie opbouwen (die is immers toch niet geloofwaardig, want zij kan kosteloos worden uitgemelkt). Uiteindelijk is de overheid hier zelf het slachtoffer van, want contractpartners zullen de extra kosten hiervan weer bij de overheid neerleggen.

### 2.5.3 HOLD-UP, RISICOOVERSIE EN ALLOCATIE VAN BESLISSINGSMACHT

#### ***Hold-up: beslissingsbevoegdheid als een schaars goed***

Specifieke investeringen in een relatie van twee of meer partijen leiden tot het hold-upprobleem als de verdeling van de kosten en baten van deze investeringen niet in een compleet contract kan worden vastgelegd: de partij die investeert in de relatie, verliest een deel van de opbrengst aan de andere partij. Voor één van de partijen kan dit probleem worden opgelost door hem het eigendomsrecht en de bijbehorende beslissingsbevoegdheid toe te kennen ('residual claimant'). Hiermee is het probleem voor de andere partij echter per definitie gemaximaliseerd, ten minste als contracten deze partij niet goed kunnen beschermen. Het toedelen van beslissingsbevoegdheid moet daarom met zorg gebeuren. De partij die het meeste last heeft van het hold-upprobleem moet zoveel mogelijk eigendomsrechten krijgen. Ook is het optimaal om zoveel mogelijk investeringsbeslissingen in complementaire kapitaalgoederen in handen van één partij te leggen. Door deze partij vervolgens de eigendomsrechten te geven wordt het hold-upprobleem geminimaliseerd.

#### ***Hold-up en niet-onteigenbaar menselijk kapitaal***

Investeringen in fysiek kapitaal laten zich min of meer naar willekeur van de ene naar de andere partij verschuiven. De aanschaf van het bureau kan in principe zowel door de werknemer/ambtenaar als door de werkgever/overheid worden bekostigd. Echter, niet alle investeringsbeslissingen lenen zich voor een dergelijke verwisseling van eigenaar: met name input van menselijk kapitaal is gebonden aan een eigenaar. De toenemende betekenis van dit niet-onteigenbaar menselijk kapitaal bij de uitvoering van publieke taken vergroot het belang van marktwerking binnen de publieke sector om niet-verifieerbare informatie over de menselijke input boven water te krijgen en vermindert de mogelijkheid van de politiek om zich als *residual claimant* op te stellen.

#### ***Risicooversie en eigendomsrecht***

Naast de vermindering van het hold-upprobleem is er een tweede overweging bij de allocatie van beslissingsmacht en eigendomsrechten. De *residual claimant* heeft niet alleen recht op de lusten maar ook de lasten van zijn eigendom. Zijn inkomen heeft dus een hoog risicoprofiel. Om deze reden ligt het voor de hand de eigendomsrechten te leggen bij de minst risicoaverse partij, dat wil zeggen eerder bij de overheid dan bij haar ambtenaren. De overheid heeft aldus als *residual claimant* recht op de risicopremie die door haar bemoeienis ontstaat.

Vanuit dit gezichtspunt leidt de toenemende betekenis van menselijk kapitaal tot een steeds scherpere afweging in de toedeling van beslissingsbevoegdheid: enerzijds wil je ambtenaren vrijwaren van risico's, anderzijds wil je ze eigendomsrechten toekennen om ze zo te prikkelen hun menselijk kapitaal optimaal in te zetten. Anders gezegd: een optimale inzet van menselijk kapitaal vereist een toename van de ondernemingszin bij ambtenaren.

### ***De paradox van het primaat van de politiek***

Sinds het paarse ochtendgloren staat het primaat van de politiek weer volop in de belangstelling. Ambtenaren zijn volledige verantwoording schuldig aan de politiek, die uiteindelijk eigenaar is van al het overheidsoptreden. Vanuit het oogpunt van de democratische legitimatie en vanuit de belangen van politici ligt dit standpunt voor de hand.

Dit is Williamson's interventieparadox, ofwel de paradox van het primaat van de politiek. Williamson stelt zich de vraag waarom het noodzakelijk is eigendomsrechten daadwerkelijk te splitsen en waarom niet kan worden volstaan met een delegatie van bevoegdheden, waarbij het hogere niveau de bevoegdheid aan zich houdt om te beslissen over de delegatie. Zo'n conditionele delegatie is echter vaak onvoldoende, omdat de wetenschap dat het hogere niveau desgewenst kan ingrijpen de prikkel voor doelmatig management ondergraaft.

Zij die de overheid niet zien als een instrument om uitkomstcriteria te beïnvloeden maar vertrouwen hebben in de uitkomst van het marktproces, kunnen met het primaat van de politiek prima uit de voeten. Zij hoeven immers geen beroep te doen op de creativiteit (= menselijk kapitaal) van ambtenaren. Voor politici die een actieve overheid voorstaan die op tal van maatschappelijk terreinen rechtstreeks betrokken is, ligt dit echter anders. Zij zullen noodgedwongen moeten vertrouwen op de creativiteit en de ondernemerszin van ambtenaren. Dit kan alleen door eigendomsrechten en beslissingsmacht aan ambtenaren te delegeren, ten koste van het primaat van de politiek. Met andere woorden: het primaat van de politiek is een duur goed. Door van tevoren goed na te denken over de te contracteren belangen, kan de overheid veel middelen besparen.

### ***Hybride organisaties versus radicale keuzen***

In het recente verleden heeft de commissie-Cohen de helderheid van een schriftgeleerde bepleit. Markt en overheid zouden rigoureuus moeten worden gescheiden. Eerder hebben In 't Veld (1998) en Van Damme (1998) hun bedenkingen tegen dit principe naar voren gebracht. Onze analyse bevestigt hun diagnose. In tal van situaties worden verschillende soorten instrumenten door elkaar gebruikt. Het ene instrument dient hierbij om de gaten op te vullen die door het gebruik van een ander instrument vallen. Zeker waar de intensiteit van het gebruik van een instrument kan worden gevarieerd,<sup>92</sup> bestaat de optimale transactiewijze meestal uit een mengvorm van sturingsinstrumenten. De marginale kosten van de inzet van een instrument nemen veelal toe<sup>93</sup> met de mate waarin het wordt ingezet. Dus worden in het optimum meestal meerdere instrumenten ingezet.<sup>94</sup> Mengvormen verdienen in deze omstandigheden de voorkeur.

Alleen waar het gaat om de allocatie van beslissingsmacht helpen radicale keuzen vaak om geloofwaardige delegatie van bevoegdheden te bereiken. Een dergelijke radicale keuze helpt hold-upproblemen op te lossen. Hier ligt een belangrijke meerwaarde van privatisering boven marktwerking binnen de publieke sector.

#### 2.5.4 ORGANISATIEKEUZE: PLANNING OF EVOLUTIE?

De strikte theorie over de keuze van organisatiewijze suggereert een soort mathematische zekerheid. Bij iedere set van omstandigheden hoort schijnbaar een unieke optimale organisatiewijze. Hoogstens wordt de bepaling van dit optimum bemoeilijkt door onzekerheid over de omstandigheden. Tegenover deze planmatige en deterministische theorie omtrent de keuze van de optimale organisatievormen staat een amorphe werkelijkheid, waarin nauwelijks enig planmatigheid valt te ontwaren in de evolutie van instituties. De informatie over de precieze omstandigheden waaronder een bepaalde taak moet worden uitgevoerd, is zeer incompleet. Dit geeft een eerste aangrijpingspunt voor politieke preoccupaties. Hiernaast is de optimale keuze mede afhankelijk van de positie van de beslissers ten aanzien van de twee uitkomstcriteria, doelmatigheid en inkomensverdeling. Wie sceptisch is ten aanzien van overheidsop treden, zal weinig geneigd zijn überhaupt publieke belangen te definiëren. De ene beslisser zal overheidsingrijpen in de inkomensverdeling een hoger gewicht toekennen dan de ander. Dit leidt tot doelincompleteit en aldus ontstaat ruimte voor politieke voorkeuren. Hierbij bestaat een grote mate van institutionele hysteresis: wat eenmaal is ontstaan, zal niet snel veranderen.

Op het eerste gezicht heeft de planmatige theorie dus weinig te zeggen over de evolutionaire werkelijkheid. In navolging van Becker (1983) is onze stelling dat ook deze schijn bedriegt. De ontwikkeling van instituties wordt gedreven door de problemen waar zij tegen aan loopt. Waar de institutionele hysteresis een ooit gekozen juridische vorm knelt, zal in de praktijk een praktische oplossing worden gekozen. Eerdere onvolkomenheden in de keuze van de juridische structuur worden door later ontwikkelde procedures gemitigeerd.

De crux is dat de mogelijkheden om bepaalde institutionele wijzigingen door te voeren wordt bepaald door de politieke steun. Die wijzigingen waar alleen winnaars zijn en geen verliezers (de zgn. Pareto-verbeteringen), hebben daarbij vanzelfsprekend meer kans op succes dan de wijzigingen waarbij er naast winnaars ook verliezers zijn. Het limietgeval van deze benadering, waarbij net zolang wijzigingen worden doorgevoerd tot er geen Pareto-verbeteringen meer mogelijk zijn, correspondeert met onze planmatige theorie. Een anarchistisch evolutionair proces leidt om die reden tot een eindresultaat dat niet erg ver verwijderd is van de theorie. Die theorie biedt dus zowel een positief kader voor analyse van de empirie, als een normatief uitgangspunt voor de implementatie van verdere verbeteringen.

Hiermee is ook het criterium van de doelmatigheid niet langer een exogeen gegeven maar een endogeen resultaat van de theorie. Het streven naar doelmatigheid is het resultaat van transacties tussen individuen en tussen partijen, zowel markt als politieke transacties, waarbij ieder zijn eigen belang nastreeft. Anders dan de procedurele criteria behoeft het criterium van de doelmatigheid geen principiële, rechtsfilosofische verankering. Het eigenbelang van de burger

is meer dan voldoende drijfveer. Dat waar het allemaal om begonnen is, een doelmatige voortbrenging van welvaart, is in die zin vanzelfsprekender dan de procedures die dit tot stand moeten brengen.

Blijft tot slot het criterium van doeltreffendheid of (her)verdeling. Ook dit criterium is endogeen. Inkomensverdelingen zijn altijd zeer scheef naar links: er is een relatief klein aantal zeer hoge inkomens. Als gevolg van deze scheefheid verdient de mediane kiezer (die in systemen met enkelvoudige meerderheden de doorslag geeft) minder dan een kiezer met het gemiddelde inkomen. Er is dus altijd een politieke markt voor herverdeling. De mediane kiezer heeft immers wat te winnen als inkomen wordt herverdeeld.

Markten voorzien niet (of slechts in bescheiden mate) in herverdeling. Er is dus altijd een reële politieke vraag naar herverdeling. Zeer veel overheidsoptreden wordt uiteindelijk daardoor gemotiveerd. Als gevolg van Arrow's onmogelijkheidstheorema kunnen tal van herverdelingsarrangementen politiek stabiel zijn. De uitkomst is een kwestie van coalitievorming. Dit is de romantiek van het politieke metier. Geen economische analyse zal deze romantiek tot een uniek evenwicht kunnen reduceren. En juist die romantiek maakt de verhouding publiek-privaat zo beladen.

## NOTEN

- 1 Prof.dr. A.L. Bovenberg is hoogleraar Financieel-Economisch Beleid aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar Staathuishoudkunde, Algemene Economie aan de Katholieke Universiteit Brabant. Prof.dr. C.N. Teulings is hoogleraar Arbeidseconomie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en directeur van het Tinbergen-instituut.
- 2 Hier zijn de criteria gevolgd zoals die zijn gedefinieerd door de WRR. Het criterium 'doeltreffendheid' kan op meerdere manieren worden geïnterpreteerd. Ofwel het gaat erom dat de dingen die gedaan worden, ook werkelijke een doel dienen; in dat geval ligt het criterium vanuit economisch oogpunt identiek aan 'doelmatigheid'. Ofwel het gaat erom dat overheidsinterventie terecht komt bij de burgers voor wie de interventie bedoeld is; in dat geval betreft het feitelijk een verdelingscriterium. Logisch gezien zijn doelmatigheid (dat is: Pareto-efficiëntie) en verdeling twee onafhankelijke criteria. Wij zullen doeltreffendheid interpreteren als een verdelingscriterium.
- 3 Deze argumentatie sluit nauw aan bij Hayek's argument voor markten. Hij benadrukt dat de planner de noodzakelijke informatie ontbeert om een goed plan te maken en dat markten deze informatie eenvoudiger genereren.
- 4 Het optimale contract vereist dat de opdrachtgever zich *ex ante* (voordat de opdrachtnemer zich inspant) kan verplichten het contract ook daadwerkelijk uit te voeren. Zolang de resultaten verifieerbaar zijn, kan de rechter een dergelijk contract afdwingen. Par. 2.2.3 en 2.2.4 bespreken omstandigheden waarin de opdrachtgever zich niet kan binden aan een expliciet, verifieerbaar contract omdat de output niet contracteerbaar is.
- 5 De gebrekkige meetbaarheid van onderhoud van kapitaalgoederen verklaart waarom prestatiebeloning slechts een marginale rol speelt in kapitaalintensieve bedrijven.
- 6 Zelfs als informatie in principe verifieerbaar is, kan toch opportunisme dreigen omdat het afdwingen van een contract via het juridische systeem vaak een kostbare zaak is.
- 7 We gaan hier uit van de afwezigheid van ontslagbescherming. Men kan overigens laten zien dat ontslagbescherming verder geen invloed heeft op de essentie van het probleem (zie MacLeod en Malcomson 1989).
- 8 Dit is de zgn. theorie van *efficiency wages*. Hoewel de term *niet-verifieerbaarheid* in het klassieke artikel van Shapiro en Stiglitz (1984) over *efficiency wages* niet voorkomt, is het door hen beschreven *efficiency-wage*-model feitelijk identiek aan het bestaan van niet-verifieerbare informatie.
- 9 Het is bij subjectieve prestatiebeloning zelfs denkbaar dat beide partijen oprecht (dus niet uit opportunistische overwegingen) van mening verschillen over de prestaties van de opdrachtnemer, omdat de criteria op grond waarvan de beoordeling plaats zal vinden, van tevoren niet objectief in een impliciet contract zijn vast te stellen. Dit laatste geval van zgn. incomplete contracten, waarbij partijen bij het vaststellen van het contract nog geen volledige overeenstemming hebben bereikt over alle aspecten van de transactie, wordt besproken in par. 2.2.4.
- 10 Wel geldt binnen de onderneming dan weer het principal-agentprobleem: waarom zou de chef die verantwoordelijk is voor de prestatiebeoordeling, die beoordeling doen in overeenstemming met het bedrijfsbelang. Hij kan de discretionaire ruimte waarover hij beschikt, gebruiken voor vriendjespolitiek, dat wil zeggen, ten eigen bate in plaats van ten bate van het bedrijf. Dit is niet voor niets de meest gehoorde klacht tegen subjectieve prestatiebeoordeling: het leidt tot bruinwerkerij en machtsmisbruik van de chef.

- 11 Daar waar de functie van chef andere kwaliteiten vereist, kan er strijdigheid zijn tussen  
de functionele voorkeur om de meest geschikte als chef te benoemen en de prestatie-  
beloningsvoorkeur om degene met de beste prestaties in de vorige functie te benoemen  
(zie Milgrom en Roberts 1992: 364).
- 12 *Rents* verschillen van quasi-rents. Rents zijn de extra verdiensten van de partijen boven  
de verdiensten in de beste alternatieve relatie *bij het aangaan van de relatie*. Quasi-rents,  
daarentegen, hebben betrekking op de extra verdiensten bij het voortbestaan van de  
relatie. Specifieke investeringen zorgen voor een verschil tussen rents en quasi-rents.
- 13 Het concurrentiemechanisme werkt niet goed als de vrager de kwaliteit van de aange-  
boden goederen niet goed kan beoordelen (denk aan gezondheidszorg). In feite is er dan  
sprake van een ‘missing market’ voor kwaliteit, waardoor de goederen met goede kwali-  
teit uit de markt worden gedrukt door goederen met slechte kwaliteit. Dit proces staat  
bekend als *adverse selection*.
- 14 Dit is in feite wat er gebeurt in het principal-agentmodel, behandeld in par. 2.2.2.  
Het *ex-ante* contract hoeft nooit de worden heronderhandeld en is geloofwaardig.  
De opdrachtgever kan de rents naar zich toetrekken, omdat er *ex ante* vele opdracht-  
nemers beschikbaar zijn.
- 15 Deze contracten kunnen impliciet zijn wanneer reputatiemechanismen het contract  
geloofwaardig maken. In dat geval hoeft de rechter er niet aan te pas te komen en hoeft  
de output niet verifieerbaar (maar wel observeerbaar voor de contractpartijen) te zijn.  
Zie hiervoor ook par. 2.2.7. Als contracten door de rechter moeten worden afgedwongen,  
speelt het geweldsmonopolie van de overheid een rol. De basisvoorziening van dit  
geweldsmonopolie is dus moeilijk te contracteren, omdat een contract waarin de over-  
heid dit monopolie uitbestede aan de particuliere sector niet afdwingbaar is.
- 16 De precieze besluitvormingsruimte in elke eventualiteit kan overigens vaak niet *ex ante*  
worden vastgesteld. Dit geldt met name als er vele complexe, incomplete contracten  
bestaan waarbij vele partijen zijn betrokken. Autoriteit is dus niet altijd eenduidig gedefi-  
nieerd, hetgeen tot conflicten kan leiden over wie welke besluiten mag nemen.
- 17 Incomplete contracten kunnen ook zelfhandhavend zijn door het reputatie mechanismen.  
Deze categorie valt in deze paragraaf onder zelfhandhavende contracten.
- 18 Behalve in par. 2.2.8.d, waar we veronderstellen dat er veel kopers zijn.
- 19 Par. 2.2.8.d illustreert de informatiegenererende capaciteit van concurrentie in een  
situatie met veel verkopers en veel kopers.
- 20 Indien wij spreken over de informatie over input, dan bedoelen wij zowel het aantal  
gewerkte uren, de inzet per uur als de kosten (c.q. waardering door verkoper van de  
input). Bij informatie over de output gaat het om de baten (d.w.z. de waardering door de  
koper van de output).
- 21 Onder bepaalde voorwaarden kunnen onderhandelingen onder scheve informatie toch  
efficiënt zijn zolang een van de twee partijen volledig geïnformeerd is. Dit geval van  
zogenaamde *Coasian dynamics* doet zich voor wanneer de ongeïnformeerde partij zich in  
het geheel niet kan binden aan een bepaalde onderhandelingspositie. In dit geval resul-  
teert het informatievoordeel van de geïnformeerde partij endoogen in volledige onder-  
handelingsmacht voor deze partij waardoor deze partij alle rents naar zich toe kan trek-  
ken (zie Fudenberg en Tirole 1992: par. 10.2). In dat geval hoeft er dus van tevoren geen  
contract gesloten te worden om tot een efficiënte uitkomst te komen. Wij achten dit  
resultaat echter meer van theoretisch dan van praktisch belang. Ongetwijfeld zal de

geïnformeerde partij via *Coasian dynamics* een deel van de onderhandelingsmacht naar zich toe trekken, maar niet alle.

- 22 Andere redenen waarom contracten te prefereren zijn boven vrije onderhandelingen zijn verzekering (zie par. 2.2.8.c) en specifieke investeringen (zie par. 2.2.8.d).
- 23 Hall en Lazear (1984) hebben de relatieve efficiëntie van een veilingmarkt en verschillende vaste (complete) contracten uitgebreid geanalyseerd. Afhankelijk van de specifieke afspraken in een compleet contract kan er te veel of te weinig handel optreden.
- 24 Zelfs wanneer informatie *ex post* asymmetrisch is (maar wel *ex ante* specificeerbaar), zijn efficiënte complete contracten mogelijk, als deze contracten kunnen worden afgesloten voordat de (scheve) informatie beschikbaar komt. Dergelijke contracten (het zgn. AGV-mechanisme) zijn echter nogal gecompliceerd (zie Fudenberg en Tirole 1992: 273) en Tirole 1989: 24, voetnoot 29). Niet alleen dient de verdeling van de onzekerheid *ex ante* bekend te zijn, ook dient de informatie *ex post* te worden doorgegeven aan een derde partij en dient het te leveren goed *ex ante* precies gespecificeerd te worden (complete informatie). Wij achten deze contracten dan ook meer van theoretisch dan van praktisch belang.
- 25 Wanneer de schokken gecorreleerd zijn tussen de verschillende verkopers, kan de markt ook helpen bij het verzekeren van de verkopers. In dit geval kan maatstafconcurrentie namelijk informatie verschaffen over de schokken en daarmee de input.
- 26 Een alternatieve veronderstelling is dat er *ex ante* geen scheve informatie is over de input en de output.
- 27 Zelfs zonder reputatie kunnen incomplete contracten zo gestructureerd worden dat ze de verkopers investeringen beschermen. Dit vereist wel een bepaalde structuur voor de heronderhandelingen (zie MacLeod en Malcomson 1993) of normen (zie Hartog en Teulings 1997).
- 28 Onder specifieke veronderstellingen kunnen onderhandelingen tot efficiënte resultaten leiden zolang een van de partijen volledig is geïnformeerd. Dit is het geval wanneer de ongeïnformeerde partij zich in het geheel niet kan binden aan een bepaalde onderhandelingspositie. In dit geval van zgn. *Coasian dynamics* kan de geïnformeerde partij alle rents naar zich toe trekken. De geïnformeerde partij heeft daarom de prikkel om de waarde van de relatie te maximaleren. Onderhandelingen zijn ook efficiënt als partijen een contract kunnen sluiten op het moment dat er nog symmetrische informatie is (zie par. 2.2.8). In dat geval kunnen ze de *ex-post* onderhandelingsmacht *ex ante* toewijzen aan de geïnformeerde partij (en hoeven ze dus niet te vertrouwen op *Coasian dynamics* om dit te doen).
- 29 Wanneer de overheid als koper de optimalisatie van de maatschappelijke welvaart nastreeft, is concurrentie tussen de verkopers voldoende om efficiëntie te bereiken. In dit geval genereert concurrentie tussen verkopers informatie over de waardering van de input. De overheid zal haar marktmacht niet ten eigen bate uitbuiten maar gebruiken om de welvaart voor de maatschappij als geheel te maximaleren.
- 30 De particuliere partij moet erop kunnen vertrouwen dat de rechterlijke macht de overheid aanspreekt op het eventueel niet nakomen van haar contractuele verplichtingen. De scheiding van de rechterlijke en uitvoerende macht is in dit verband van groot belang omdat het de onpartijdigheid van de rechterlijke macht waarborgt.
- 31 Eigendomsrechten worden vaak geassocieerd met residuele rechten op inkomen in plaats van residuele beslissingsbevoegdheid. In het kader van het WRR-project over publieke en private verantwoordelijkheden gaat het vooral om residuele beslissingsbevoegdheden.



Dit concept van eigendom is ook theoretisch het meest robuuste concept (zie Hart 1995: par. 3.4) dat ook een aantal redenen geeft waarom residuele beslissingsrechten vaak gekoppeld zijn aan residuele rechten op inkomen. Ook Holmstrom en Tirole (1989) stellen dat het toewijzen van residuele beslissingsbevoegdheid aan een agent vaak de enige manier is om deze agent te laten profiteren van residueel inkomen (d.w.z. inkomen dat niet in contracten is opgenomen).

32 Voor de optimale afweging tussen flexibiliteit en *commitment*, zie Dixit (1995, par. 2.3.1).

33 Vaak is er hierbij overigens een verschil tussen feitelijke en formele zelfstandige bevoegdheden (zie ook Aghion en Tirole 1997). In de praktijk hangt het vaak af van de reputatie van de verzelfstandigde eenheid, de informatievoorsprong van de verzelfstandigde eenheid en de politieke gevoeligheid van de betreffende publieke taak of de eenheid veel autonomie verwerft. Verder is er ook binnen hiërarchieën meestal sprake van delegatie van bevoegdheden, zeker binnen professionele organisaties. Ontwikkelingen op het terrein van de ICT leiden ertoe dat binnen hiërarchieën steeds meer gebruik gemaakt wordt van andere sturingsinstrumenten dan formeel gezag (verticale sturing), bijvoorbeeld professionele normen, concurrentie op interne arbeidsmarkten en contracten.

34 Maatstafconcurrentie wordt benut om de publieke uitvoerders te sturen maar dit vereist wel goede meetbaarheid van de output en meerdere uitvoerders.

35 De overheid kan gedelegeerde bevoegdheden in principe altijd weer terugnemen, zij het met zekere kosten in termen van verlies aan reputatie en betrouwbaarheid. Vaak zijn de omstandigheden waarin de overheid in kan grijpen in de bedrijfsvoering van de verzelfstandigde organen niet precies omschreven, zodat er de nodige ruimte is voor interpretatie. Vaak hangt de feitelijke 'onafhankelijkheid' van de verzelfstandigde organisatie af van de wijze waarop het orgaan in de praktijk functioneert.

36 Daar staat tegenover dat bij private uitvoering de overnamedreiging op financiële markten een extra instrument is om het management te disciplineren. Ook dient te worden bedacht dat de overheid via andere instrumenten een zekere discretionaire bevoegdheid houdt om in te grijpen in de particuliere bedrijfsvoering (denk bijvoorbeeld aan de regulering van particuliere monopolies en het mededingingsbeleid). Het betreft dan echter vaak vrij generieke instrumenten. De betreffende instrumenten zijn ook gerespecteerd vanwege hoge politieke kosten.

37 Het concurrentiemechanisme beperkt zich niet tot de goederenmarkt. Bij particuliere bedrijven is er in principe ook concurrentie op de kapitaalmarkt, waarbij slecht functionerende bedrijven kunnen worden overgenomen. Verder kan er sprake zijn van concurrentie om de markt in plaats van op de markt. Ten slotte speelt concurrentie op de (interne of externe) arbeidsmarkt een rol.

38 In tegenstelling tot de manager van een particulier bedrijf kan de overheid ook voor het sturingsinstrument van wet- en regelgeving kiezen. Evenals bij contracten legt de overheid zich hierbij voor langere tijd vast waarbij de private partij binnen de randvoorwaarden van de wet- en regelgeving (residuele) beslissingsbevoegdheid heeft.

39 Naast deze argumenten zijn er argumenten om de huidige overheidsorganisatie in stand te houden. De *status quo* heeft een optiewaarde omdat alle veranderingen waarbij verwachtingen worden geschonden, kostbaar zijn. Zo moeten verkregen rechten van de bestaande organisatie vaak worden afgekocht. Verder gaan reorganisaties vaak gepaard met niet-voorzienbare kosten en problemen. Daar staat tegenover dat reorganisaties meestal nieuwe informatie genereren over efficiënte organisatiestructuren.

40 Dit veronderstelt dat alle partijen dezelfde mate van risicoaversiteit hebben (voor de invloed van risico, zie pa. 2.3.4). Het veronderstelt ook dat contracten over eigendomsrechten door de rechter (of via het reputatiemechanisme) kunnen worden afgedwongen. Is dit niet het geval, dan dreigt het gevaar dat degene die de eigendomsrechten heeft overgedragen de waarde van de eigendomsrechten opstrijkt om zich vervolgens te onttrekken aan het contract (zie ook par. 2.2.3).

Onder specifieke omstandigheden hoeft de beslissingsbevoegdheid niet expliciet via het verhandelen van eigendomsrechten aan de geïnformeerde partij te worden toegedeeld maar valt alle onderhandelingsmacht endogeen toe aan de geïnformeerde partij. Dit is het geval wanneer de ongeïnformeerde partij zich in het geheel niet kan binden aan een bepaalde onderhandelingspositie. In dat geval (van de zgn. *Coasian dynamics*) resulteert het informatievoordeel van de geïnformeerde partij endogeen in volledige onderhandelingsmacht.

41 Wanneer partijen met elkaar kunnen onderhandelen voordat een van de partijen een informatievoordeel verwerft, kunnen partijen ook tot een efficiënte uitkomst komen door het sluiten van een contract, zelfs als *beide* partijen later een informatievoordeel zullen verkrijgen (zie Fudenberg en Tirole 1989). Dit zgn. AGV-contract, waarbij een derde partij een rol speelt, is echter uitermate gecompliceerd en staat op gespannen voet met *bounded rationality* en incomplete contracten.

42 Wanneer er sprake is van *connectedness* bij de uitvoering van publieke taken zijn beleidsvorming en beleidsuitvoering nauw met elkaar verbonden.

43 Het aanbod van de publieke goederen kan overigens in principe wel worden uitbesteed aan de particuliere sector.

44 De activiteiten gericht op herverdeling zijn onderdeel van deze *influence costs*. Als deze activiteiten succes hebben, kunnen er inefficiënte beslissingen uit voortvloeien.

Voorbeelden hiervan zijn een te groot ambtenarenapparaat, waarin te weinig prestaties worden geleverd en te hoge lonen worden betaald. De hiermee gepaard gaande kosten zijn ook deel van de *influence costs*.

45 Democratische legitimatie is van belang als burgers niet over de 'exit'-optie beschikken (d.w.z. ze hebben geen keuze tussen verschillende alternatieven in een transparante markt met meerdere aanbieders). Zonder 'exit' is 'voice' geboden bij het disciplineren van politici en de aanbieders van publieke diensten. Zo is onder beperkte internationale mobiliteit (waarbij de burgers niet met de voeten kunnen stemmen) het 'voice'-mechanisme nodig bij verticale sturingsmechanismen, zoals wet- en regelgeving en residuele publieke bevoegdheden.

46 In dit kader is er veel voor te zeggen om Schiphol en de Nederlandse Spoorwegen geheel te privatiseren.

47 Wanneer reputatie-effecten een rol spelen, kunnen ook decentrale partijen een belang hebben bij het internaliseren van externe effecten op andere partijen.

48 Zie Shapiro en Willig (1990). Dit paper veronderstelt dat de centrale overheid beter geïnformeerd is over externe effecten dan het decentrale niveau.

49 Dit veronderstelt dat partijen dezelfde mate van risicoaversiteit kennen. Voor de invloed van risico, zie par. 2.3.4. Het verdelen van (*ex-post*) zeggenschap (of onderhandelingsmacht) op grond van het belang van niet-contracteerbare investeringen staat in de literatuur over (*niet-contracteerbare*) zoekactiviteiten op de arbeidsmarkt bekend als de Hosios-conditie.

- 50 Het contract over de overdracht van eigendomsrechten moet wel afdwingbaar zijn. Anders bestaat het gevaar dat de partij die de eigendomsrechten overdraagt, zich aan het contract onttrekt nadat hij compensatie heeft ontvangen.
- 51 Door de investering binnen een hiërarchie te brengen krijgt de gebruiker betere informatie over de kosten van deze investering. De beslissingsbevoegdheid (het eigendomsrecht) heeft dus consequenties voor de beschikbare informatie (zie ook par. 2.3.5). Als de gebruiker ook zonder verticale integratie zicht krijgt op de kosten, is een volledig contract een alternatief, althans voorzover deze kosten verifieerbaar zijn. De gebruiker kan zich dan immers in een contract verplichten de kosten van de investering voor zijn rekening te nemen. Een hiërarchie heeft dus meerwaarde als het meer informatie genereert (zie par. 2.3.5). Verder is het soms mogelijk binnen een hiërarchie gebruik te maken van niet-verifieerbare informatie (zie ook par. 2.2.3).
- 52 Dit probleem kan worden verminderd door complete, geloofwaardige contracten te sluiten op de output (zie par. 2.2.2) of door de input beter te monitoren tezamen met subjectieve *performance*-meting (par. 2.2.3). In veel gevallen zijn complete contracten echter niet mogelijk doordat de aard van de output *ex ante* niet goed te definiëren is of *ex post* niet goed te meten. Subjectieve *performance*-meting is ook problematisch en vereist rents (reputatie).
- 53 Een ander voorbeeld zijn de Spoorwegen (zie par. 2.4.3, voorbeeld 1) waarbij ook specifieke kapitaalgoederen aan de orde zijn, die bovendien sterk complementair zijn.
- 54 Voor de soortgelijke contractuele problemen bij het uitbesteden van het gevangeniswezen, zie o.a. Domberger en Jensen (1997) en Brealey, Cooper en Habib (1997).
- 55 Het toedelen van zeggenschap aan de uitvoerder zal vaak niet geloofwaardig zijn als de overheid de publieke belangen *ex ante* niet goed kan definiëren. De uitvoerder anticipeert dat de overheid later toch, ondanks de beloften in het contract, zal pogen de ‘gaten’ in het contract uit te buiten om invloed te verwerven. In het licht van dit politieke risico zal de uitvoerder of een hoge prijs (risicopremie) vragen voor het contract of terughoudend zijn bij het plegen van specifieke investeringen.
- 56 De verifieerbaarheid van de output is niet noodzakelijk in impliciete contracten (zie par. 2.3.3). In dit geval volstaat dat de investeerder de output kan observeren. Zonder specifieke investeringen is contracteerbaarheid (en dus verifieerbaarheid) in het geheel niet noodzakelijk, omdat kan worden vertrouwd op het concurrentiemechanisme: de markt genereert informatie over de output.
- 57 Dit is in feite het principal-agentmodel uit par. 2.2.1, waarbij de agent risiconutraal is. De agent levert input zolang de kosten hiervan lager liggen dan de geproduceerde output.
- 58 Dit kan een nadeel zijn wanneer de overheid de afnemer is en de overheid liever geen rents in de handen van de investeerder laat. De overheid zal dan liever de kosten vergoeden, hetgeen echter negatieve effecten heeft op de prikkels voor kostenreductie zolang de kosten niet-verifieerbaar zijn. Dit komt neer op het vergoeden van kosten in plaats van het reguleren van de prijs. De verwachte waarde van de rents kunnen overigens voor het aangaan van het contract worden verhandeld. Als er dan concurrentie bestaat tussen meerdere risiconeutrale investeerders, kan de overheid de gehele verwachte rent naar zich toetrekken.
- 59 In het model van Hart e.a. (1997) is het dan ook optimaal om publieke taken uit te besteden wanneer de kwaliteit van de output goed te contracteren is.

- 60 Wilson (1989) maakt in dit verband een onderscheid tussen verschillende soorten overheidsdiensten op basis van de meetbaarheid van input (de 'prestaties') en output (de effecten op de publieke doelen). Bij zgn. productiediensten is zowel de input als de output meetbaar, bij de procedurele diensten alleen de input, bij de 'craft' organisaties alleen de output en bij de 'coping' organisaties geen van beide.
- 61 Dit veronderstelt een risiconeutrale uitvoerder. In het principal-agentmodel vereist outputsturing wel verifieerbaarheid van de output om een risicoaverse agent te kunnen verzekeren. Verifieerbaarheid is overigens vaak wel nodig als de overheid (i.p.v. de burgers) de uiteindelijke vrager is van de diensten. Europese aanbestedingsregels vereisen vaak dat overheden objectieve (verifieerbare) redenen geven waarom ze in zee gaan met een bepaalde aanbieder. Hier komt nog bij dat de overheid vaak naast concurrentie nog andere sturingsinstrumenten, zoals contracten en wet- en regelgeving, moet inzetten om publieke taken te waarborgen. Om deze contracten en wet- en regelgeving te kunnen handhaven moet informatie over de output vaak verifieerbaar zijn.
- 62 Een goed functionerende internationale kapitaalmarkt kan risico's echter in principe beter diversifiëren. Bovendien kan via het prijsmechanisme het risico in principe efficiënter worden verdeeld (zie van Ewijk en Vollaard 1999). Deze argumenten tegen uitbesteding van publieke taken worden dus minder relevant naarmate internationale kapitaalmarkten efficiënter worden.
- 63 Aan het einde van deze paragraaf bespreken we een aantal mechanismen waardoor uitbesteding en het delegeren van bevoegdheden tot meer informatie kunnen leiden.
- 64 Het ontvlechten van de moeilijk contracteerbare publieke taak van de wel contracteerbare publieke belangen kan ook kostbaar zijn vanwege hoge transactiekosten. Zie bijv. par. 2.4.2.a, voorbeelden 1 en 3 alsmede par. 2.4.3.
- 65 Hierdoor kunnen ook de *influence costs* afnemen. Zie par. 2.3.2.
- 66 Hiernaast kan het delegeren van bevoegdheden de uitvoerder een grotere prikkel geven informatie te verzamelen (zie Aghion en Tirole 1997). De uitvoerder heeft namelijk meer belang bij het verzamelen van informatie als de overheid de agent de bevoegdheid geeft deze informatie ten eigen bate te benutten.
- 67 Reputatie kan alleen worden opgebouwd met incomplete contracten. Alleen deze contracten laten namelijk ruimte voor discretionaire beslissingsbevoegdheid.
- 68 Hiertegenover staat dat het in een concurrerende markt moeilijker is een reputatie op te bouwen (zie hierna). Ook resulteert meer concurrentie vaak in een kortere tijdshorizon omdat aanbieders een grotere kans hebben failliet te gaan.
- 69 Het reputatiemechanisme kan niet goed functioneren als Europese aanbestedingsregelingen de overheid dwingen om aanbestedingen alleen op objectieve criteria (d.w.z. op grond van verifieerbare informatie) te beoordelen. De overheid kan de reputatie van een aanbieder dan niet of nauwelijks laten meewegen zodat aanbieders weinig prikkels hebben om een goede reputatie op te bouwen.
- 70 Het model van Hart et al. (1997) houdt geen rekening met reputaties zodat alleen publieke eigendomsrechten de niet-contracteerbare belangen van de overheid kunnen beschermen.
- 71 Houders van Russische obligaties zijn zich inmiddels bewust van de betrekkelijkheid van dit argument.
- 72 Zonder externe effecten van onderwijs ligt het overigens niet erg voor de hand dat de overheid herverdeelt via het onderwijs in plaats van via ongebonden overdrachten (door het belastingstelsel).

- 73 Als onderwijsactiviteiten moeilijk te scheiden zijn van andere activiteiten (denk aan het gebruik van schoolgebouwen voor naschoolse opvang) is deze eis niet eenvoudig te contracteren.
- 74 Het concurrentiemechanisme is goed in het waarborgen van rechtsgelijkheid, d.w.z. het gelijk behandelen van gelijke gevallen. Mensen die zich ongelijk behandeld voelen, kunnen immers stemmen met de voeten. De markt leidt echter niet tot de politiek gewenste ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Om rents tussen ongelijke gevallen te herverdelen is politieke interventie noodzakelijk. In feite gaat het hier om het bepalen van de omvang van een voucher. De markt leidt tot neutraliteit en onpartijdigheid maar bereikt zonder overheidsinterventie niet de gewenste hoeveelheid partijdigheid.
- 75 Concurrentie tussen verschillende particuliere uitvoerders maakt het uitbesteden van publieke taken aan de particuliere sector meestal aantrekkelijker omdat het de druk op contracten vermindert. Er hoeven vaak minder zaken in contracten geregeld te worden als burgers kunnen stemmen met de voeten (zie het voorbeeld van het onderwijs in par. 2.4.2). Concurrentie is echter voldoende noch noodzakelijk voor optimaliteit van uitbesteding. Ook onder concurrentie dienen vaak bepaalde publieke belangen gecontracteerd te worden (denk aan het voorkomen van selectie). Als dit moeilijk is, kan publieke voortbrenging de voorkeur hebben. Ook zonder concurrentie kan particuliere voortbrenging optimaal zijn als de publieke belangen goed contracteerbaar zijn maar de input in het productieproces niet (zie par. 2.3.3).
- 76 Het concurrentiemechanisme werkt bij de sociale voorzieningen echter minder goed dan bij sociale verzekeringen (zie hierna bij de WAO).
- 77 Dit vereist wel een transparante markt (symmetrische informatie) en het ontbreken van veel specifieke investeringen. Verder kan het reputatiemechanisme niet volledig worden benut als Europese aanbestedingsregelingen de overheid niet toestaan om op grond van niet-verifieerbare informatie aanbieders te selecteren.
- 78 Er is vaak een spanning tussen de wens om processen steeds maar weer te kunnen bijsturen via het politieke proces (een vorm van democratische legitimiteit) en rechtszekerheid. Meer bijsturing resulteert vaak in minder rechtszekerheid.
- 79 De ICT kan ook helpen bij het contracteren van specifieke kwaliteitseisen.
- 80 Soortgelijke oplossingen voor het (*adverse*) *selection*-probleem zijn ook voor de gezondheidszorg ontworpen, zie bijv. Enthoven (1988).
- 81 Wel kan er via het concurrentiemechanisme selectie optreden. De goede risico's kunnen zich in pools verenigen, die kiezen voor een harde uitvoerder.
- 82 De verticale integratie van keuren en verzekeren binnen een organisatie lijkt veel op de integratie tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars (zie par. 2.4.2, voorbeeld 2). In beide gevallen is de verticale integratie erop gericht transactiekosten (als gevolg van asymmetrische informatie) te verminderen, waardoor de verticaal geïntegreerde organisatie beter een sterke concurrentiepositie kan opbouwen.
- 83 Hier is sprake van een *trade-off*. De overheid kan de democratische legitimatie bevorderen door de uitvoering aan zich te houden om zo het proces op elk moment te kunnen bijsturen. Dit impliceert echter dat er sprake is van een exclusieve aanbieder waardoor mensen niet met de voeten kunnen stemmen. Er is dan dus minder democratische legitimatie via het concurrentiemechanisme.

- 84 Overigens hebben de Spoorwegen wel te maken met concurrentie van andere vervoers-  
middelen (m.n. de auto). Mede door haar zwakke concurrentiepositie ten opzichte van de  
auto zijn de Spoorwegen tot op heden niet in staat gebleken tot een sluitende exploitatie  
te komen, zeker indien rekening gehouden wordt met de kosten van de infrastructuur.
- 85 Het technische argument verliest geleidelijk zijn geldigheid omdat rekeningrijden inmid-  
dels technisch haalbaar is.
- 86 Het model in Hart et al. (1997) formaliseert deze afwegingen. Het opgeven van residuele  
beslissingsmacht door de overheid is aantrekkelijk als de overheid de uitvoerder via con-  
tracten goed kan sturen en wanneer niet-verifieerbare activiteiten (zoals ondernemer-  
schap en innovatie) van de uitvoerder belangrijk zijn.
- 87 Het nadeel van dergelijke subsidies is dat ze slecht gericht zijn op de doelgroepen.  
Ze komen immers ook ten goede aan hogere inkomensklassen. Alternatieve instru-  
menten zijn consumentensubsidies gericht op lagere inkomens (vouchers) wanneer de  
politiek wenst dat de maatschappelijke positie geen invloed heeft op de toegankelijkheid  
van het openbaar vervoer. Generieke herverdeling via het fiscale stelsel of de sociale  
zekerheid is een ander alternatief wanneer de herverdeling niet gebonden hoeft te zijn  
aan het openbaar vervoer. Het is in dit verband dus vaak de vraag hoe sterk de argumen-  
ten voor publieke belangen bij de Spoorwegen zijn.
- 88 Zie par. 2.3.3. In dergelijke omstandigheden kan er iets voor te zeggen zijn dat de over-  
heid een deel van de kosten van de infrastructuur voor haar rekening neemt.
- 89 Ook in dit kader kunnen subsidies voor de Spoorwegen op hun plaats zijn, bijv. om de  
infrastructuur te bekostigen en zo te voorkomen dat de Spoorwegen tarieven gaan hante-  
ren die in strijd zijn met de publieke belangen van mobiliteit en herverdeling.
- 90 Soms wordt verondersteld dat rechtsgelijkheid (d.w.z. gelijke gevallen gelijk behandelen)  
en verdeling (d.w.z. ongelijke gevallen ongelijk behandelen) in elkaars verlengde liggen.  
Dit is onjuist. Situaties die zich kenmerken door een grote mate van rechtsgelijkheid  
kunnen tegelijkertijd leiden tot een zeer ongelijke verdeling. Een voorbeeld is de WAO:  
wanneer de bouwvakker die van de stijger is gevallen (dit is vaak niet-verifieerbare infor-  
matie) een hogere uitkering krijgt, dan leidt dit tot meer rechtsongelijkheid (omdat de  
keuringsarts op basis van niet door de rechter verifieerbare informatie besluit de één wel  
en de ander niet een uitkering te geven), maar tot een gelijkmatigere inkomensverdeling  
(zie Bovenberg en Teulings 1996).
- 91 Dit wil overigens niet zeggen dat er geen discussie is over de reikwijdte van de procedu-  
rele criteria, zie bijvoorbeeld de discussie rond de commissie-Van Kemenade ("Juristen  
moeten hun plaats weten", *de Volkskrant* 19-12-1998) en de trend in rechterlijke uitspra-  
ken over de belastingwetgeving.
- 92 Dit ligt anders bij de toedeling van eigendomsrechten, die in principe slechts of aan de  
één of aan de ander kunnen worden toegekend.
- 93 Technisch gesproken: omdat verstoringen worden gemeten door zogenaamde Harberger-  
driehoekjes, waarvan de oppervlakte kwadratisch toeneemt met de omvang van de ver-  
storing.
- 94 Behalve indien sprake is van een hoekoplossing.

## LITERATUUR

- Aarts, L.J.M., Ph.R. de Jong, C.N. Teulings en R.J. van der Veen (1998) 'Vijf jaar na Buurmeijer', *Economisch Statistische Berichten*, 472-476.
- Aarts, L. en Ph.R. De Jong (1997) *Private voorziening van sociale zekerheid in de praktijk*, Den Haag: VUGA.
- Akerlof, G. (1970) 'The market for Lemons: Qualitative uncertainty and the market mechanism', *Quarterly Journal of Economics* vol.84: 488-500.
- Aghion en Tirole (1997) 'Formal and real authority in organizations', *Journal of Political Economy* 105, 1, February: 1-19.
- Baker, G., R. Gibbons, and K. Murphy (1994) 'Subjective performance measures in optimal incentive contracts', *Quarterly Journal of Economics* 109: 1125-1156.
- Baker, G., M. Gibbs en B. Holmstrom (1994) 'The wage policy of a firm', *Quarterly Journal of Economics*, 921-955.
- Becker, G.S. (1983) 'A theory of competition among pressure groups for political influence', *Quarterly Journal of Economics*, 371-400.
- Bovenberg, A.L. en C.N. Teulings (1996) 'Doelmatigheid, rechtvaardigheid, rechtsgelijkheid en privacy', *Economisch Statistische Berichten*, 1008-1012.
- Brealey, R.A., I.A. Cooper and M.A. Habib (1997) 'Investment appraisal in the public sector', *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 13, no. 4: 12-28.
- Coase (1937), 'The nature of the firm', *Economics N.S.* 4: 386-392.
- Coase (1960) 'The problem of social cost', *Journal of Law and Economics*, vol. 3: 1-44.
- Damme, E. van (1998) 'Concurrentievervalsing door de overheid?', *Openbare Uitgaven*, 194-203.
- Dixit, A.K. (1997) 'Power of incentives in private versus public organisations', *American Economic Review*, 378-382.
- Dixit, A.K. (1996), *The making of Economic Policy, A Transaction-Cost Politics Perspective*, Cambridge, Massachusetts/London, England: MIT Press.
- Domberger, S. en P. Jensen (1997) 'Contracting out by the public sector: Theory, evidence, prospects', *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 13, no. 4: 67-78.
- Enthoven, A.C. (1988) *Theory and practice of managed competition in health care finance*, New York: Elsevier Science.
- Ewijk, C. van, en B.A. Vollaard, 'Mythen van de publieke financiering', *Economisch Statistische Berichten*, 84: 109-111.
- Fudenberg, D. en I. Tirole (1991) *Game theory*, Cambridge/London: MIT Press
- Grossman, S.J. en O.D. Hart (1986) 'The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration', *Journal of Political Economy* 94 (4): 691-719.
- Hall, J. (1997) 'Private Opportunity, Public Benefit?', *Fiscal Studies*, vol. 19, no. 2: 121-140.
- Hart, O. (1995) *Firms, contracts and financial structure*, Oxford: Oxford University Press.
- Hart, O., A. Shleifer, en B.W. Vishny (1997) 'The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons', *Quarterly Journal of Economics*, 1127-1161.
- Holmstrom, B. en P. Milgrom (1987) 'Aggregation and linearity in the provision of intertemporal incentives', *Econometrica*, 303-328.
- Holmstrom, B. en P. Milgrom (1991) 'Multitask principal-agent analysis: incentive contracts, asset ownership, and job design', *The Journal of Law, Economics and Organization*, 25-52.
- Holmstrom en Tirole (1989) 'The Theory of the Firm', in *Handbook of Industrial Organisation*, Amsterdam: North Holland, 63-133.

- Laffont, J.-J. en J. Tirole (1993) *A theory of incentives in procurement and regulation*, Cambridge: MIT Press.
- Malcomson, J.M. (1984) 'Work incentives, hierarchy, and internal labor markets', *Journal of Political Economy*, 486-507.
- MacLeod, W.B., en J.M. Malcomson (1989) 'Implicit contracts, incentive compatibility, and involuntary unemployment', *Econometrica*, 447-480.
- MacLeod, W.B. en J.M. Malcomson (1993), Investments, Hold-up, and the Form of Market Contracts, *American Economic Review* 83: 811-837.
- Milgrom en Roberts (1992) *Economics, Organization and Management*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- Pauly, M.V. (1974) 'Overinsurance and public provision of insurance. The roles of moral hazard and adverse selection', *Quarterly Journal of Economics*: 88: 44-62.
- Posner, R.A. (1981) *The economics of justice*, Cambridge, US: Harvard University Press.
- Sappington, D.E. en J.E. Stiglitz (1987) 'Privatization, information and incentives', *Journal of Policy Analysis and Management*, 6: 567-582.
- Shleifer (1998), *State versus private ownership*, Harvard Discussion Paper no. 1841.
- Shapiro, C. en J.E. Stiglitz (1984) 'Equilibrium unemployment as a worker discipline device', *American Economic Review*, 433-446.
- Shapiro, C. en Willig (1990) 'Economic rationales for the scope of privatization', in E.N. Suleiman and J. Waterburg (eds.) *The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization*, Westview Press.
- Schmidt (1996), 'Incomplete contracts and privatization', *European Economic Review* 40: 569-579.
- Teulings, C.N. (1994), 'Lokale distributieve instituties als remedie voor informatiegebreken', in P. van den Berg en M. Trappenburg (red.) *Lokale rechtvaardigheid: de politieke theorie van Micheal Walzer*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Teulings, C.N. (1997), 'Keuzevrijheid versus solidariteit', *Economisch Statistische Berichten* 961-5.
- Teulings, C.N. (1998) 'De mythe van de rechtsgelijkheid', *Economisch Statistische Berichten* 667.
- Teulings, C.N., R.J. van der Veen en W. Trommel (1997) *Dilemma's van sociale zekerheid. Een analyse van 10 jaar herziening van het stelsel van sociale zekerheid*, Den Haag: VUGA.
- Tirole, J. (1988) *The theory of industrial organization*, MIT Press.
- Tirole, J. (1994) *The Internal Organization of Government*, *Oxford Economic Papers* 46: 1-26.
- Yarrow (1985) 'Privatization in theory and practice', *Economic Policy*, vol. 1: 324-377.
- Veld, in 't R. (1998) Samenballen of scheiden: een bestuurlijk dilemma', *Openbare Uitgaven*, 212-217.
- Williamson, O. (1985) *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: Free Press.



### 3 RECHTSSTATELIJKE REDENEERPATRONEN

M.A.P. Bovens en M. Scheltema<sup>1</sup>

#### 3.1 PLAN VAN AANPAK

Hoe vallen publieke belangen het beste te organiseren? Wanneer is een publieke aanpak het meest aangewezen en wanneer zijn meer particuliere organisatievormen te prefereren? In deze notitie zal worden onderzocht wat het geldend (staats)recht hierover heeft te zeggen. Daarbij ligt de nadruk op het inventariseren van rechtsstatelijke redeneerpatronen rondom het thema verzelfstandiging en privatisering. Dat betekent dat het stuk verkennend van aard is. Het tracht vooral een overzicht te bieden van de dominante wijze van redeneren onder juristen en dient niet te worden gelezen als een persoonlijke visie op de meest gewenste afbakening van publieke en private verantwoordelijkheden (PPV).

In grote lijnen hebben wij drie doelen met dit stuk:

- 1 *Een afbakening met het oog op de verdere discussie.* Het thema is nog erg ruim en kent vele verschijningsvormen. Voor een juridisch-normatieve beoordeling van de wenselijkheid van bepaalde organisatievormen kan het enorm verschil maken om wat voor soort overheidsactiviteiten en wat voor soort organisatievorm het gaat. Daarom worden eerst de verschillende relevante overheidsactiviteiten en vormen van privatisering en verzelfstandiging nader afgebakend.
- 2 *Een inventarisatie van dominante redeneerpatronen.* Vervolgens worden de belangrijkste rechtsstatelijke beleidstheorieën geïntroduceerd die horen bij de criteria democratische legitimatie, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Met een *beleidstheorie* wordt hier bedoeld de – veelal impliciete – empirisch gedreven redenering die achter de juridische beginselen schuilgaat. Ofschoon juristen veelal sterk normatief redeneren, zit in die redeneringen altijd een beeld of theorie over de werkelijkheid opgesloten. Deze theorie kunnen we expliciteren, waarna die eventueel ook toetsbaar is. Dit gebeurt hier eerst in algemene zin ten aanzien van de hierboven genoemde beginselen. Dan wordt voor twee verschillende activiteiten, per criterium, de meest relevant juridische beleidstheorie aan een nader onderzoek onderworpen.
- 3 *Een agenda voor alternatieve redeneerpatronen.* Tot slot zal kort worden aangegeven welke alternatieve redeneerpatronen rond sommige knelpunten wellicht mogelijk zijn.

#### 3.2 EEN AFBAKENING VAN HET TERREIN

##### **Relevante overheidsactiviteiten**

Een systematische uitwerking van zo'n rechtsstatelijke staalkaart ontardt al gauw in een nieuw handboek staatsrecht. Het zal namelijk blijken dat het belang en de invulling van de verschillende criteria afhangt van de aard van de over-

heidsactiviteiten in kwestie. Daarom is een nadere afbakening van de relevante (overheids)activiteiten nodig. In grote lijnen zou men een aantal verschillende activiteiten kunnen onderscheiden die voor de PPV-discussie relevant zijn (zie kader). Deze indeling is ingegeven door een rechtsstatelijke visie op overheidsactiviteiten. Deze weerspiegelt niet noodzakelijkerwijs het maatschappelijke belang of het feitelijke beslag van deze activiteiten op het overheidsbudget. (Zo zal beleidsuitvoering in de praktijk het leeuwendeel van de inzet van het overheidspersoneel en van de publieke budgetten voor zijn rekening nemen.)

**Voor de PPV-discussie relevante taken en activiteiten**

*Beleidsvorming:* het vaststellen van algemene kaders voor de inrichting van de samenleving.

Hieronder vallen onder andere:

- agendavorming en discussie entameren;
- besluitvorming organiseren;
- regelgeving opstellen.

*Beleidsuitvoering:* het in concrete gevallen vormgeven en in banen leiden van maatschappelijke ontwikkelingen en voorzieningen op basis van de algemene kaders. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan:

- grootschalige uitvoering van algemene regels (beschikkingsfabriek, vgl. IND, IBG);
- eenmalige of incidentele beschikkingen (beschikkingsatelier; vgl. kapvergunningen);
- aanbieden van algemene voorzieningen (onderwijs, elektriciteit, cultuur, openbaar vervoer);
- implementeren van eenmalige of incidentele projecten (HSL).

*Toezicht:* het toezien op de naleving van de in algemene kaders gestelde regels. Ook dit kent verschillende vormen:

- interne inspecties: overheden onderling (Algemene Rekenkamer; IRF);
- externe inspectie: overheid-burgers (AID, PD, Onderwijsinspectie).

*Geschilbeslechting:* het beslechten, al dan niet op verzoek van partijen, van sociale conflicten:

- bemiddeling;
- arbitrage;
- rechtspraak.

*Handhaving:* het toepassen van dwangmiddelen om de voorgaande activiteiten te ondersteunen:

- opsporing en vervolging strafbare feiten;
- ten uitvoer leggen straffen;
- uitoefenen bestuursdwang;
- landsverdediging.

Het voert veel te ver om voor al deze activiteiten, per criterium en per organisatievorm, de relevante juridische redeneringen nader te analyseren. Aan de analyse van elke activiteit en organisatievorm vallen dikke dissertaties te wijden (zie voor toezicht bijv. Van Nus 1995 en voor private vormen van verzelfstandiging Schreuder 1994). In het licht van de meest recente discussies rond verzelfstandiging zullen hier slechts enkele activiteiten nader worden uitgewerkt:

- de grootschalige uitvoering van algemene regels door zogenoemde beschikkingsfabrieken;
- het aanbieden van algemene materiële (nuts)voorzieningen.

**Privatisering: vijf dimensies**

Voorts is het nodig om onderscheid te maken tussen de verschillende modaliteiten van privatisering. Bij elk van de genoemde overheidsactiviteiten speelt meestal niet zozeer de vraag *of* de uitvoering publiek of privaat moet worden georganiseerd, maar veeleer: *in welk opzicht en in welke mate* publiek of privaat? Wij denken daarbij aan vijf opzichten, vijf dimensies, waarin men tussen publiek en privaat kan variëren bij het organiseren van overheidsactiviteiten. Bij elke dimensie is vervolgens de mate van privatisering globaal aangegeven (zie kader):

**Vijf dimensies van privatisering**

- Wijziging van de *eigendomsverhoudingen* binnen de organisatie: in hoeverre is de organisatie in publieke of particuliere handen? Enkele gradaties (van publiek naar privaat) zijn hier: overheidsinstelling, staatsbedrijf, overheid meerderheidsbelang, grootaandeelhouder, staatsdeelname, geen overheidsbelang (particuliere onderneming).
- Wijziging van het *regime* dat voor de bedrijfsvoering van de organisatie geldt: in hoeverre is de interne bedrijfsvoering van de organisatie onderworpen aan publieke of private (rechts-) regimes? Daarbij kan men denken aan verschillende onderdelen van de bedrijfsvoering:
  - 1 juridische structuur: is er gekozen voor een publieke rechtspersoon of voor een private rechtspersoon zoals stichting, vereniging, NV, of BV?
  - 2 boekhouding: geldt de Comptabiliteitswet of de Wet op de Jaarrekeningen?
  - 3 arbeidsrelaties: geldt de Ambtenarenwet, het ARAR en de AWB of wordt de arbeidsverhouding bepaald door boek 7 van het Burgerlijk Wetboek?
  - 4 managementstijl: hanteert men een bestuurskundige managementstijl (met een sterke nadruk op regelconformiteit en procedurele rechtmatigheid) of een meer bedrijfskundige stijl (met bijv. meer nadruk op outputsturing, klantgerichtheid en zelfbeheer).
- Wijziging van de *gezagsrelaties*: in hoeverre heeft de overheid danwel de minister directe zeggenschap over de activiteiten van een organisatie? Deze vraag is in het bijzonder van belang voor de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid bij verzelfstandigingsoperaties. Ook hier is een overgang van publiek naar privaat te construeren: volledig gezag, publieke verzelfstandiging, private verzelfstandiging, uitbesteding. Naarmate men verder vordert, neemt de mate van directe zeggenschap af en de mate van onderlinge wilsovereenstemming toe. Anders uitgedrukt: naarmate men verder in de private richting gaat, maakt bevel plaats voor onderhandeling.
- Wijziging van de *mededingsstructuur*: in hoeverre is er sprake van vrije mededinging bij het aanbieden van diensten en producten? Hierbij kan men denken aan de overgang van een (overheids)monopolie, via oligopolie, naar volledig vrije mededinging ('level playing field') en alles wat daar tussen zit.
- Wijziging van de *financieringsrelaties*: in hoeverre is er sprake van publieke of private financiering van de activiteiten? Daarbij kan men denken aan een variatie die gaat van volledige bekostiging uit de algemene middelen of uit overdrachtsuitgaven, profijtbeginsel, commerciële/marktconforme tarieven en tot slot financiering van (een deel) van de overheidsactiviteiten via de inkomsten uit commerciële contracten.

Uiteraard zijn deze dimensies vaak nauw met elkaar verbonden. Wijziging van de ene dimensie heeft in de praktijk vaak gevolgen voor de andere. Zo zal wijziging van de eigendomsverhoudingen veelal gevolgen hebben voor het rechtsregime en voor de gezagsrelaties. Dat hoeft echter niet; elke privatiseringsvorm is zelfstandig denkbaar.

In een enkel geval zal de privatisering van een overheidsdienst langs al deze dimensies parallel verlopen. Dat is bijvoorbeeld het geval geweest bij de overgang van PTT naar KPN. Eerst zijn de gezagsverhoudingen geprivatiseerd (de minister van Verkeer en Waterstaat heeft geen directe aanwijzingsbevoegdheden meer), vervolgens de eigendomsverhoudingen (de twee beursgangen) en het rechtsregime (werknemers van de PTT hielden op ambtenaar te zijn) en daarna pas de mededingingsstructuur (liberalisering telefonie en nu ook post). Ook de financieringsstructuur gaat steeds meer in de richting van commerciële tarieven en contracten.

Bij veel andere operaties heeft men soms op de ene dimensie geprivatiseerd en soms op de andere. Denk bijvoorbeeld aan de privatisering van het Loodswezen (wel gezag en financiering, maar niet mededinging). Ook bij de Plantenziektenkundige Dienst (gezag; financiering), IBG (gezag; bedrijfsvoering) of OPTA (gezag) zijn vaak maar enkele dimensies aan de orde. Bij de Belastingdienst lijkt er vooral op één dimensie te zijn geprivatiseerd: de bedrijfsvoering. De Belastingdienst is wat betreft eigendom, gezagsrelatie, mededingingsstructuur en financieringsbron volledig binnen het publieke domein gebleven, maar er is wel gekozen voor een veel bedrijfsmatigere aanpak van het werkproces.

Hier geldt opnieuw dat elke vorm van privatisering andere feitelijke en juridisch-normatieve vragen oproept. Zo leidt elk van deze vormen van privatisering weer tot andere sturingsrelaties. In grote lijnen, vanuit de overheid gezien, zijn dat:

- *eigendomsverhouding*: van rechtstreekse aanwijzingen, naar indirecte sturing via regeringscommissarissen en aandeelhoudersvergadering tot volledige afwezigheid van sturingsmogelijkheden;
- *rechtsregime*: van directe sturing middels publieke regimes en publieke vormen van toezicht en controle naar indirecte vormen via civiele rechters en algemene bepalingen;
- *gezagsrelaties*: van eenzijdige naar meerzijdige sturingsinstrumenten;
- *mededingingsstructuur*: van hiërarchie naar markt, respectievelijk van direct overheidsingrijpen naar onzichtbare hand;
- *financieringsrelaties*: van gouden koorden via profijtbeginsel naar de tucht van de markt.

Het is daarom niet goed mogelijk om een integraal juridisch kader te bieden dat voor al deze verschillende organisatievormen geldt. Een zinvolle juridische beoordeling van de wenselijkheid van elke vorm van privatisering is alleen mogelijk als er wordt gedifferentieerd naar overheidsactiviteit en organisatie-

vorm. In het PPV-project is ervoor gekozen de *gezagsrelatie* centraal te stellen als privatiseringsdimensie. Daarom zal in de rest van deze notitie de discussie worden beperkt tot vraagstukken van verzelfstandiging.

### ***Verzelfstandiging: vier vormen***

Tot slot is het nodig onderscheid te maken tussen de verschillende vormen van verzelfstandiging. In het PPV-project is gekozen voor aard van de gezagsrelatie als operationalisering van het begrip privatisering. Dat betekent dat op rijksniveau de reikwijdte van ministeriële verantwoordelijkheid het ijkpunt is voor de mate van zelfstandigheid. Dat levert vier organisatievormen op die in het onderstaande kader zijn gerangschikt in afnemende mate van ministeriële zeggenschap:

#### ***Verzelfstandiging: vier organisatievormen***

- 1 *Volledig gezag*: departementsonderdeel, buitendienst, agentschap. Bij deze verschillende organisatievormen heeft de minister volledige zeggenschap over alle activiteiten en geldt de ministeriële verantwoordelijkheid in beginsel voor alle aspecten van het optreden van deze (deel)organisaties.<sup>2</sup>
- 2 *Publieke verzelfstandiging*: zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). Hierbij wordt de organisatie op afstand van de minister geplaatst, maar blijft zij wel binnen het publieke domein. De minister heeft hier niet meer een volledige zeggenschap over de organisatie, maar heeft slechts zeggenschap voorzover de wet hem bevoegdheden toekent. De omvang daarvan wisselt daarom met de wet die het ZBO in het leven roept; doorgaans bestaan geen bevoegdheden met betrekking tot operationele activiteiten en concrete zaken.
- 3 *Private verzelfstandiging*: overheidsstichtingen, overheidsvennootschappen. Hierbij wordt de organisatie niet alleen op afstand, maar ook in het private domein geplaatst. De minister heeft slechts zeggenschap voorzover deze voortvloeit uit zijn eigendomsrechten of bestuursbevoegdheden ingevolge het burgerlijk wetboek. De ministeriële verantwoordelijkheid betreft in beginsel alleen nog de instelling en toedeling van taken en bevoegdheden aan de organisatie en de uitoefening van de eigendomsrechten en bestuursbevoegdheden.
- 4 *Uitbesteding*: particuliere rechtspersonen en bedrijven. Hierbij heeft de minister geen enkel direct gezag meer over de organisatie en vindt sturing uitsluitend plaats via het afsluiten van overeenkomsten. De ministeriële verantwoordelijkheid blijft beperkt tot een verantwoordelijkheid voor het afsluiten van de contracten en de inhoud daarvan.

### **3.3 RECHTSSTATELIJKE REDENEERPATRONEN ROND PPV**

Hieronder zullen voor elk van de vijf criteria die in het project centraal staan, enkele van de meest gangbare en relevante rechtsstatelijke redeneerpatronen worden beschreven. De nadruk ligt daarbij op het geldend staatsrecht, voorzover dat kan worden geconstrueerd op basis van regelgeving, officiële documenten, ongeschreven regels, handboeken en rechtswetenschappelijke studies.

#### ***Democratische legitimatie***

Dit criterium valt in tenminste drie delen uiteen:

- a de eis van algemeen (actief en passief) kiesrecht: burgers moeten invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van vertegenwoordigende lichamen;

- b de eis van democratische sturing: vertegenwoordigende lichamen moeten richting kunnen geven aan het overheidsoptreden;
  - c de eis van democratische verantwoording: de vertegenwoordigende lichamen moeten in staat zijn om achteraf het overheidsoptreden te kunnen controleren.
- Voor het PPV-project zijn de laatste twee het meest interessant.

Het beginsel van *democratische sturing* gaat er in grote lijnen vanuit dat in al die gevallen waarin sprake is van de behartiging van publieke belangen, van de uitoefening van publieke bevoegdheden of van de besteding van publieke middelen, vertegenwoordigende lichamen hieraan richting moeten kunnen geven.

De belangrijkste staatsrechtelijke redenering luidt in grote lijnen als volgt: Indien de volksvertegenwoordiging richting wil geven aan het overheidsoptreden kan zij dat het beste doen via het instrument van de formele wetgeving. Omdat zij als medewetgever altijd haar toestemming moet geven, is haar invloed dan het beste gewaarborgd. Dit leidt tot het aanvaarden van het *legaliteitsbeginsel*, dat verlangt dat het overheidsoptreden op een (formele) wet berust. Dat beginsel komt hieronder bij het rechtszekerheidsbeginsel nader aan de orde.

De sturingsmogelijkheden van het parlement zijn optimaal, wanneer sprake is van *gebonden bevoegdheden*: de situatie waarbij het overheidsoptreden volledig door de wet is gebonden. Het gebruik van open normen, delegatie van regelgeving aan lagere regelgevers, een privaatrechtelijke regeling van het overheidsoptreden of vormen van zelfregulering dienen daarom zoveel mogelijk te worden vermeden, want deze leiden tot een vermindering van de sturingsmogelijkheden van vertegenwoordigende lichamen. In de praktijk is er echter zeer vaak sprake van ruime beleidsvrijheden voor het bestuur en van een grote mate van delegatie van regelgeving.

Het beginsel van de *democratische verantwoording* gaat ervan uit dat in al die gevallen waarin het bestuur over vrijheden beschikt bij de behartiging van publieke belangen, bij de uitoefening van publieke bevoegdheden of bij de besteding van publieke middelen vertegenwoordigende lichamen in beginsel in staat moeten zijn dit optreden te controleren en betrokkenen te vragen hierover verantwoording af te leggen.<sup>3</sup> Hiertoe kent het staatsrecht verschillende instrumenten:

- 1 Algemeen wordt door juristen het leerstuk van de *politieke (ministeriële) verantwoordelijkheid* als het belangrijkste instrument gezien.<sup>4</sup> De redenering gaat ongeveer als volgt: de democratische controle van het overheidsoptreden is alleen goed mogelijk indien er voor alles wat in naam van de overheid gebeurt ten minste één minister door het parlement ter verantwoording kan worden geroepen. Uitgangspunt dient te zijn dat er geen vrije publieke bevoegdheden mogen bestaan zonder democratische verantwoording. Anderzijds kan verantwoording zonder bevoegdheden eveneens niet bestaan. Voor een zinvolle democratische verantwoording is derhalve vereist dat de minister over directe sturingsbevoegdheden beschikt, wil hij zijn ministeriële verantwoordelijkheid tegenover de Kamer kunnen waarmaken. In de praktijk betekent dit meestal dat dit beginsel zich verzet tegen het sterk op afstand zetten van onderdelen van de overheid.

- 2 Daarnaast vormt *openbaarheid van bestuur* een belangrijk instrument voor democratische legitimatie en verantwoording. De redenering hierachter is dat de verantwoording aan democratische organen en kiezers over de uitoefening van publieke bevoegdheden en de besteding van publieke middelen alleen goed kan geschieden indien burgers, Kamerleden en journalisten een zo precies mogelijk beeld kunnen krijgen van wat er is gebeurd. Daartoe geeft de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) hen bijvoorbeeld toegang tot alle relevante verslagen, nota's en dossiers.
- 3 Een derde relevant instrument hierbij vormen de *klacht- en petitierechten* die burgers hebben. Klachteninstanties, zoals bijvoorbeeld de Nationale ombudsman – die rechtstreeks aan de Tweede Kamer rapporteert – of de vaste Kamercommissie voor de verzoekschriften, vormen een belangrijk informatiebron voor de volksvertegenwoordiging over de manier waarop het bestuur te werk gaat.

### **Rechtsgelijkheid**

Het beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden, wordt in ons staatsrecht grofweg langs vier lijnen bevorderd:

- a via het legaliteitsbeginsel (zie ook hieronder bij rechtszekerheid);
- b via de scheiding van wetgevende, uitvoerende en vooral ook rechterlijke macht;
- c via de scheiding van politiek en bestuur binnen de uitvoerende macht;
- d via het gelijkheidsbeginsel.

Het *legaliteitsbeginsel* verlangt dat overheidsoptreden op een wettelijke basis geschiedt. Vanuit het gelijkheidsbeginsel wordt deze eis nader ingevuld door te verlangen dat die wettelijke basis de vorm krijgt van algemene, abstract geformuleerde regels. Door de algemene formulering wordt verzekerd dat gelijke gevallen ook op dezelfde wijze worden behandeld. Wetgeving voor een bepaald geval is dus niet mogelijk; het wordt door de Duitse grondwet dan ook uitdrukkelijk verboden. Voor de verdere uitwerking van het legaliteitsbeginsel zie hieronder.

De *scheiding van machten* is hier vooral van belang vanwege de bijzondere positie van de rechterlijke macht. *Mutatis mutandis* zijn de meeste redeneringen die voor de rechterlijke macht gelden ook toepasbaar op toezichthoudende, arbitrerende en geschilbeslechtende instanties zonder rechterlijke status (zoals NMA, OPTA, PD, AID, enz.). Deze bijzondere rechterlijke positie kent twee belangrijke componenten:

- 1 *onafhankelijkheid*: hierbij luidt de redenering dat de rechtsgelijkheid het meest wordt bevorderd wanneer instanties die rechtens bindende uitspraken doen in geschillen of inzake fundamentele rechten van burgers, in individuele zaken niet kunnen worden beïnvloed door de wetgevende of uitvoerende macht. De redenering gaat er dan vervolgens van uit dat dit doel het beste kan worden bereikt door het functioneren van die instanties zo onafhankelijk mogelijk in te richten. Hiertoe dienen instrumenten als (voordracht voor) benoeming of ontslag van de leden door commissies die onafhankelijk zijn

van parlement of politieke bestuur; een benoeming die in beginsel voor een vaste termijn of zelfs voor het leven is; en de afwezigheid van rechtstreekse aanwijzingsbevoegdheden of andere mogelijkheden tot inmenging in concrete zaken;

- 2 *onpartijdigheid*: dit vraagt vervolgens dat rechtssprekende, maar ook toezichthoudende instanties geen persoonlijke of institutionele belangen hebben bij bepaalde uitkomsten. Instrumenten om dit te bevorderen zijn onder andere: de mogelijkheden van verschoning respectievelijk wraking van rechters; een financiering uit de schatkist of op basis van vaste tarieven (en niet op basis van prestaties of uit commerciële activiteiten); een verbod op betaalde of anderszins gevoelige nevenfuncties (zo mogen rechters geen politieke functies vervullen); of bijvoorbeeld een grote terughoudendheid bij aandelenbezit of het aannemen van relatiegeschenken.

De *scheiding van politiek en bestuur* ziet in het bijzonder toe op het optreden van de uitvoerende macht. De redenering, die men reeds verwoord kan vinden bij Woodrow Wilson, is dat een te grote invloed van politieke overwegingen en bestuurders op het feitelijke, uitvoerende ambtelijke werk de rechtsgelijkheid sterk kan schaden, omdat het een bron kan zijn van cliëntelisme, nepotisme en discriminatie. Het zijn dan persoonlijke of partijpolitieke belangen die de doorslag geven en niet de merites van de zaak. Om dit te voorkomen zou een strikte scheiding tussen politieke actoren en overwegingen en administratieve actoren en regels tot stand moeten worden gebracht. Zoals Wilson al zei: “run government like a business.” Dit heeft men in Nederland langs twee wegen bevorderd:

- 1 een sterke *scheiding van beleidsvorming en beleidsuitvoering*. De redenering hierachter is dat door een scheiding aan te brengen tussen algemene regelopstelling aan de ene kant en de feitelijke regeltoepassing aan de andere kant, politieke interventies in concrete casus zoveel mogelijk kunnen worden tegengegaan en de rechtsgelijkheid het best zou zijn gewaarborgd. Het gelijkheidsbeginsel zou zich in het bijzonder slecht verdragen met aanwijzingsbevoegdheden van bewindslieden in individuele gevallen (bijv. bij belastinggeschillen, vervolgingsbeslissingen van het OM, toezicht op de media of de markt enz.);<sup>5</sup>
- 2 ook heeft men dit doel trachten te bevorderen door een ver doorgevoerde eis van *ambtelijke neutraliteit*. De gedachte hierachter is dat ambtenaren zich in hun feitelijk optreden niet mogen laten leiden door hun persoonlijke en politieke overtuigingen. Dit heeft in het verleden bijvoorbeeld wel geresulteerd in een strikt verbod op politieke activiteiten en publieke meningsuiting door ambtenaren.

*Het gelijkheidsbeginsel* wordt als centraal beginsel van onze rechtsstaat gezien, getuige haar plaatsing als artikel 1 van de Grondwet. Het valt in twee vormen uiteen:

- 1 *formele gelijkheid*: dit tracht men meestal te bereiken door de zojuist genoemde eisen van legaliteit en scheiding van machten. Door het overheidsoptreden zoveel mogelijk aan maat en regel te binden, worden gelijke gevallen zoveel mogelijk volgens dezelfde regels en procedures behandeld;



- 2 *materiële gelijkheid*: de meeste staatsrechtelijke beginselen zien toe op procedurele waarborgen voor rechtsgelijkheid. Toch spelen soms ook inhoudelijke overwegingen een rol bij toetsing van arrangementen en worden ook materiële vormen van gelijkheid gehanteerd. Een belangrijk criterium hierbij is of er sprake is van rechten of voorzieningen die cruciaal zijn voor het politiek en maatschappelijk functioneren van burgers. De gedachte hierachter is dat wanneer burgers zonder daadwerkelijke toegang tot bepaalde voorzieningen maatschappelijk niet meer kunnen functioneren, dit vraagt om ondersteuning door de overheid. Een belangrijk beleidsinstrument in het verleden was hier publieke voorziening (nutsvoorzieningen, bijstand e.d.) of de eis van universele dienstverlening in combinatie met de daarbij behorende prijsreguleringen (vgl. telefonie).

### **Rechtszekerheid**

Burgers moeten een zo groot mogelijke zekerheid hebben omtrent hun rechten en plichten tegenover de overheid. Het algemene beginsel van de rechtszekerheid valt eveneens in meerdere eisen uiteen:

- 1 de eis van *legaliteit* wordt meestal uitgelegd als de eis dat al het overheidsoptreden in beginsel een wettelijke grondslag dient te hebben. Vaak leidt dit tot een beperkte invulling van het materieel wetsbegrip en stelt men de eis dat er sprake moet zijn van een wet in formele zin. Dit geldt in het bijzonder voor overheidsoptreden dat inbreuk maakt op de rechten van burgers of overheids-optreden waaruit voor burgers verplichtingen voortvloeien. Deze inbreuken of verplichtingen kunnen volgens bijna alle auteurs slechts plaats hebben bij of krachtens de wet. Voor andere vormen van overheidsoptreden of voor de verlening van gunsten, zoals subsidies, is deze eis veelal minder strikt en achten sommige auteurs lichtere vormen van regelgeving voldoende (Van Ommeren 1996: hfdst. 1). De redenering achter deze formele invulling van het wetsbegrip kent twee overwegingen. Allereerst is de verwachting dat regeling in een wet leidt tot een grotere mate van zelfbinding van de overheid dan andere vormen van regelgeving kunnen bieden. Een wet in formele zin is alleen te wijzigen met behulp van het parlement en via een langdurige en openbare procedure. Wanneer de wet bovendien nauwkeurig aangeeft onder welke voorwaarden er inbreuk mag worden gemaakt op de rechten van burgers, dan hebben de burgers gedurende lange tijd zekerheid over hun rechten en verplichtingen tegenover de overheid. De laatste jaren worden er, vanwege de overvloed aan regelgeving en de opkomst van elektronische media, steeds meer vraagtekens gezet bij de juistheid van deze stap in de redenering. Er zijn in de afgelopen jaren sterke twijfels aan de werkzaamheid van het instrument van formele wetgeving en er is een verschuiving in de richting van rechtersrecht, onderhandelend bestuur en tal van vormen van zelfregulering (vgl. Marseille 1993, Oldenziel 1997, Van Ommeren 1996 en Scheltema 1997);
- 2 de eis van *kenbaarheid* is hier nauw mee verbonden. Een belangrijke voorwaarde voor rechtszekerheid is dat burgers hun verplichtingen ook te weten kunnen komen. Daarom gelden wetten pas vanaf het moment dat ze in het *Staatsblad* zijn verschenen. Ook voor lagere vormen van regelgeving geldt als

- eis dat ze pas gelden vanaf het moment dat ze in voldoende mate kenbaar zijn gemaakt. De gedachte hierachter is dat, zolang men ervan uitgaat dat burgers worden geacht de wet te kennen, zij ook in staat moeten worden gesteld om op de hoogte te raken van nieuwe regels. Bovendien is dit een belangrijke waarborg tegen willekeur;
- 3 hiermee hangt het *verbod op terugwerkende kracht* nauw samen. Bepalingen die inbreuken op de rechten van burgers mogelijk maken, worden alleen toegestaan voorzover het toekomstige handelingen betreft. Burgers moeten op het moment van handelen erop kunnen vertrouwen dat in het geldend recht al hun rechten en plichten staan beschreven. Deze eis geldt in het bijzonder voor het opleggen van straffen. De rechtszekerheid verzet zich ertegen dat iemand wordt gestraft voor iets dat op het moment van handelen nog niet strafbaar was (art. 16 Grw., art. 1 WvSr.). Voor andere soorten inbreuken geldt dit verbod in minder mate.

### **Doelmatigheid en doeltreffendheid**

Het beginsel dat de overheid doelmatig moet handelen, vloeit voort uit het feit dat zij een dienende functie heeft ten opzichte van de samenleving en niet ten opzichte van bepaalde groepen van personen of van de machthebbers. Aan de samenleving mogen dan ook niet meer lasten worden opgelegd dan werkelijk nodig voor de uitvoering van de publieke taak. Voor doeltreffendheid geldt iets soortgelijks: het door de overheid gestelde doel moet ook daadwerkelijk naderbij gebracht worden. Wordt een doel niet bereikt, dan ontvalt de grondslag aan het voor dat doel opgezette democratisch gekozen beleid. Het recht kan niet in het algemeen vastleggen wat de meest doelmatige en meest doeltreffende beslissing is. De overheid moet met behulp van de best beschikbare kennis tot die beslissing komen. Teneinde toch de doelmatigheid en de doeltreffendheid van de uitvoering van de publieke taak te garanderen kent het recht een aantal voorzieningen. Deze betreffen de procedure voor het nemen van besluiten en de inrichting van het bestuursapparaat:

- 1 *openbaarheid van bestuur*: ook hier is openbaarheid van bestuur een belangrijk instrument. De redenering is hier iets anders dan bij de democratische legitimatie. De gedachte, reeds verwoord door J.S. Mill, is dat openbaarheid van beraadslagingen en argumentatie de doeltreffendheid van de besluitvorming vergroot omdat de openbare botsing van opinies de kwaliteit van de argumentatie doet toenemen. Openbaarheid dwingt bestuurders tot explicitering en onderbouwing van hun argumenten en maakt daardoor falsificatie van drogredenen mogelijk. Bovendien kunnen zo meer relevante argumenten en gezichtspunten aan de orde kunnen omdat het aantal participanten toeneemt. De openbaarheid zorgt ervoor dat de in de samenleving aanwezige kennis zal worden gebruikt: is het debat in dat opzicht beneden peil, dan zal dat van buiten af – via de pers – wel worden bijgestuurd;
- 2 *formele beginselen behoorlijk bestuur*: bij de besluitvorming door bestuursorganen bestaan evenzeer procedurele voorzieningen om te bevorderen dat doelmatige en doeltreffende besluiten worden genomen. Men kan die voorzieningen samenvatten als de formele beginselen van behoorlijk bestuur,

met inbegrip van de motiveringsplicht. Die beginselen zijn niet uitsluitend daarop gericht – zij beogen ook het individuele belang van betrokken personen naar voren te laten komen – maar hebben in dit opzicht toch een belangrijke functie. De regeling van de hoorplicht in de AWB bij beschikkingen is bijvoorbeeld specifiek op deze functie toegesneden;

- 3 *inrichting van het bestuursapparaat*: ter bevordering van de kennis die nodig is om besluiten doeltreffend en doelmatig te laten zijn, worden de politiek gelegitimeerde bestuurders ondersteund door een deskundig ambtelijk apparaat. Deze op Weber (1919) gebaseerde samenwerking van politiek en ambtenaren ligt aan de basis van de staatsrechtelijke regeling van de inrichting van het bestuur. De ambtelijke rechtspositie is hier een uitvloeisel van;
- 4 *adviserende en toezichthoudende organen*: specifieke organen die toezien op de doelmatigheid en doeltreffendheid. De Algemene Rekenkamer is hiervan de meest in het oog springende voor de doelmatigheid en langzamerhand ook voor de doeltreffendheid. Adviesorganen en planbureaus dienen hetzelfde doel.

### 3.4 TOETSING VAN DE RECHTSSTATELIJKE REDENEERPATRONEN: EEN OPZET

In de rechtsstatelijke praktijk zal de invulling en gelding van de vijf centrale beginselen sterk kunnen verschillen afhankelijk van de overheidsactiviteit die aan de orde is. We hebben er daarom voor gekozen enkele van de voor de PPV-discussie meest relevante activiteiten nader te onderzoeken. Daarbij staat ons de volgende aanpak voor ogen:

- de eerste stap bij elk criterium bestaat uit het *beschrijven* van de staats- en bestuursrechtelijke beleidstheorie die voor de betreffende activiteit het meest relevant is. Met een *beleidstheorie* wordt hier, zoals al eerder aangegeven, bedoeld de – veelal impliciete – empirisch gedreven redenering die achter de juridische prescripties en beginselen schuil gaat. Deze redenering kan worden geëxpliciteerd, waarna zij eventueel ook toetsbaar is. Voor elk van de vijf criteria zullen we een of meer van dergelijke dominante juridische beleidstheorieën kort beschrijven;
- de tweede stap bestaat uit een min of meer empirische *nuancering* van de dominante beleidstheorie. In de praktijk blijkt de fraaie rechtsstatelijke redenering vaak slechts in beperkte mate op te gaan. Het doel van deze stap is een meer adequate redenering te ontwikkelen die later behulpzaam kan zijn bij een eventuele beoordeling van de wenselijkheid van bepaalde organisatievormen.

Samen leveren deze twee stappen een enigszins verfijnde staalkaart op van rechtsstatelijke redeneerpatronen op die voor de betreffende activiteiten relevant zijn. Deze staalkaart geeft niet meer aan dan een grove *communis opinio* op grond van de thans geldende institutionele kaders. Zij geeft niet noodzakelijkerwijs onze eigen opvattingen weer en andere juristen kunnen er ook anders over denken. Bovendien zal blijken dat een dergelijke benadering sterk overheidsgericht is, omdat zij nu eenmaal vertrekt vanuit de thans geldende juridische kaders.

Deze notitie zal daarom besloten worden met enkele onderdelen van meer prescriptieve en persoonlijke aard:

- *een persoonlijke afweging van de meest gewenste organisatievorm bij beschikkingenfabrieken.* Hierin komt aan de orde wat, alles overwegende, vanuit rechtsstatelijk perspectief de wenselijkheid is van de verzelfstandigingsvormen die hier zijn onderscheiden. Dit onderdeel kan dan vervolgens worden geconfronteerd met de economische en bestuurskundige benadering en met de sectorstudies in de sfeer van sociale zekerheid;
- *een agenda voor vernieuwing.* In de epiloog zal voor elk criterium apart de vraag aan de orde komen of het ook anders kan. Zijn er alternatieve voorzieningen denkbaar die, met behoud van de waarden die aan elk criterium ten grondslag liggen, een grotere variëteit aan organisatievormen mogelijk maken?

### 3.5 VERZELFSTANDIGING VAN EEN BESCHIKKINGENFABRIEK

#### ***Beschikkingenfabrieken en verzelfstandiging***

Een aantal onderdelen van de overheid is belast met het uitvoeren van publieke regelingen die betrekking hebben op grote groepen burgers of instellingen. Vaak gaat het hierbij om sterk voorgeprogrammeerde beslissingen die zich goed lenen voor standaardisering en uniformering. De uitvoerende ambtenaren hebben daardoor betrekkelijk weinig beleidsruimte bij het nemen van hun beslissingen. Door de opkomst van ICT is thans mogelijk het proces van beschikkingverlening in hoge mate te automatiseren. Onder beschikkingenfabrieken verstaan we overheidsonderdelen die aan de volgende voorwaarden voldoen:

- productie van grote aantallen beschikkingen;
- hoge mate van standaardisering van het werkproces;
- weinig discretionaire ruimte voor ambtenaren.

Het zijn Fordistische eilanden van massaproductie in een zee van maatwerk. Voorbeelden zijn de Informatiebeheergroep (IBG), de Belastingdienst, de Sociale Verzekeringsbank (kinderbijslag) en het ministerie van VROM (huursubsidie).

In het verleden waren deze beschikkingenfabrieken vaak onderdeel van het departement en vielen ze derhalve rechtstreeks onder de ministeriële verantwoordelijkheid. Voor sommige soorten beschikkingen (huursubsidie, belastingaanslagen) is dit nog steeds zo. Andere beschikkingenfabrieken, zoals de IND, zijn als agentschap iets meer op afstand gezet, maar vallen nog steeds wel volledig onder de ministeriële verantwoordelijkheid. Een enkeling, zoals de IBG, is (inmiddels) in publiekrechtelijke zin verzelfstandigd, in de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). Bij privaatrechtelijke vormen van verzelfstandiging kan de organisatie de vorm aannemen van een stichting of een overheidsvennootschap. De meest vergaande stap is uitbesteding aan particuliere bedrijven, al dan niet op basis van mededinging. Welk van deze vier hoofdvormen is uit rechtsstatelijk oogpunt het meest wenselijk? We lopen de vijf criteria na (vgl. vooral Kuipers et al. 1992).

**Democratische legitimatie**

Dit criterium valt in twee onderdelen uiteen: democratische sturing en democratische verantwoording. Het model van politieke sturing via wetgeving en via ministeriële verantwoordelijkheid verenigt in feite twee doelstellingen in zich:

- a via wetgeving en via de ministeriële verantwoordelijkheid wordt bereikt dat afwegingen en keuzes binnen de organisatie door het parlement beïnvloed kunnen worden, en
- b via de ministeriële verantwoordelijkheid wordt bereikt dat gecontroleerd kan worden of de organisatie overeenkomstig de gemaakte keuzes werkt.

De eerste doelstelling betreft het wezen van de politieke legitimatie: het gaat erom dat de keuzes politiek bepaald kunnen worden. Vanuit dit perspectief is het niet nodig dat de controle eveneens geheel via het politieke kanaal verloopt. In feite heeft dat laatste ook nadelen: een onafhankelijk oordeel is juist bij controle van belang. Die gedachte ligt ook aan de trias ten grondslag.

De rechtsstatelijke beleidstheorie rond beschikkingenfabrieken gaat in eerste instantie uit van sturing via wetgeving in formele zin. Hoe meer de uitoefening van bestuursbevoegdheden aan wettelijke regels is gebonden, des te minder noodzaak er is voor afzonderlijke vormen van politieke sturing door minister of parlement. Bij beschikkingenfabrieken is er in beginsel sprake van volledig gebonden bevoegdheden. De vraag of een beschikking kan worden verleend, dient immers uitsluitend te worden bepaald door de wet op het individuele geval toe te passen. Dit betekent dat democratische sturing op onderdelen of in individuele gevallen niet nodig is. Sturing door middel van wetgeving is voldoende voor de democratische legitimatie.

Hetzelfde geldt in beginsel voor de democratische verantwoording. Deze kan zich beperken tot een evaluatie van de wetgeving en een debat over de noodzaak tot aanpassing van de regels. Daar waar bevoegdheden gebonden zijn, kan de verantwoording hoogstens gaan over de aard en de mate van de binding en over de algemene consequenties van de vormgeving van de wet. Controle op de uitoefening van de bevoegdheden in individuele gevallen is voorbehouden aan de rechter. Deze bepaalt of de wet goed is toegepast en geeft eventueel redres.

*Stap 1:* In beginsel maakt het niet uit welke organisatievorm voor een beschikkingenfabriek wordt gekozen, omdat bij volledig gebonden bevoegdheden de democratische legitimatie verloopt via het instrument van formele wetgeving. Bij volledige binding van bevoegdheden is er geen noodzaak tot directe zeggenschap van de minister over de organisatie.

In de praktijk is er echter slechts zelden sprake van volledig gebonden bevoegdheden. Ook bij beschikkingenfabrieken is er veelal een zekere mate van 'freies Ermessen' voor de uitvoerende organisatie en de individuele ambtenaar nu eenmaal niet alles in de wet kan worden vastgelegd. Regelmatig is er behoefte aan discretionaire invulling, is er sprake van vage normen of moeten lastige concrete feiten worden vastgesteld (zoals mate van arbeidsongeschiktheid of de noodzaak

van scholing). Deze speelruimte wordt veelal opgevuld door interne regels en praktijken. Deze zijn vaak niet onderworpen aan controle door de rechter, hetzij omdat zij niet openbaar zijn, hetzij omdat de rechter meestal alleen uitspraken doet in individuele gevallen en er geen vanzelfsprekende doorwerking is van zijn uitspraak in het algemene beleid van de betreffende beschikkingenfabriek. Voorzover er sprake is van discretionaire beslissruimte, mag de rechter het gebruik daarvan in beginsel niet naar inhoud controleren.

Ook is voor concrete burgers de feitelijke uitoefening van de bevoegdheden (doorlooptijd, inrichting procedure, bejegening e.d.) een belangrijke bron van ergernis, die zich vaak vertaalt in een vermindering van de democratische legitimatie en een behoefte aan nadere sturing en verantwoording. Ten slotte is ook het instrument van formele wetgeving in de praktijk te algemeen en vooral ook te weinig flexibel om in te spelen op snel veranderende maatschappelijke omstandigheden. Daarom worden in de praktijk regelgevende bevoegdheden veelvuldig aan de minister gedelegeerd. Ook zijn er vaak hardheidsclausules en directe aanwijzingsbevoegdheden van de minister. Dit speelt met name in die gevallen waar de beschikkingsverlening politiek gevoelig kan zijn, zoals bij de toelating van vreemdelingen of bij bijzondere belastingconstructies.

Dit alles betekent dat de democratische legitimatie in de praktijk nooit geheel verloopt langs de weg van binding aan formele wetgeving. Door de beschikkingenfabriek moeten veel beslissingen worden genomen, waarvoor democratische verantwoording moet worden afgelegd. Hierbij komt nog iets anders. Hoewel beroep op de rechter mogelijk is indien beslissingen in strijd zijn met de wettelijke regels, garandeert dit in feite geenszins dat de organisatie zich volledig aan de regels houdt. Integendeel, veelvuldig blijkt de uitvoering in belangrijke mate met eigen regels te werken, die van de wet afwijken. Een te gunstig voor de burger beslissen zal nimmer leiden tot controle door de rechter, omdat dan uiteraard geen beroep op de rechter wordt ingesteld (vgl. commissie-Buurmeijer 1993). Ook anderszins is de rechterlijke controle gebrekkig. Controle op de vraag of de organisatie haar taak op de juiste wijze uitvoert, is dus van groot belang. Deze controle verloopt echter in belangrijke mate via de ministeriële verantwoordelijkheid, omdat andere vormen van afleggen van verantwoording niet systematisch in het staatsrecht tot ontwikkeling zijn gekomen. Dit met uitzondering van de controle door de rechter. Omdat deze vorm van controle slechts zeer beperkt werkt, zoals we zagen, wordt de politieke verantwoordingsplicht niet alleen als instrument van sturing vooraf, maar ook als instrument van controle achteraf gezien.

Vanuit het gezichtspunt van de democratische legitimatie leidt dit ertoe de uitvoering onder politieke verantwoordelijkheid te laten plaatsvinden. Hierdoor kan van iedere keuze die in het kader van de uitvoering wordt gemaakt, door het parlement verantwoording worden gevraagd. Dit leidt tot een voorkeur voor uitvoering onder directe verantwoordelijkheid van een minister, dus als departementsonderdeel, buitendienst of agentschap.

Voor een ZBO geldt dat de verantwoordingsplicht niet volledig is: de minister is in zijn bevoegdheden tot sturing gebonden aan de middelen die de wet hem biedt. Invloed op de individuele beslissingen heeft hij nooit – dat is strijdig met het karakter van ZBO – maar bevoegdheden tot meer algemene beleidsbepaling kunnen hem wel worden toebedeeld. Ook voor het beheer geldt dat hij specifieke beslissingen doorgaans niet zelf neemt, maar wel invloed kan uitoefenen door algemene sturingsmiddelen, zoals toekenning van gelden, goedkeuring van begroting of rekening. Bij een ZBO is de democratische verantwoording beperkt tot het gebruik door de minister van diens bevoegdheden. Voor het overige ontstaat er een democratisch verantwoordingstekort. Dit tekort kan worden gecompenseerd doordat andere verantwoordingsmechanismen ontstaan – er zijn bijvoorbeeld andere vormen van toezicht die in de ogen van het parlement voldoende zijn –; ook kan het tekort zonder compensatie blijven.

Voor uitvoering in een privaatrechtelijke organisatie van de overheid geldt in beginsel hetzelfde als voor het ZBO, met dien verstande dat de privaatrechtelijke vorm enkele beperkingen voor de vormgeving van invloed van de minister kent die bij de ZBO ontbreken. Vaak zal het eigen belang van de private organisatie en de privaatrechtelijke organisatievorm zich verzetten tegen een grote mate van invloed van de minister. (Zo is het bijvoorbeeld de plicht van commissarissen en bestuur van een vennootschap zich bij hun beslissingen te laten leiden door het belang van de vennootschap en kan niet worden afgedwongen dat de leiding het publieke belang voorrang geeft; zie verder Kuiper et al; 1992:162). Ook zijn bij private organisatievormen de WOB en de wet op de Nationale ombudsman meestal niet van toepassing (voor details: Schreuder 1994:hfdst. 4).

Bij uitvoering in de vorm van uitbesteding heeft de minister geen andere sturing dan via de contracten die worden gesloten. Dit betekent dat verantwoording of bijstelling van het beleid slechts kan plaatsvinden voorzover het contract dit toelaat. Het feit dat de contractpartner een eigen belang bij het contract heeft, beperkt de mogelijkheden tot bijsturing en beleidswijziging en daarmee de democratische verantwoording voor de keuzes.

Cruciaal voor de democratische sturing en verantwoording is dat informatie over hetgeen zich binnen de organisatie afspeelt, op voldoende wijze voorhanden is. Indien dit het geval is, zouden bevoegdheden tussen wetgever, minister en beschikkingenfabriek ten behoeve van een goede sturing als volgt verdeeld kunnen zijn. *De wetgever* – in formele zin – stelt binnen het raam van hetgeen voorzienbaar en mogelijk is de hoofdregels voor het beslissingsproces vast. *De minister* beschikt over de bevoegdheid aanvullende regels vast te stellen en kan ook in algemene zin beslissingen nemen over de afwegingen die binnen de organisatie gemaakt moeten worden. Het is niet nodig dat hij alle beslissingen daarover zelf neemt. Veelal zal het voldoende zijn dat hij op de hoogte is van hetgeen binnen de organisatie wordt gedaan en dat hij steeds de bevoegdheid heeft regels te stellen of algemene aanwijzingen te geven voorzover de gang van zaken hem niet bevredigt. *De beschikkingenfabriek* moet binnen de door wetge-

ver en minister gestelde kaders als *professionele organisatie* voor de uitvoerende taak zorgen. Dit houdt in dat informatie moet worden verstrekt over de taakuitvoering en de daarbij gemaakte keuzes en dat een proces van controle en verantwoording moet bestaan met betrekking tot de vraag of:

- a de uitvoering geschiedt binnen de door wetgever en minister gestelde kaders;
- b de bij de uitvoering zelf gemaakte keuzes voldoende naar buiten (de minister) toe zichtbaar zijn gemaakt; en
- c de uitvoering geschiedt overeenkomstig hetgeen van een professionele organisatie verwacht kan worden.

Het voorgaande leidt tot de volgende conclusies over de gewenste organisatievorm.

- Het uitvoeren onder ministeriële verantwoordelijkheid, dus als *departementsonderdeel, agentschap of buitendienst*, geeft de meest vergaande mogelijkheden voor politieke sturing, al is die sturing ook daar sterk afhankelijk van de mate waarin informatie over hetgeen binnen de organisatie geschiedt, beschikbaar is. Een nadeel is dat het verantwoordingsproces niet onafhankelijk van de politieke sturing verloopt.
- Het onderbrengen van de organisatie in een *zelfstandig bestuursorgaan* geeft een beperktere mogelijkheid tot politieke sturing dan de vorige vorm. Bij een goede bevoegdheidstoekenning aan de minister maakt het een sturing voor wat betreft algemene beslissingen echter goed mogelijk. Ook hier is de sturing afhankelijk van de aanwezigheid van informatie. Aangezien de minister bij deze organisatievorm niet 'de baas' is, vergt dit punt nog meer aandacht dan bij de vorige vorm, waar de minister steeds bevoegd is alle door hem gewenste informatie te verkrijgen. Een zelfstandig bestuursorgaan kan een eigen belang hebben selectief met de verschaffing van informatie om te gaan.
- Ingeval van *uitbesteding* van de beschikkingverlenende taak aan een private organisatie met behulp van een contract is de politieke sturing beperkt tot hetgeen in het contract is geregeld. Dit betekent dat, voorzover voor de tijdsduur van het contract precies is te overzien welke afwegingen bij de uitvoering moeten worden gemaakt, de politieke sturing met behulp van het contract vorm kan krijgen. Wanneer flexibiliteit gewenst is, of in de politieke afweging in de loop der tijd wijziging mogelijk moet zijn, verzet deze vorm zich daartegen. Bovendien ligt het voor de hand dat het eigen belang van de privaatrechtelijke organisatie met zich meebrengt dat de mate waarin aan de door de politiek gekoesterde wensen tegemoet wordt gekomen, mede wordt bepaald door de wederpartij van de overheid. Die eigenbelangen hebben een legitieme plaats in de onderhandelingsrelatie.<sup>6</sup> De overheid zal in het algemeen ook geen invloed hebben op de wijze waarop de organisatie zich als onderdeel van een grotere organisatie ontwikkelt: zie bijvoorbeeld de concentratie in de gezondheidszorg. Het proces van controle en verantwoording zal hier niet direct tot bijsturing van de uitvoering kunnen leiden – tenzij het contract daartoe specifieke mogelijkheden biedt – zodat van groot belang is dat er goede maatstaven zijn met behulp waarvan de toetsing van de uitvoering aan het contract kan worden verricht. Omdat er bij een beschikkingenfabriek meestal sprake zal zijn van een tegengesteld belang bij overheid en privaatrechtelijke organisatie, verdient het aspect van de controle hier grote aandacht.



*Stap 2:* Omdat er in de praktijk haast nooit sprake is van een volledige binding van bevoegdheden en er derhalve behoefte blijft bestaan aan een zekere mate van politieke sturing, verdient uitvoering onder directe ministeriële verantwoordelijkheid de voorkeur.

- Organisatie in de vorm van een departementsonderdeel, buitendienst of agent-schap biedt de meeste mogelijkheden voor politieke sturing en verantwoording.
- Het onderbrengen van de organisatie in een zelfstandig bestuursorgaan geeft een beperktere mogelijkheid tot politieke sturing dan de vorige vormen, maar maakt bij een goede bevoegdheidstoekenning aan de minister een sturing voor wat betreft algemene beslissingen goed mogelijk.
- Bij uitbesteding van de beschikkingverlenende taak aan een private organisatie met behulp van een contract is de politieke sturing in beginsel beperkt tot hetgeen in het contract is geregeld. Van uitbesteding aan private organisaties dient daarom te worden afgezien indien flexibiliteit in de sturingskaders of ruime mogelijkheden van politieke heroverweging en bijsturing gewenst zijn.

### **Rechtsgelijkheid**

Van de verschillende beginselen die voortvloeien uit het criterium van de rechtsgelijkheid, is de scheiding van politiek en bestuur hier vanouds het meest belangrijk. Juist op het terrein van de uitvoering van het overheidsbeleid is er altijd sterk gepleit voor een scheiding van de beleidsvorming, waarbij politieke interventies centraal staan, en de beleidsuitvoering, de neutrale ambtelijke werkzaamheden. De theorie hierachter is dat (partij)politieke overwegingen geen rol mogen spelen in concrete individuele gevallen. Politieke interventies door bewindslieden in het proces van beschikkingverlening vormen een bedreiging van het gelijkheidsbeginsel. Dat pleit sterk tegen beschikkingsverlening door het departement zelf, omdat de minister dan altijd bevoegd blijft om in individuele zaken te interveniëren, bijvoorbeeld ten gunste van partijgenoten of onder druk van de publieke opinie.

*Stap 1:* Vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid is het niet verstandig grootschalige beschikkingverlening rechtstreeks onder de ministeriële verantwoordelijkheid te brengen.

Van de verschillende verzelfstandigingsvormen brengt uitbesteding aan particuliere bedrijven bewindslieden nog het minst in bekoring, omdat hierbij in beginsel geen directe gezagsrelaties met de minister meer bestaan. Tegen deze vorm van verzelfstandiging wordt echter vaak ingebracht dat de rechtsgelijkheid ook hier in gevaar kan komen, niet vanwege politieke interventies, maar omdat in de praktijk de gelding van het gelijkheidsbeginsel niet voldoende gewaarborgd is.

In het privaatrecht bestaat geen vanzelfsprekend recht op een gelijke behandeling. Bedrijven zijn niet verplicht om in zee te gaan met commercieel onaantrekkelijke klanten of zogenaamde ‘slechte risico’s’. Commerciële of persoonlijke overwegingen mogen bovendien nadrukkelijk een rol spelen bij ondernemingsbeslissingen. Zo kan een particuliere onderneming die op grote schaal beschikkingen verleent en daarbij niet aan risicoselectie mag doen, er bijvoorbeeld belang bij hebben lastige klanten af te schepen of af te kopen om zo haar

bedrijfskosten in de hand te houden. Ook geldt er niet het ambtelijke ethos van strikte neutraliteit en onpartijdigheid. Vrienden- of wederdiensten kunnen uit commercieel oogpunt aantrekkelijk zijn en zijn niet per definitie illegitiem, zoals in de publieke sector.<sup>7</sup> Datzelfde geldt voor het aanbieden van een versnelde procedure tegen bijzondere tarieven (een soort van bedrijvenpoli voor beschikkingen). Uitbesteding aan commerciële dienstverleners levert daarom risico's op voor de onpartijdigheid en voor het gelijkheidsbeginsel.

Publieke verzelfstandiging kent deze risico's veel minder, omdat daar de beginselen van behoorlijk bestuur volledig van toepassing zijn, evenals het ambtenarenrecht en het ambtelijke ethos van neutraliteit en onpartijdigheid. Omdat bij publieke verzelfstandiging, zoals we hierboven al zagen, de minister in beginsel alleen op hoofdlijnen kan sturen, is er ook weinig risico op politieke interventies in individuele gevallen. Dat maakt dat verzelfstandiging in de vorm van een ZBO uit het oogpunt van rechtsgelijkheid het meest aantrekkelijk is.

*Stap 2:* Uitbesteding van beschikkingverlening aan particuliere organisaties of aan overheidsstichtingen of vennootschappen vermindert de kans op politieke interventies sterk, maar vergroot wel de kans op andere inbreuken op het gelijkheidsbeginsel. Publieke verzelfstandiging in de vorm van een ZBO is uit het oogpunt van rechtsgelijkheid het meest aangewezen, omdat hierbij zowel de kans op politieke interventies als op andere vormen van bevoordeling of risicoselectie betrekkelijk klein zijn.

### **Rechtszekerheid**

De eis van rechtszekerheid bestaat uit ten minste drie onderdelen: eis van legaliteit, eis van kenbaarheid en verbod van terugwerkende kracht. De eerste eis wordt hier niet afzonderlijk behandeld: uit de redenering over de democratische legitimatie vloeit reeds voort dat de overheid niet naar willekeur, maar alleen op basis van een democratisch gelegitimeerde gedragslijn kan handelen. We concentreren ons daarom op het ten behoeve van een individuele burger verschaffen van rechtszekerheid. Dit houdt in dat:

- 1 de burger op tijd en voldoende precies weet wat hij van de overheid kan verwachten (voorspelbaarheid van overheidsgedrag, zodat hij zijn eigen gedrag daar ook op kan afstemmen);
- 2 de burger ook daadwerkelijk wordt behandeld overeenkomstig waar hij recht op heeft.

De juridische beleidstheorie is in het verleden altijd geweest dat de rechtszekerheid het meest gewaarborgd is bij een uitvoering door publieke organisaties. De juridische beleidstheorie luidt als volgt: deze activiteit kan het beste in de publieke sfeer worden vormgegeven omdat de wet regels voor het overheids-handelen vaststelt, de burger dus op grond van de wet weet welk optreden hij kan verwachten, het bestuur overeenkomstig de wettelijke regels handelt en de burger die onjuist wordt behandeld, zich tot de bestuursrechter kan wenden, die voor redres zorgt.

*Stap 1:* Organisatie in de publieke sfeer, als departementsonderdeel, buitendienst, agentschap of ZBO, verdient vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur.

In de praktijk ligt een en ander minder eenvoudig. In de eerste plaats biedt een publieke voorziening de burger lang niet altijd zekerheid omtrent zijn rechten en verplichtingen. Zoals we hierboven reeds zagen, bevat de wet lang niet alle regels, ook niet indien men daarbij gedelegeerde wetgeving betreft. Bovendien wordt de wet veelvuldig gewijzigd of aangevuld. Omdat beschikkingenfabrieken maar beperkt wetsgestuurd zijn, kan daaraan ook maar in beperkte mate rechtszekerheid worden ontleend. Ook leren ervaring en rechtssociologisch onderzoek dat de burger op grond van de wet vaak niet weet waar hij aan toe is. Men denke aan het niet-gebruik van veel subsidieregelingen en aan het rapport van het CTSV, waaruit blijkt dat veel verzekerden niet weten waar zij recht op hebben. Ten slotte is er ook onrustbarend veel materiaal waaruit blijkt dat het in de praktijk geenszins vanzelfsprekend is dat het bestuur ook de wet zal volgen (vgl. Marseille 1993, commissie-Van der Zwan 1993, commissie-Buurmeijer 1993, Van Montfoort 1991, Rekenkamer 1995).

Andersom is het zo dat het privaatrecht, op zijn beurt, een aantal voorzieningen kent die eveneens gericht zijn op het bieden van rechtszekerheid. Men kan hierbij denken aan standaardbepalingen in contracten en aan algemene voorwaarden of aan vormen van certificering. Ook is er bij afwijking de mogelijkheid tot redres op de burgerlijke rechter, die via open begrippen als goede trouw en billijkheid de zwakkere positie van burgers ruimschoots kan verdisconteren. Een nadeel van de burgerlijke rechter is wel dat de burger meestal geen beroep kan doen op de beschermende werking van de beginselen van behoorlijk bestuur of de AWB. Bovendien is de toegang tot de bestuursrechter in de praktijk voor burgers beduidend eenvoudiger dan de burgerlijke rechter. De doorlooptijden zijn tot nu toe sneller en de proceskosten beduidend lager.

*Stap 2:* Organisatie in de publieke sfeer biedt in de praktijk de burger minder rechtszekerheid dan de theorie veronderstelt. De burger weet vaak niet hoe het bestuur zal handelen omdat hij de wet vaak niet kent en het bestuur bovendien de wet lang niet altijd uitvoert. Het beroep op de rechter is niet altijd voldoende om onjuiste beslissingen te redresseren. Bovendien biedt het privaatrecht de burger ook de nodige zekerheden. Wel is er vanuit het oogpunt van rechtsbescherming een lichte voorkeur voor vormgeving in de publieke sfeer omdat:

- de beschikbare rechter bij publieke uitvoering de bestuursrechter is. Deze is gemakkelijker toegankelijk dan de burgerlijke rechter, die in beginsel bij private uitvoering aangewezen is;
- de normen van het bestuursrecht (ABBB, AWB) dan van toepassing zijn. Deze zijn meer expliciet toegesneden op vragen van rechtszekerheid dan de beginselen van het burgerlijk recht.

### **Doelmatigheid en doeltreffendheid**

In de sfeer van de doelmatigheid en doeltreffendheid – in het vervolg wordt kortweg van doelmatigheid gesproken – is er een sterke neiging om beschikkingenfabrieken op afstand van de minister te zetten. De beleidstheorie achter veel van deze verzelfstandigingsoperaties lijkt op het gebied van doelmatigheid uit ten minste drie onderdelen te bestaan. In de eerste plaats wijst men erop dat voor departementsonderdelen een reeks van algemene (beheers)voorschriften geldt die in de concrete uitvoeringspraktijk vaak als nodeloos beperkend worden ervaren. Een toegesneden beheersstructuur zou veel efficiënter zijn. Dit leidt vaak tot een pleidooi voor publieke verzelfstandiging. Voorts is vanouds (zie Wilson's "run government like a business") de gedachte dat een grotere afstand tot de minister de doelmatigheid vergroot, omdat politieke interventies en bureaucratische regels vaak haaks staan op een efficiënte en effectieve uitvoering van beleid. Politieke en bureaucratische rationaliteit zijn veelal gericht op rechtvaardigheid en rechtmatigheid en niet op kosten/baten- en haalbaarheidsanalyses. Deze beleidstheorie pleit ervoor de zeggenschap van de minister op de bedrijfsvoering te minimaliseren, maar is neutraal over de vraag welke vorm dit aan moet nemen. Aan de uitbestedingsvariant ligt de theorie ten grondslag dat de overheid niet zelf hoeft na te denken over de doelmatigheidswinst, maar dit kan over laten aan private partijen. Een belangrijke voorwaarde hiervoor is concurrentie, zodat vanzelf zichtbaar wordt welke producent het beste scoort in de sfeer van doelmatigheid. Daarmee zou men de doelmatigheid kunnen optimaliseren; men hoeft immers niet meer zelf het wiel uit te vinden, maar kan profiteren van de ervaringen die marktpartijen in eerdere situaties hebben opgedaan. Ook zijn er schaalvoordelen: omdat particuliere ondernemingen meerdere beschikkingenfabrieken draaiende kunnen houden, kunnen ze wellicht met minder personeel en *overhead* toe.

*Stap 1:* Uit het oogpunt van doelmatigheid en doeltreffendheid is beschikkingsverlening als departementsonderdeel het minst aantrekkelijk. Uitbesteding aan private partijen verdient de voorkeur.

In de praktijk blijkt dit allemaal wat minder eenvoudig te liggen. Er zijn departementsonderdelen die, met behoud van de volledige ministeriële verantwoordelijkheid, in staat zijn om forse efficiencywinsten te boeken; de ervaringen in de belastingdienst wijzen daarop. Voor een toegesneden beheersstructuur blijkt het daar niet nodig om tot (publieke) verzelfstandiging over te gaan. Sterker nog, het onderzoek van Ter Bogt (1997) suggereert dat publieke vormen van verzelfstandiging in de praktijk niet of nauwelijks leiden tot een verhoging van de doelmatigheid en de doeltreffendheid van de organisaties.

Ook is het nog zeer de vraag of uitbesteding van grootschalige beschikkingsverlening tot een forse verhoging van de doelmatigheid en doeltreffendheid zal leiden. In de praktijk zal er namelijk maar in zeer beperkte mate sprake zijn van keuzevrijheid voor de minister als aannemer. Aanbieders zullen vaak forse investeringen moeten doen in software, apparatuur en opleiding van personeel

om de taak naar behoren uit te kunnen voeren. De aanbieder zal deze contract-specifieke kosten verdisconteren in een hoge aanneemsom of een lange contractperiode bedingen. Aan het einde van de contractperiode heeft de zittende uitvoerder bovendien een grote voorsprong op mogelijke nieuwe aanbieders, omdat hij alle kennis en overhead al in huis heeft. Het is daarom zeer de vraag of er op termijn sprake zal zijn van reële marktwerking. Wanneer er voorts door de minister tal van nadere specificaties in het contract worden opgenomen (zie hierboven), zal dit in de prijs worden verdisconteerd. Dit is een extra reden waarom een scherpe prijsstelling lang niet altijd valt te realiseren (Kuiper 1992: 159-160).

Dit laat onverlet dat er onderdelen van het proces van beschikkingsverlening zijn die zich wellicht wel lenen voor uitbesteding. Hierbij gaat het vooral om routine-matige processen die niet sectorspecifiek zijn en die derhalve geen specifieke investeringen vragen en waarbij kennis en personeel makkelijk uitwisselbaar zijn met andere sectoren, waardoor *economies of scale* tot de mogelijkheden behoren. Daarbij kan men met name denken aan ondersteunings- en beheersfuncties.

*Stap 2:* In de praktijk is het zeer de vraag of verzelfstandiging of uitbesteding van grootschalige beschikkingsverlening per definitie tot een substantiële verhoging van de doelmatigheid en doeltreffendheid leiden. Inrichting van de bedrijfsvoering lijkt een belangrijker variabele te zijn dan de afstand tot de minister. Uitbesteding bij beschikkingsverlening valt vooral te overwegen bij routine-matige processen die geen sectorspecifieke kennis en faciliteiten vereisen.

### ***Verzelfstandiging van beschikkingenfabrieken: een afweging***

Uit de eerdere beschouwingen over beschikkingenfabrieken vloeit voort dat een bepaalde structuur in termen van verzelfstandiging niet vanzelfsprekend in ieder geval tot een beter resultaat zal leiden dan een andere structuur. Integendeel: zonder goede (informatie)voorzieningen is de kans groot dat in iedere vorm het resultaat te wensen over zal laten. Dit neemt niet weg dat er een aantal algemene opmerkingen te maken zijn over de keuze tussen de verschillende vormen.

Het belangrijkste argument dat ten gunste van uitbesteding aan particuliere bedrijven kan worden aangevoerd, betreft de doelmatigheid. Een voorwaarde hiervoor is het bestaan van concurrentie. Indien daarvan niet daadwerkelijk sprake is, valt niet te verwachten dat uitbesteding op termijn tot lagere kosten leidt, omdat bijvoorbeeld monopoliewinsten gerealiseerd kunnen worden. Indien zowel de overheid als de burger eenvoudig tussen verschillende concurrenten zouden kunnen kiezen, is de kans het grootst dat uitbesteding tot lagere kosten en grotere serviceverlening voor overheid en burger leidt. Zou men de periodieke autokeuring vergelijken met beschikkingsverlening, dan is het vanuit dit perspectief een voordeel een dergelijke activiteit aan particuliere bedrijven over te laten. De burger kan tussen vele bedrijven kiezen en de overheid kan slechte bedrijven als beschikkingsverlener uitsluiten.

In de meeste gevallen vergt grootschalige beschikkingsverlening echter een zodanige investering in kennis en apparatuur, dat er maar weinig aanbieders tegelijk zullen zijn. Het uitbesteden van de beschikkingsverlening aan private bedrijven brengt dan met zich mee dat voordelen op het punt van doelmatigheid niet worden bereikt of althans niet aan de overheid ten goede komen. Eerder zal er sprake zijn van een afhankelijkheid van de overheid, die negatief in de kosten kan uitwerken.

Vanuit de andere criteria bezien heeft uitbesteding nadelen. De politieke sturing wordt altijd beperkt door de voorwaarden van het contract. Bovendien zal, naarmate het contract ruimere mogelijkheden tot het vervullen van politieke wensen inhoudt, tegenover die onzekerheid voor de uitvoerder een financiële compensatie staan, hetgeen de doelmatigheidsvoordelen voor de overheid weer verkleint.

De rechtsgelijkheid wordt bij publieke uitvoering in beginsel beter bediend dan bij private, zij het dat uitvoering direct onder ministeriële verantwoordelijkheid vanuit dit gezichtspunt minder aantrekkelijk is. Indien bij uitbesteding kan worden gekozen voor verschillende uitvoerders tegelijkertijd – hetgeen vanwege de doelmatigheid aantrekkelijk is –, heeft dit negatieve gevolgen voor de gelijkheid: ieder van hen zal een eigen wijze van uitvoering kunnen kiezen, uiteraard voorzover er verschillen bij die uitvoering mogelijk zijn.

De rechtszekerheid wordt het beste gediend bij uitvoering in de publieke sfeer, omdat de sturing dan meer door regels geschiedt. Bovendien is het beroep op de bestuursrechter voor de burger minder kostbaar en wordt dit door verdergaande bestuursrechtelijke normen beheerst dan bij uitvoering in de private sfeer.

Een en ander betekent dat uitbesteding van de taak van een beschikkingenfabriek alleen in aanmerking komt, indien de doelmatigheidsvoordelen zodanig overheersen boven de andere aspecten dat daaraan doorslaggevende betekenis moet worden toegekend. Wel valt uitbesteding te overwegen op onderdelen die geen sectorspecifieke kennis en faciliteiten vereisen. Publieke verzelfstandiging, in de vorm van een ZBO, heeft veelal de voorkeur, omdat rechtszekerheid en rechtsgelijkheid hier het meest zijn gewaarborgd, met behoud van een zekere mogelijkheid tot politieke sturing en de nodige speelruimte voor de organisatie om het bedrijfsproces zo doelmatig mogelijk in te richten.

Tegelijkertijd moet geconstateerd worden dat de keuze tussen een publieke en private organisatievorm maar in beperkte mate beslissend is voor de vraag of voldoende wordt voldaan aan de criteria. Ook indien men niet van organisatievorm verandert, is het goed mogelijk een betere kwaliteit te leveren, zoals het voorbeeld van de belastingdienst aangeeft. De doelmatigheid is daar substantieel verbeterd zonder dat er sprake was wijziging van de gezagsrelatie met de minister.

Anderzijds doen de voordelen, met name op het terrein van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid, die bij publieke uitvoering werden verwacht, zich in de praktijk lang niet altijd voor. Systematische controle of de politiek gelegitimeerde besluitvorming bij de uitvoering in acht wordt genomen, ontbreekt in belangrijke mate en rechtsgelijkheid en rechtszekerheid worden door de rechterlijke controle volstrekt onvoldoende gerealiseerd. Het inrichten van een beschikkingfabriek die aan de criteria voldoet, vergt derhalve veel meer dan een keuze voor de publiekrechtelijke vorm.

### 3.6 VERZELFSTANDIGING VAN NUTSVOORZIENINGEN

#### *Nutsvoorzieningen en verzelfstandiging*

In de loop van de twintigste eeuw heeft de overheid in Nederland een aantal belangrijke *presterende* taken gekregen. Zij heeft zelf de levering van een aantal producten of diensten ter hand genomen die daarvoor niet of alleen door de private sector werden aangeboden. De motieven hiervoor varieerden. In sommige gevallen ging het om voorzieningen die van cruciaal belang werden geacht voor het maatschappelijk functioneren van burgers, zoals elektriciteit, water, of post en telecommunicatie; in andere gevallen was er sprake van grote kapitaalsinvesteringen die door de private sector moeilijk waren op te brengen (spoorvervoer). Ook was er soms sprake van collectieve goederen die vanwege de logica van de collectieve actie niet geproduceerd dreigden te worden (dekkend net van telefoonverbindingen, waterleiding of van openbaar vervoer; algemene vuilnisophaal en afvalverwerking); ook speelden strategische overwegingen een rol, bijvoorbeeld in de sfeer van de staatsveiligheid, gezondheidszorg en de preventie van maatschappelijke ontwrichting (ongestoorde energievoorziening of telecommunicatie; afvalverwerking).

Ofschoon de achterliggende redenering en de aard van de producten en diensten sterk kan verschillen, duiden we deze voorzieningen aan met de algemene noemer *nutsvoorzieningen*. Zij hebben op dit moment de volgende kenmerken:

- ze worden geacht te strekken tot nut van het algemeen;
- ze kennen een sterk bedrijfsmatig georganiseerd productieproces;
- de voorziening heeft een sterk monopolioïde karakter.

Veel van dergelijke voorzieningen zijn in Nederland niet alleen door de rijksoverheid, maar ook door lagere overheden georganiseerd. Verzelfstandiging moet dan ook gezien worden in termen van een grotere afstand tot politieke gezagsdragers, zoals Gedeputeerde Staten of Colleges van burgemeester en wethouders (B&W) en niet altijd in termen van de ministeriële verantwoordelijkheid.

Tot voor kort vielen veel gemeentelijke diensten voor de voorziening van gas, water of elektriciteit gewoon onder de verantwoordelijkheid van B&W. Inmiddels heeft men bijna overal de vorm gekozen van een overheidsvennootschap of overheidsstichting. Bij de huidige discussies over verzelfstandiging in de sfeer van de nutsvoorzieningen gaat het daarom met name over een overgang van de

huidige situatie van private verzelfstandiging naar uit- of aanbesteding aan particuliere bedrijven. Wij zullen ons hier in beginsel tot die overgang beperken. Dat betekent dat de centrale vraag hier is in hoeverre een dergelijke overgang van private verzelfstandiging naar uitbesteding juridisch verantwoord is. We lopen de vijf criteria weer kort na.

### **Democratische legitimatie**

Bij het aanbieden van nutsvoorzieningen is er in beginsel sprake van feitelijke handelingen (het leveren van gas, water of elektriciteit, vervoer van personen of het verwerken van afval) en niet van het uitoefenen van bestuursbevoegdheden, zoals bij het verlenen van beschikkingen. Soms worden deze voorzieningen gesubsidieerd (openbaar vervoer) of grotendeels uit de algemene middelen bekostigd (afvalverwerking). Het vraagstuk van de democratische sturing en verantwoording heeft daarom een ander karakter dan bij het verlenen van beschikkingen of bij andere overheidstaken waar uiteindelijk de zwaarmacht aan de orde is.

De democratische legitimatievraag ziet vooral toe op de wijze waarop de – als publiek gedefinieerde – belangen worden behartigd en op het gebruik dat van de publieke middelen wordt gemaakt. De rechtsstatelijke beleidstheorie gaat er met name van uit dat vertegenwoordigende lichamen zeggenschap moeten hebben over de besteding van publieke middelen en dat deze lichamen de mogelijkheid moeten hebben om diverse publieke belangen, zoals toegankelijkheid, milieuoverwegingen enzovoort, mee te laten spelen bij de wijze van aanbieden. Deze democratische sturing zal slechts in beperkte mate via de wet te verlopen, omdat de wet alleen algemene regels zal stellen. De mogelijkheid van specifieke aanwijzingen of regeling is daarom van groot belang voor de democratische sturing.

De democratische verantwoording vraagt dat vertegenwoordigende lichamen voldoende inzicht kunnen krijgen in de besteding van de publieke middelen. Dit vraagt ook dat duidelijk is wie dit inzicht moet verschaffen, dat er rekening en verantwoording wordt gegeven en dat er een debat over de rechtmatigheid en doelmatigheid van de bestedingen mogelijk is.

Vanuit het oogpunt van democratische legitimatie heeft verzelfstandiging in eerste instantie de voorkeur boven uitbesteding. Vormen van verzelfstandiging bieden meer mogelijkheden voor (lagere) overheden om zeggenschap te houden over de wijze van aanbieden van nutsvoorzieningen en over de besteding van subsidies en algemene middelen dan uitbesteding aan strikt particuliere bedrijven. Bij overheidsvennootschappen en stichtingen zijn er namelijk twee sturingsmogelijkheden: niet alleen via de afzonderlijke contracten, maar ook in meer algemene zin, door middel van het opstellen van de statuten en door het aanwijzen van leden van, bijvoorbeeld, Gedeputeerde Staten of Provinciale Staten als bestuurders van de NV of stichting. Zo is in Zuid-Holland in de sfeer van de afvalverwerking in het verleden bijvoorbeeld de PROAV NV opgericht. De provincie is hiervan de enige aandeelhouder en de Raad van Commissarissen kan alleen bestaan uit leden van Gedeputeerde Staten. Zij kunnen door Provinciale Staten



rechtstreeks ter verantwoording worden geroepen voor het algemene beleid van de NV. Bij een uitbesteding aan particuliere bedrijven is er alleen verantwoording aan Provinciale Staten of gemeenteraad mogelijk over de uitbesteding zelf en niet over de specifieke bedrijfsvoering van de particuliere onderneming in kwestie.

*Stap 1:* Verzelfstandiging heeft vanuit democratische legitimatie de voorkeur boven uitbesteding aan particuliere bedrijven.

De democratische sturing kan bij een nutsvoorziening voor een deel echter via de wet- en regelgeving geschieden. Voorzover het gaat om de publieke toegankelijkheid en het bieden van aanvaardbare contractvoorwaarden kan dit bij de wet worden geregeld. In de praktijk wordt bovendien vaak gewerkt met gedetailleerde contracten en concessievoorschriften. Via een uitgebreid programma van eisen voor de aanbesteding of subsidiëring kan de overheid vrij gedetailleerd sturen onder welke voorwaarden voorzieningen worden aangeboden. Ook kan daarin worden vastgelegd op welke wijze en aan wie verantwoording dient te worden afgelegd voor de besteding van de gelden. Bovendien geldt voor de meeste bedrijven automatisch de wet op de Jaarrekening, waardoor al een belangrijke mate van financiële verantwoording is veiliggesteld.

Problemen ontstaan echter indien op wat langere termijn de behoefte bestaat aan wijziging van de concessie- of contractvoorwaarden omdat er bijvoorbeeld een wijziging in omstandigheden is opgetreden. Vaak zullen concessies of contracten voor langere tijd gelden en slechts tegen grote boetes kunnen worden opgebroken. Dit maakt het moeilijker om, nadat er eenmaal een concessie is verleend of contract is gesloten, nog bij te sturen. Dit wringt des te meer wanneer, als gevolg van verkiezingen, de samenstelling en beleidsvoorkeuren van vertegenwoordigende lichamen wijzigen. Ook speelt hier, net als bij uitbesteding van beschikkingverlening, dat de overheid op den duur in een afhankelijkheidsrelatie tot de aannemer kan komen te staan. Het is met name de vraag of de overheid op lange termijn over voldoende informatie beschikt om binnen de termen van contract of concessie te kunnen sturen, dan wel om nieuwe eisen te bedingen.

Hiernaast kan de behoefte aan democratische sturing betrekking hebben op twee soorten beslissingen. Het kan zijn dat er een natuurlijk monopolie aanwezig is. Indien dit het geval is, zou een private partij een te hoge vergoeding innen. Daarom is een publieke dienst te prefereren, omdat dan politiek toezicht kan worden uitgeoefend op het berekenen van een hogere prijs dan verantwoord is. Indien het monopolie bestaat uit een combinatie van een kapitaalintensieve infrastructuur en het exploiteren van een dienst via die infrastructuur, is het soms mogelijk een splitsing aan te brengen tussen de infrastructuur en de dienst. Dan zou de infrastructuur in eigendom en/of beheer van de staat moeten zijn, ook omdat beslissingen over de inrichting daarvan het publieke belang sterk raken.

Een tweede reden voor democratische sturing en verantwoording doet zich voor indien bij de inrichting van de dienst keuzes worden gemaakt, waarbij een als publiek aangemerkt belang betrokken is. Groene stroom, terugdringen van het autogebruik door bevordering van het openbaar vervoer zijn voorbeelden van dergelijke belangen. Het is in dergelijke gevallen waarschijnlijk dat bedrijfs-economische afwegingen kunnen leiden tot keuzes die maatschappelijk ongewenst zijn. Dit zou pleiten voor uitvoering onder bestuurlijke verantwoordelijkheid, als overheidsbedrijf.

*Stap 2:* In de praktijk biedt uit- of aanbesteding de nodige ruimte voor democratische sturing en verantwoording, mits men in wet- en regelgeving kaders stelt en gebruik maakt van de mogelijkheden om nadere voorwaarden te stellen in concessie of contract. Wel zijn uit het oogpunt van democratische sturing langlopende concessies en contracten ongewenst, tenzij deze contracten met overheidsbedrijven worden gesloten.

### **Rechtsgelijkheid**

Vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid dient bij de verzelfstandiging van nutsvoorzieningen onderscheid te worden gemaakt tussen de gelijke behandeling van burgers/cliënten aan de ene kant en de gelijke behandeling van (potentiële) aanbieders van die voorzieningen door de overheid aan de andere kant. Hier zal alleen worden ingegaan op de rechtsgelijkheid van de burgers onderling.

Hierboven, bij de discussie over de beschikkingenfabrieken, zagen we reeds dat uitbesteding aan particuliere organisaties risico's met zich meebrengt voor de formele en materiële gelijkheid, omdat er in de private sfeer geen vanzelfsprekend recht op gelijke behandeling is, zoals in de publieke sfeer. Dit speelt in het bijzonder bij nutsvoorzieningen. Een belangrijke reden om deze als publieke voorziening aan te bieden was in het verleden de behoefte aan universele voorziening tegen een betaalbare prijs. Men wilde voorkomen dat inkomen, geografische of maatschappelijke positie van invloed waren op de toegankelijkheid van deze vitale maatschappelijke voorzieningen. Dat gold in het bijzonder voor eerste levensbehoeften, zoals water, gas en elektra.

*Mutatis mutandis* gelden de stappen op dit punt bij de beschikkingenfabriek ook voor nutsvoorzieningen. Dat betekent dat een voorziening in het publieke domein vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid in beginsel de voorkeur verdient; burgers die uit commercieel oogpunt weinig aantrekkelijke klanten zijn, genieten dan meer waarborgen. We zagen echter ook dat concessies en contracten wel de mogelijkheid bieden voor de overheid om voor deze 'slechte risico's' voorzieningen te treffen. Naarmate er in de contracten meer van dergelijke voorzieningen worden getroffen, neemt uitbesteding echter meer het karakter aan van private of zelfs publieke verzelfstandiging.

### **Algemene conclusie rechtsgelijkheid**

De voorkeur gaat uit naar verzelfstandiging. Uitbesteding is echter mogelijk, indien in de contracten voorzieningen worden getroffen die de toegang tot vitale

maatschappelijke voorzieningen openstellen ongeacht inkomen of maatschappelijke positie. Dit kan bijvoorbeeld door:

- eisen van universele dienstverlening;
- prijsplafonds;
- specifieke subsidies of suppleties;
- instellen van onafhankelijk toezicht.

### **Rechtszekerheid**

Ook bij de rechtszekerheid geldt dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de zekerheden voor de burgers/cliënten die van de nutsvoorzieningen afhankelijk zijn en de zekerheden van de aanbieders die contracten sluiten met de overheid. Omdat hier de verzelfstandigingsvraag centraal staat, zal opnieuw alleen naar de positie van de burgers worden gekeken. Zij zijn namelijk degenen voor wie de rechtszekerheid direct kan veranderen als gevolg van een overgang van private verzelfstandiging naar uitbesteding.<sup>8</sup> De rechtszekerheid moet in dit verband vooral worden opgevat als een zekerheid dat de betreffende nutsvoorziening ongestoord en onder dezelfde voorwaarden (en liefst tegen dezelfde of lagere prijzen) gedurende lange tijd zal worden aangeboden.

Vanuit dit perspectief is er een zeker risico aan uitbesteding verbonden, omdat het voor private partijen vermoedelijk veelal niet aantrekkelijk zal zijn om volledig onder dezelfde voorwaarden te opereren als het overheidsbedrijf deed. Door uitbesteding zullen de voorwaarden en prijzen voor burgers/cliënten vermoedelijk wijzigen. Een eenmalige wijziging hoeft nog geen aantasting van de rechtszekerheid te betekenen, maar als contracten en contractanten door uitbesteding voortdurend wisselen, kan grote onzekerheid en een sterk verlaagde dienstverlening aan burgers/cliënten het gevolg zijn.

*Stap 1:* Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid van burgers verdient verzelfstandiging de voorkeur boven uitbesteding.

Er zijn echter de nodige aanwijzingen dat dit in de praktijk genuanceerder ligt. In de sectorstudie over telecommunicatie is erop gewezen dat uitbesteding aan private partijen de nutsvoorzieningen onder de werking van het privaatrecht brengt (voor zover dit al niet het geval was) en dat het moderne privaatrecht een uitgebalanceerd stelsel van consumentenbescherming kent. Voorts mag worden verwacht dat zekerheid in voorziening, prijsstelling en voorwaarden een belangrijke concurrentiefactor zal zijn bij uitbesteding (zowel bij de concessieverlening door de overheid als bij de contracten tussen burger en aanbieder). Voorwaarde is echter wel dat er een reële mededinging is.

Voorts kan de overheid de burger de nodige zekerheden omtrent continuïteit verschaffen door gebruik te maken van langlopende en betrekkelijke uniforme concessies en contracten.

*Stap 2:* Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid van burgers is uitbesteding van nutsvoorzieningen aan private partijen mogelijk indien daarbij sprake is van reële mededinging en langlopende concessies en contracten in de relatie tussen overheid en aanbieder.

### **Doeltreffendheid en doelmatigheid**

Op dit specifieke punt (private verzelfstandiging versus uitbesteding van nutsvoorzieningen) heeft de rechtstheorie niet zoveel te bieden. Dit moet worden overgelaten aan de sectorstudies en de inzichten van de bestuurskundigen en economen. In algemene zin mag men verwachten dat er vanuit doelmatigheids-oogpunt een voorkeur is voor uitbesteding, omdat daarmee veel interventies in de bedrijfsvoering worden uitgesloten die uitsluitend door politieke redenen zijn ingegeven. Bij overheidsbedrijven ziet men toch vaak dat politieke overwegingen een rol spelen bij belangrijke ondernemingsbeslissingen, zoals de vestiging van het hoofdkantoor (vgl. de verhuizing van de PTT naar Groningen) of de beslissing om (niet) te saneren. Ook zal een volledig particulier bedrijf meer armslag hebben om naar de beurs te gaan, partners te zoeken of te fuseren. Cruciale voorwaarde voor een grotere doelmatigheid als gevolg van uitbesteding is ook hier het bestaan van een reële concurrentie, zowel voor de burger/cliënt als voor de overheid.

## **3.7 EEN AGENDA VOOR VERNIEUWING**

### ***Kan het ook anders?***

Deze eerste proeve van een rechtsstatelijke toetsing van de verzelfstandigingsmogelijkheden rond een tweetal activiteiten laat een sterke neiging zien ten gunste van uitvoering onder ministeriële verantwoordelijkheid. Dat komt in de eerste plaats omdat het (staats)recht een sterke institutionele oriëntatie kent. Bestaande praktijken, instituties en regels vormen veelal de kaders waarbinnen wordt geredeneerd. Dat betekent automatisch dat er een grote padafhankelijkheid is en dat men geneigd is tot dynamisch conservatisme, tot incrementele wijzigingen die vooral zijn gericht op het behoud van de bestaande instituties en organisatievormen. Na de Pacificatie van 1918 zijn er in ons land geen staatkundige vernieuwingen van fundamentele betekenis geweest – wel veel pogingen daartoe. Ook de academische rechtswetenschap is niet erg geneigd tot een deductieve benadering met grote theorieën en designs. Voor *ceteris paribus*-redeneringen loopt men in de rechtswetenschap niet erg warm.

Rechtstheorie is daarmee veel sterker contextafhankelijk dan economische theorie, omdat er betrekkelijk weinig universele theorieën en beginselen zijn. De verschillende criteria worden in Frankrijk heel anders ingevuld dan in Nederland of de Verenigde Staten, omdat de institutionele tradities en kaders in elk van die landen anders zijn. Er bestaat geen rechtstheorie die los van tijd of plaats antwoord kan geven op vragen van PPV.

In de tweede plaats ligt er in het juridisch redeneren vanouds een sterke nadruk op het waarborgkarakter van het recht. Er is een huiver bij juristen om instrumentele overwegingen, zoals doelmatigheid en doeltreffendheid, een grote rol te laten spelen. Dat heeft te maken met de rol van het recht bij het aan banden leggen van de macht van vorsten, struikrovers en andere potentaten en met de emancipatie van de individuele burger die mede door grondrechten en rechtsbescherming is mogelijk geworden. Dat betekent ook dat er, zodra er sprake is van publieke taken, een neiging is deze in het publieke domein te organiseren, omdat daar vanouds kaders voor dat waarborgkarakter aanwezig zijn. Dit speelt in het bijzonder wanneer het gaat om het uitoefenen van publieke bevoegdheden. Zodra er sprake is van het verrichten van activiteiten waaraan burgers zich niet kunnen onttrekken en die diep ingrijpen in hun functioneren, dringen vragen van rechtszekerheid, gelijkheid en verantwoording zich al snel op (zie ook par. 3.8).

Een en ander betekent dat men geneigd is om dicht in de buurt van de bestaande (publieke) organisatievormen te blijven. Toch willen we, ter afsluiting, proberen wat alternatieven aan te geven. Kan het ook anders? We lopen daarbij de criteria nog een keer in algemene zin na.

### **Democratische legitimatie**

Een van de punten die bij iedere organisatievorm aandacht moet hebben, is de systematische controle en verantwoording. Voor de PPV-discussie is vooral van belang dat de democratische sturing bij de behartiging van publieke belangen vereist dat:

- a ieder overheidsoptreden op de wet berust (legaliteitsbeginsel), en
- b voor ieder overheidsoptreden verantwoording wordt afgelegd aan een vertegenwoordigend lichaam, hetgeen dwingend leidt tot het vasthouden aan de ministeriële verantwoordelijkheid.

De gedachte achter deze benadering is dat door de regelgeving of verantwoording in handen van het parlement wordt bereikt dat het overheidsoptreden in overeenstemming is met hetgeen in de samenleving als gewenst wordt gezien. Het is echter sterk de vraag of hiermee de pretenties van deze middelen – legaliteitseis en ministeriële verantwoordelijkheid – niet worden overtrokken. Voor de ministeriële verantwoordelijkheid kan dit als volgt worden toegelicht.

De vaak ruime keuzevrijheid die het bestuur bezit, wordt in goede banen geleid doordat de ministeriële verantwoordelijkheid bestaat. Bij nadere analyse houdt dit in dat men verwacht dat:

- 1 de algemene afweging van belangen, dus het beleid, onder democratische controle tot stand komt;
- 2 de controle of de uitvoering geschiedt in overeenstemming met de vastgestelde regels en door de ministeriële verantwoordelijkheid wordt gerealiseerd;
- 3 de beoordeling van de vraag of de vertaling van het algemene beleid in concrete uitvoering op goede wijze is geschied langs deze weg tot stand komt; en
- 4 door middel van de ministeriële verantwoordelijkheid kan worden bereikt dat de burger zo goed als binnen het beleid mogelijk is door de overheid wordt bediend.

Het is niet aannemelijk dat de ministeriële verantwoordelijkheid of de politieke controle voor al deze doelstellingen even geschikt is. Als het gaat om de algemene afweging van belangen, dus de beleidsbepaling, is het aannemelijk dat deze weg de beste mogelijkheden biedt. Politieke afweging is bij uitstek mede de taak van het parlement, het belang van beleidsbepaling op hoofdlijnen vergt ook dat het parlement zich daarmee in ieder geval bezig houdt en andere mechanismen om dit resultaat te bereiken zijn niet voorhanden. Dat geldt echter minder vanzelfsprekend voor de overige punten.

Voor wat betreft de controle op de vraag of de uitvoering conform de vastgestelde regels of het vastgestelde beleid geschiedt, is het sterk de vraag of die controle primair in handen moet zijn van degene die het beleid bepaalt. Ook vanuit staatsrechtelijk perspectief bestaan daartegen bezwaren. De Trias-leer gaat er in beginsel vanuit dat het oordeel of de regel goed is toegepast, niet toekomt aan de regelsteller zelf, maar aan een daarvan onafhankelijk orgaan, zoals de rechter. Beoordeling van de uitvoering door een instantie die onafhankelijk is, zowel ten opzichte van de regelgever als van de uitvoerder, vermijdt het gevaar van een vooringenomen beoordeling. In feite komt dit probleem bij parlementaire controle op het beleid regelmatig aan de orde wanneer het parlement daarbij geconfronteerd wordt met de tekortkomingen of onduidelijkheden in de zelf gemaakte beleidskeuzes. Ook bestaat in de praktijk de neiging gevallen die – soms min of meer toevallig onder de aandacht komen, op zichzelf en dus anders te beoordelen dan in het kader van het algemeen beleid (incidentenpolitiek).

Afgezien van deze meer staatsrechtelijke bezwaren blijkt ook meer praktisch dat ministeriële verantwoordelijkheid niet leidt tot een systematische controle op de juistheid van de uitvoering. De gedachte dat volksvertegenwoordigers door de pers wel min of meer kunnen overzien hoe het overheidsapparaat werkt, was nog begrijpelijk bij een klein apparaat aan het begin van deze eeuw maar houdt nu geen verband meer met de realiteit. Eerder biedt het feit dat men op de ministeriële verantwoordelijkheid vertrouwt, aanleiding tot het verwaarlozen van de controle. Omdat de Kamers steeds bevoegd zijn alles te controleren, is de noodzaak om tot een systematisch controlebeleid te komen, sterk verwaarloosd. Soms ziet men bij verzelfstandiging en privatisering, wanneer de Kamers hun bevoegdheid voor een deel verliezen, plotseling de noodzaak van systematische controle benadrukt worden, hetgeen dan tot specifieke voorzieningen leidt. Men realiseert zich kennelijk niet dat bij uitvoering die wel onder ministeriële verantwoordelijkheid plaatsvindt, dergelijke voorzieningen evenzeer nodig zijn. Men moet zich dus ernstig afvragen of het beginsel van de politieke legitimatie wel met zich meebrengt dat de controle op het beleid onder de ministeriële verantwoordelijkheid moet vallen. Interessant is dat voor de systematische controle op de rechtmatigheid van de financiële kant van het beleid wel wordt gezorgd door de Algemene Rekenkamer en het stelsel van de Comptabiliteitswet. Voor de – niet minder belangrijke – controle op de juistheid van het beleid in zijn andere aspecten ontbreekt dit.

Ten aanzien van het derde punt kan een vergelijkbare redenering worden gevolgd. De vertaling van het door de politiek vastgestelde beleid vergt in toenemende mate een professionele deskundigheid. De beoordeling van de kwaliteit daarvan verdient dan ook bijzondere aandacht, die enkel door plaatsing onder ministeriële verantwoordelijkheid niet wordt bereikt. Zelfs in het klassieke model van Weber werd de ambtelijke deskundigheid niet beoordeeld door de politieke besluitvormers. Een systematische beoordeling en bevordering van de professionele kwaliteit van de uitvoering verlangt een onafhankelijke beoordeling van ook dit aspect. Een zekere parallel valt te trekken met de positie van de Rekenkamer bij de beoordeling van de doelmatigheid van de beleidsuitvoering.

Het laatste punt betreft de ‘burgervriendelijkheid’ van het overheidsoptreden. De gedachte dat het bestaan van de ministeriële verantwoordelijkheid hiervoor noodzakelijk is, stuit niet op staatsrechtelijke tegenargumenten, maar wel blijkt in de praktijk dat de klantgerichtheid niet werkelijk wordt bevorderd door de ministeriële verantwoordelijkheid. Men zou kunnen veronderstellen dat de primaire oriëntatie van een organisatie op de politiek – die het gevolg is van het bestaan van de ministeriële verantwoordelijkheid – leidt tot minder oog voor de individuele verlangens van burgers. Het onderzoek van de Algemene Rekenkamer (Algemene Rekenkamer 1995) over de omgang met klachten door overheidsorganisaties die wel en niet onder de ministeriële verantwoordelijkheid vallen, steunt die veronderstelling.

De conclusie uit het voorgaande is dat in het staatsrecht vaak te vergaande consequenties worden verbonden aan het beginsel van de politieke legitimatie. Dit beginsel vergt wel dat het *bepalen* van het beleid en het daarmee inherente afwegen van belangen door de wetgevers of onder politieke verantwoordelijkheid geschieden. Het brengt echter geenszins met zich mee dat ook de *controle* op het beleid in zijn verschillende aspecten verzekerd is. Integendeel: andere voorzieningen lijken daarvoor meer aangewezen. Het beginsel noopt dus niet tot een volledige politieke controle over de uitvoering van de publieke taak. Het lijkt voldoende, maar *ook noodzakelijk*, dat er voldoende mogelijkheden tot ingrijpen in de organisatie bestaan wanneer blijkt dat de publieke taak niet optimaal wordt uitgevoerd. Worden de regels niet nageleefd of laat de burgervriendelijkheid te wensen over, dan moet wel steeds de bevoegdheid vanuit de politiek bestaan om maatregelen ter verbetering te nemen.

Een tweede conclusie kan zijn dat het bestaan van de ministeriële verantwoordelijkheid wel tot gevolg heeft dat de politiek bij ongewenste uitvoering steeds kan ingrijpen. Dit betekent dat er altijd een – weliswaar niet in alle opzichten optimaal – reservecircuit voor bijsturing aanwezig is. Dit vervalt in de mate waarin men de ministeriële verantwoordelijkheid laat verdwijnen. Dit levert daardoor een negatief effect voor de behartiging van het publieke belang op, *tenzij* men voorziet in compenserende voorzieningen om tot bijstelling te kunnen komen. Geschiedt dit niet, dan wordt afbreuk gedaan aan de politieke legitimatie van de behartiging van de publieke taak en de daarbij steeds te maken afwegingen.

Naast de ministeriële verantwoordelijkheid wordt ook het legaliteitsbeginsel, en vooral de binding aan de wet, als een belangrijke voorwaarde voor democratische legitimatie gezien. Bij een volledige binding van bevoegdheden door de wet is er in beginsel geen noodzaak tot controle via de weg van de ministeriële verantwoordelijkheid. Rechterlijke controle werd in de staatsrechtelijke benadering gezien als het middel om te verzekeren dat de uitvoering geschiedt in overeenstemming met de wettelijke regels. Nu vaststaat dat rechterlijke controle alleen volstrekt onvoldoende is om dit resultaat te bereiken, moet in deze leemte worden voorzien. Daarbij kunnen aan de organisatie eisen worden gesteld op het punt van professionaliteit, toegesneden op het uitvoeren van een publieke taak.

- Met name het gebruik van ICT, bijvoorbeeld in de vorm van expertsystemen en *workflow management*, biedt mogelijkheden om meer standaardisatie aan te brengen in de uitvoeringspraktijk. Hiermee kan in zekere zin het bereik van de wet, als instrument van democratische sturing, worden vergroot.
- Ook zou men specifieke kwaliteitseisen kunnen opstellen voor de uitvoering door verzelfstandigde organisaties, bijvoorbeeld ten aanzien van bejegening, doorlooptijd enzovoort.
- Een belangrijke voorwaarde is wel dat deze informatiseringskaders en kwaliteitseisen onderwerp kunnen zijn van politieke dan wel parlementaire beraadslaging. Ook dient er een evaluatie plaats te vinden van de feitelijke toepassing en uitwerking van de kaders en bepalingen. Ook deze evaluatie dient beschikbaar te zijn voor het parlement.

Naarmate men er beter in slaagt de uitoefening van bevoegdheden te binden aan algemene regels, is het minder belangrijk dat die uitoefening geschiedt onder ministeriële verantwoordelijkheid. Vormen van verzelfstandiging en uitbesteding aan particuliere organisaties zijn mogelijk mits het instrument van de formele wet wordt aangevuld met andere instrumenten die een systematische controle en verantwoording mogelijk maken. Rechterlijke controle alleen is onvoldoende. Een punt dat bijzondere aandacht moeten hebben is de informatievoorziening. Wegen om hierin te voorzien zijn:

- vaststelling van algemene informatiseringskaders;
- opname van algemene kwaliteitseisen in contracten;
- verplichting tot verslaglegging van kwaliteitsaspecten in jaarverslag;
- periodieke evaluatie en toezicht door onafhankelijke instellingen;
- bespreking van deze kaders, eisen en evaluaties in het parlement.

Hierbij dient echter wel te worden opgemerkt, dat de invulling van deze eisen bij private vormen van verzelfstandiging de feitelijke speelruimte van die organisaties sterk kunnen inperken. Gedetailleerde eisen en regelingen kunnen de doelmatigheid van de organisatie fors onder druk zetten. In feite is er dan sprake van een sluipende ‘publisering’ van de organisatie en moet men zich afvragen wat de meerwaarde is van omzetting naar private vormen.



### **Rechtsgelijkheid**

Hier zagen we dat zowel uitvoering onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid als een organisatie in het private domein risico's met zich mee kunnen brengen. Daarom wordt op dit punt veelal organisatie in de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan aanbevolen. Ook hier zijn echter middelen denkbaar om bij uitbesteding de formele en materiële gelijkheid beter te waarborgen.

De minister kan in het contract allerlei procedurele eisen vastleggen en een aantal vormen van uitvoering of risicoselectie expliciet uitsluiten. Ook kan worden voorzien in beroep, inspectie en toezicht en kan bijvoorbeeld worden vastgelegd dat de minister de mogelijkheid heeft in te grijpen als de uitvoerder systematisch bepaalde belangen of partijen verwaarloost. In geval van nutsvoorzieningen biedt de concessieverlening of het contract mogelijkheden om zwakkere partijen te beschermen, bijvoorbeeld in de vorm van prijsplafonds. Ook kan men via algemene wetgeving de mogelijkheid openen van toezicht of de instelling van een regime van universele dienstverlening.

Naarmate men er beter in slaagt de vrije ruimte die de particuliere ondernemer heeft bij uitbesteding aan banden te leggen, is er minder bezwaar vanuit de rechtsgelijkheid tegen commerciële beschikkingenfabrieken en aanbieders van nutsvoorzieningen. Daarbij kan men denken aan het opnemen in een contract of concessie van:

- prijsplafonds;
- universele dienstverlening;
- verbod op risicoselectie;
- product- en processpecificaties;
- voorzieningen voor inspectie, toezicht en evaluatie;
- mogelijkheid van nadere specificatie en interventie.

Hier geldt echter opnieuw dat wanneer dergelijke hiërarchische elementen in het contract worden opgenomen, de verhouding tussen aannemer en uitbesteder sterker lijkt op die tussen een minister en een departementsonderdeel of ZBO. De aannemer zal zich bovendien indekken tegen de ondernemingsrisico's die voortvloeien uit zijn veel geringere speelruimte, door een hogere prijs te bedingen. Hiermee komt de doelmatigheid van uitbesteding in het geding en moet men zich opnieuw afvragen wat de meerwaarde is van private vormen van zelfstandiging boven de instelling van een ZBO.

### **Rechtszekerheid**

Voor rechtszekerheid van de burger is vooral van belang dat de overheid niet volstaat met bekendmaking van de wetten, maar ook degenen voor wie de regels van belang zijn, daarvan op de hoogte brengt. Kenbaarheid is daarom belangrijker dan legaliteit. Die kenbaarheid kan worden vergroot door actieve voorlichting in de richting van de doelgroepen en door op verzoek op de specifieke casuspositie van de burgers toegesneden informatie te geven. Dit punt wordt inmiddels in het beleid wel erkend; zie ook regeerakkoord Paars 2. Het zou echter veel stringenter geregeld moeten worden en er ook toe moeten leiden dat

toezeggingen gehonoreerd worden, ook indien zij in strijd zijn met de wet. In het privaatrecht is een verplichting tot voorlichting soms stringenter geregeld. Voorts zou – gezien de onmogelijkheid van burger de kans op een succesvol beroep op de rechter in te schatten – voorlichting over dat punt beschikbaar moeten zijn. Hier speelt onafhankelijkheid van de uitvoering een grote rol.

Vanuit het oogpunt van de kenbaarheid is vooral van belang dat vanuit de overheid of vanuit de organisatie specifieke en toegesneden voorlichting wordt gegeven aan de betreffende doelgroepen. Ook hier kan de toepassing van ICT goede diensten bewijzen. Deze overweging is betrekkelijk neutraal ten aanzien van de organisatievorm.

### ***Doelmatigheid en doeltreffendheid***

Over deze twee criteria valt vanuit de rechtswetenschap niets te zeggen in algemene zin. Voorzover er vanuit de rechtswetenschap op dit punt onderzoek is gedaan naar beschikkingenfabrieken, mondt dit nogal eens uit in twijfel over de mogelijkheid om via uitbesteding tot een flinke verhoging van de doelmatigheid en doeltreffendheid te komen. Op dit vlak zijn er sterke raakvlakken met de economische studie; de risico's die worden aan gehaald – zoals contractspecifieke kosten en de hoge drempels voor toetreding van nieuwe aanbieders op de markt – passen immers goed binnen de door de economen beschreven vormen van marktimperfecties.

## **3.8 EPILOOG**

### ***De aard van het publieke belang***

In het WRR-project over PPV zijn tot nu toe de publieke belangen als gegeven beschouwd. Dit heeft vanuit rechtsstatelijk oogpunt een nadeel. Bij de vraag of verzelfstandiging verantwoord is, zal in de praktijk vaak ook een rol spelen wat de aard van het publieke belang is dat door de organisatie wordt behartigd. Dit heeft met name te maken met de afweging van de verschillende criteria. Cruciaal daarbij zijn twee overwegingen:

- 1 *Is er sprake van de mogelijkheid van een substantiële inbreuk op de grondrechten van burgers?*

Indien deze overweging aan de orde is, zullen democratische controle, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid vanuit rechtsstatelijk perspectief een zwaarder gewicht krijgen dan doelmatigheid en doeltreffendheid. Denk bijvoorbeeld aan de vele moeizame hindernissen die er voor de politie in het proces van strafvordering zijn ingebouwd. Daarom kan bij een oordeel over de wenselijkheid van verzelfstandiging van overheidsactiviteiten de aard van de activiteit in kwestie sterk uitmaken. Zodra uitoefening van het geweldsmonopolie aan de orde is, krijgen democratische controle en rechtszekerheid bijvoorbeeld een zwaarder gewicht dan doeltreffendheid. Uitbesteding van de landsverdediging aan US Defense Systems Inc. is waarschijnlijk veel efficiënter dan uitvoering door de Koninklijke Landmacht onder gezag van de Minister van Defensie. Toch zouden we hier vermoedelijk sterk aarzelen.

2 *Is er sprake van voorzieningen of diensten die van cruciaal belang zijn voor het maatschappelijk functioneren van burgers?*

Ook in deze gevallen zullen criteria als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid vermoedelijk zwaarder wegen dan met name de doelmatigheid. Zo zal de vraag of iedere rechthebbende geholpen wordt, belangrijker zijn bij de verlening van bijstand of primaire gezondheidszorg dan bij het verrichten van APK-keuringen. In dat laatste geval is er meer ruimte voor utilistische overwegingen en kan er reden zijn te kiezen voor een organisatievorm waarbij misschien niet iedereen even snel of adequaat wordt geholpen, maar waarbij dat als geheel wel stukken goedkoper gebeurt. Ook zonder APK kun je in onze maatschappij nog heel goed functioneren, zonder bijstand of geneeskundige hulp veel minder. Dat betekent niet dat de APK-keuring wel en bijstandverlening nooit zou kunnen worden uitbesteed. Het brengt wel met zich mee dat bij het oordeel over de wenselijke organisatievorm, het onderling gewicht van de verschillende criteria kan verschillen, al naargelang de mate waarin de voorziening cruciaal wordt geacht.

**De aard van de overheidsactiviteit**

In paragraaf 3.2 is een aantal verschillende overheidsactiviteiten onderscheiden om zo een genuanceerder beeld te krijgen. Een van de uitkomsten van deze eerste rechtsstatelijke verkenning is dat een dergelijk onderscheid op organisatie-niveau niet genuanceerd genoeg is. Veel organisaties die een van de genoemde activiteiten voor hun rekening nemen, doen dat namelijk niet voortdurend en in alle opzichten. Slechts een klein onderdeel van het werk van een beschikkingen-fabriek, bijvoorbeeld, bestaat uit het nemen van een beslissing over de beschikking. Zo zou men het werk kunnen opsplitsen in een keten van activiteiten:

- verstrekken van voorlichting, informatie en aanvraagformulieren;
- *intake* van aanvragen;
- voorbereiding van de beslissing;
- keuring/afschatting;
- formele beoordeling en beslissing;
- afhandeling beschikking;
- uitvoering beschikking.

Daarnaast zijn er allerlei activiteiten van ondersteunende aard in de sfeer van automatisering, financiële administratie en feitelijk beheer. Slechts in een beperkt aantal van deze activiteiten spelen overwegingen van rechtszekerheid of rechtsgelijkheid een cruciale rol. Zo is het zeer goed voorstelbaar dat men alle voorbereidende, ondersteunende, uitvoerende en beheerstaken in handen geeft van een particulier administratiekantoor en dat men slechts een kleine publieke beoordelingsorganisatie overhoudt; een soort rijdende rechter, waarbij alle andere organisatie-elementen zijn uitbesteed.

**NOTEN**

- 1 Prof.mr. M.A.P. Bovens is hoogleraar Rechtsfilosofie aan de Rijksuniversiteit Utrecht en prof.mr. M. Scheltema is voorzitter van de WRR.
- 2 Nota bene: er kan binnen deze categorie wel op enkele andere dimensies worden geprivatiseerd. Zo heeft een agentschap meestal meer vrijheid in de sfeer van bedrijfsvoering, bijv. door vormen van contractmanagement en zelfbeheer. Cruciaal voor de gezagsrelatie is echter dat de ministeriële verantwoordelijkheid onverkort blijft gelden.
- 3 De zaak ligt anders bij gebonden bevoegdheden. Indien het overheidsoptreden volledig gebonden is door de wet en er dus niet enige vorm van vrijheid meer is voor het bestuur, valt er door het parlement niet veel meer te controleren. Volgens de trias-gedachte is het dan de rechter die beslist of de wet wordt nageleefd en niet de volksvertegenwoordiging.
- 4 Tenzij anders aangegeven, worden alleen de redeneringen op rijksniveau weergegeven. *Mutatis mutandis* gelden deze veelal ook voor lagere overheden.
- 5 Deze beleidstheorie pleit dus meestal voor privatisering langs de dimensies van gezagsrelaties (verzelfstandiging) en bedrijfsvoering (“run government like a business”). Zij staat echter op gespannen voet met het criterium van de democratische legitimatie (democratische sturing).
- 6 Hiermee is niet gezegd dat publieke organisaties ook geen eigen belangen hebben; deze kunnen echter veelal niet als legitiem argument in de discussie worden ingebracht. Bovendien kan de minister deze belangen veelal overrulen omdat er in de publieke sfeer meestal sprake is van een bevelsrelatie.
- 7 Hiermee is niet gezegd dat persoonlijke overwegingen en vriendendiensten geen rol spelen in de publieke sector – hun legitimiteit is echter beduidend geringer dan in de private sector.
- 8 De rechtszekerheid van de aanbieders/contractanten is een vraagstuk apart dat in feite losstaat van de verzelfstandigingsvraag. Rechtszekerheid is een belangrijke voorwaarde voor een goed werkend stelsel van uitbesteding en mededinging. Hier gaat het om de rechtszekerheid als uitkomst van uitbesteding en marktwerking.

## LITERATUUR

- Algemene Rekenkamer (1995) *Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid*, Tweede Kamer 1994-1995, 24 130, nr. 3, 's-Gravenhage.
- Bogt, H. ter (1997) *Neo-institutionele economie, management control en verzelfstandiging van overheidsorganisaties – overwegingen voor verzelfstandiging en effecten op efficiëntie en financieel-economische sturing*, proefschrift Rijksuniversiteit Groningen, Capelle aan den IJssel.
- Commissie-Buurmeijer (1993) *Enquête naar het functioneren van de organen belast met de uitvoering van de sociale verzekeringswetten*, Tweede Kamer 1992-1993, 22 730, 's-Gravenhage.
- Commissie-Scheltema (1993) *Steekhoudend ministerschap: betekenis en toepassing van de ministeriële verantwoordelijkheid*, rapport van de externe commissie ministeriële verantwoordelijkheid, Tweede Kamer 1992-1993, 21 427, nr. 41, 's-Gravenhage.
- Commissie-Van der Zwan (1993) *Het recht op bijstand; naar een beheerst proces bij de toekenning van bijstand*, rapport van de onderzoekscommissie ABW, 's-Gravenhage.
- Kuiper, G.M. en J.J. van Vliet et al. (1992) *Verzelfstandiging: publiek of privaat?*, Deventer.
- Marseille, A.T. (1993) *Voorspelbaarheid van bestuurshandelen*, Deventer.
- Montfoort, A.J.G.M. van (1991) *De regels van het huis*, Groningen.
- Nus, J.G.L. van (1995) *Overheidstoezicht op afstand: Verzelfstandiging van toezichhoudende taken naar zelfstandige bestuursorganen verkend*, proefschrift Rijksuniversiteit Limburg.
- Oldenziel, H.A. (1998) *Wetgeving en rechtszekerheid: een onderzoek naar de bijdrage van het legaliteitsvereiste aan de rechtszekerheid van de burger*, proefschrift Rijksuniversiteit Groningen, Deventer.
- Ommeren, F. van (1996) *De verplichting verankerd: de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële rechtsbegrip*, proefschrift, Zwolle.
- Scheltema, M. (1997) 'De wonderde wereld van het bestuursrecht', afscheidsrede Rijksuniversiteit Groningen.
- Schreuder, C.A. (1994) *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen: Verzelfstandiging en privatisering in de vorm van vennootschappen en stichtingen*, proefschrift Rijksuniversiteit Groningen, Deventer.
- Tijdelijke commissie Onderzoek College van toezicht sociale verzekeringen (CTSv) (1996) *Heel het raderwerk*, Tweede Kamer 1995-1996, nrs. 15, 16 en 17, 's-Gravenhage.
- Weber, M. (1997; 1919) *Politik als Beruf*, 6e Auflage, Berlin: Duncker & Humboldt.
- Wilson, Woodrow (1887) *The study of administration*, New York.



## 4 DE PUBLIEKE EN PRIVATE VERANTWOORDELIJKHEID VAN DE OVERHEID

### EEN AANTAL EUROPEESRECHTELIJKE BESCHOUWINGEN

*J. W. de Zwaan*<sup>1</sup>

#### 4.1 INLEIDING

##### 4.1.1 EUROPEESRECHTELIJKE RANDVOORWAARDEN: MEDEDINGING EN INTERNE MARKT

Deze bijdrage gaat over de vraag welke consequenties het Europese recht heeft voor het vraagstuk van de verzelfstandiging, liberalisering en privatisering van overheidstaken. In deze discussie zij vooropgesteld dat het EG-Verdrag<sup>2</sup> uitgaat van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging: artikel 4 (oud: 3 A) EG. Op zichzelf schrijft het EG-recht echter niet voor hoe de lidstaat zijn samenleving moet inrichten. Zo laat het gemeenschapsrecht de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet: artikel 295 (oud: 222) EG.

Het EG-recht bemoeit zich in beginsel dan ook niet met zaken als verzelfstandiging, privatisering of liberalisering in hun algemeenheid. De lidstaat is hier primair zelf verantwoordelijk voor. Niettemin bepaalt het EG-recht wel een aantal randvoorwaarden, die overigens van aanzienlijke betekenis zijn voor de onderhavige vraagstelling. Deze randvoorwaarden vloeien voort uit verplichtingen die op de lidstaten rusten uit hoofde van het mededingingsrecht en het recht dat in het kader van de instelling van de interne markt tot ontwikkeling is gekomen.

Bij mededinging gaat het om voorschriften (artikelen 81-89 (oud: 85-94) EG-Verdrag) die deels gericht zijn tot ondernemingen en deels rechtstreeks tot de lidstaten. Ook echter waar bepalingen gericht zijn tot ondernemingen, kunnen ze relevant zijn voor de overheid, namelijk in situaties waarin de overheid zelf als deelnemer op de markt dan wel als wetgever optreedt.<sup>3</sup> Met betrekking tot de interne markt verdienen met name de voorschriften inzake de verwezenlijking van de zogenoemde vier fundamentele vrijheden – goederen, personen, diensten en kapitaal – aandacht.

##### 4.1.2 VOLGORDE VAN BEHANDELING

In het hierna volgende zullen de aanknopingspunten met betrekking tot het Europese recht inzake mededinging en interne markt nader worden geanalyseerd. Alvorens echter hiertoe over te gaan, zal eerst worden bezien op welke wijze het Europese recht omgaat met de begrippen ‘lidstaat’ en ‘overheid’. Pas immers wanneer het bereik van deze begrippen duidelijk is, kan inzicht worden verkregen in de omvang van de verplichtingen die krachtens gemeenschapsrecht op de ‘lidstaat’ Nederland rusten. De aandacht richt zich hier met name op de toepassing van het communautaire aanbestedingsrecht, omdat het bereik van het begrip ‘overheid’ hier heel duidelijk in naar voren komt.

Nadat, aldus te werk gaande, de verplichtingen en verantwoordelijkheden van Nederland, als lidstaat van de Europese Unie, inzake mededinging en interne markt in beeld zijn gebracht, volgt nog een aantal aanvullende kanttekeningen. Deze beogen zichtbaar te maken welke de consequenties – krachtens gemeenschapsrecht – kunnen zijn indien de overheid zijn verdragsverplichtingen niet, of niet op correcte wijze, nakomt. In dit verband wordt aandacht besteed aan onderwerpen zoals:

- het communautaire systeem van toezicht op de naleving, door de lidstaten, van hun verdragsverplichtingen;
- de verantwoordelijkheid van de nationale rechter, als orgaan van de lidstaat, in het kader van de toepassing van gemeenschapsrecht; en
- het in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ontwikkelde beginsel inzake overheidsaansprakelijkheid.

De studie wordt afgesloten met een beknopte samenvatting van de belangrijkste punten en een aantal slotopmerkingen.

## 4.2 HET OVERHEIDSBEGRIIP

### 4.2.1 INTERPRETATIE ‘LIDSTAAT’

In artikel 299 (oud: 227), lid 1, EG wordt de geografische werkingssfeer van het gemeenschapsrecht aangeduid, via een verwijzing naar de lidstaten. Het Koninkrijk der Nederlanden is hier één van. Ook al bevat het gemeenschapsrecht geen specifieke definitie van wat, in materiële zin, onder nationale overheid moet worden begrepen, in de praktijk wordt het begrip ‘overheid’ door het Hof van Justitie ruim uitgelegd (zie ook Steyger 1996: 64).

Deze ruime interpretatie valt reeds af te leiden uit de mate waarin particulieren zich jegens de overheid rechtstreeks kunnen beroepen op bepalingen van gemeenschapsrecht (het beginsel van de *rechtstreekse werking*):

- in de zaken Becker (arrest van 19 januari 1982, zaak 8/81, Jur. 1981 53) en Busseni (arrest van 22 februari 1990, zaak C-221/88, Jur. 1990 I-495) ging het om een beroep van een particulier jegens de fiscale overheid;
- in de zaak Marshall (arrest van 26 februari 1986, zaak 152/84, Jur. 1986 723) om een beroep jegens een overheidsorgaan verantwoordelijk voor de gezondheidszorg;
- in de zaak Johnston (arrest van 15 mei 1986, zaak 222/84, Jur. 1986 1651) om een beroep jegens onafhankelijk orgaan belast met de handhaving van de openbare orde en veiligheid;
- in de zaak Fratelli Costanzo (arrest van 22 juni 1989, zaak 103/88, Jur. 1989 1839) om een beroep jegens lokale autoriteiten;
- in de zaak Foster/British Gas (arrest van 12 juli 1990, zaak C-188/89, Jur. 1990 I-3313) om en vennootschap, belast met een openbare belangstaak, en op de bedrijfsvoering waarvan de overheid een mate van toezicht kon uitoefenen.



Blijkens rechtsoverweging 18 van het arrest in de laatstgenoemde zaak dient men, in het geval van beroepen van justitiabelen jegens de nationale overheid, te denken aan “organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat stonden of die over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikten dan die welke voortvloeien uit de regels die in betrekkingen tussen particulieren gelden”. Het Hof concludeerde dan ook dat tot de rechtssubjecten tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, in elk geval behoort (rechtsoverweging 20): “..., ongeacht zijn juridische vorm, een lichaam [...] dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hiertoe over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.”

#### 4.2.2 HET BEGRIP ‘OVERHEID’ IN HET COMMUNAUTAIRE AANBESTEDINGSRECHT

Deze ruime interpretatie blijkt evenzeer op het terrein van het communautaire aanbestedingsrecht. In de zin van het aanbestedingsrecht wordt namelijk als ‘aanbestedende autoriteit’ niet alleen de staat en zijn territoriale lichamen aangemerkt, maar ook zogenoemde publiekrechtelijke instellingen. In de desbetreffende richtlijnen<sup>4</sup> wordt een ‘publiekrechtelijke instelling’ (zie ook Essers 1998) omschreven als:

iedere instelling die:

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en
- rechtspersoonlijkheid heeft en
- waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Bij de uitleg van het begrip aanbestedende dienst gaat het Hof uit van een ‘functionele’ interpretatie (zaak 31/87 (Gebroeders Beentjes/Staat), arrest van 20 september 1988, Jur. 1988 4635, rov. 11; zaak C-360/96 (Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding), arrest van 10 november 1998, Jur. 1998 I-6821, rov. 62.). Er worden drie voorwaarden genoemd, die betrekking hebben op de taakstelling van het orgaan; het vermogen van het orgaan om zelfstandig als drager van rechten en verplichtingen op te treden; en op de invloed die de overheid kan uitoefenen op de taakvervulling van het orgaan, via financiering, toezicht of benoemingen. Het Hof gaat er hierbij vanuit dat dit cumulatieve voorwaarden zijn (zaak C-44/96 (Mannesmann/Strohal Rotationsdruck), arrest van 15 januari 1998, Jur. 1998 I-73, rov. 21; Gemeente Arnhem, reeds aangehaald, rov. 29).

De zaak Beentjes betrof een Plaatselijke Commissie voor de Ruilverkaveling, een lichaam zonder rechtspersoonlijkheid, waarvan de taak en de samenstelling bij de wet zijn geregeld en waarvan de leden worden aangewezen door Gedeputeerde Staten van de betrokken provincie. Voor de Plaatselijke Commissie geldt een instructie die wordt vastgesteld door een bij Koninklijk Besluit ingestelde Centrale Commissie, waarvan de leden door de Kroon worden benoemd. De Staat garandeert dat de verplichtingen die voortvloeien uit de rechtshandelingen van de Plaatselijke Commissie, worden nagekomen en financiert de openbare werken die door de betrokken Plaatselijke Commissie worden aanbesteed (rov. 8).

De zaak Mannesmann had betrekking op de Oostenrijkse Staatsdrukkerij. De zaak Commissie/België (zaak C-323/96, arrest van 17 september 1998, Jur. 1998 I-5063) had betrekking op de Vlaamse Raad, een overheidsorgaan met wetgevende bevoegdheden. De zaken Commissie/Ierland (zaak C-353/96, arrest van 17 december 1998, n.n.g.) en Connemara Machine (zaak C-306/97, arrest van 17 december 1998, n.n.g.) hadden betrekking op de Ierse Forestry Board, een privaatrechtelijke vennootschap die als doelstelling heeft de bosbouw en hiermee verwante activiteiten op commerciële basis uit te oefenen.

In het arrest van 10 november 1998 in de zaak Gemeente Arnhem (zie over dit arrest: TVVS 1998: 379; Kortenbach-Buys 1999: 5-8.) heeft het Hof aan het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ een nadere uitleg gegeven. Het arrest is met name interessant vanwege de beschouwingen van het Hof over de betekenis van concurrentie voor het kwalificeren van een activiteit als een taak van algemeen belang. De zaak betrof de oprichting, door twee Nederlandse gemeenten, van een vennootschap waaraan taken inzake het ophalen van huishoudelijk afval werden opgedragen. Ook op andere wijzen – aandeelhouderschap, benoeming commissarissen en de regeling van de financiële vergoeding van de dienstverlening – hielden de gemeenten ‘een vinger aan de pols’ waar het ging om de bedrijfsvoering van de vennootschap. De vraag was nu of de gemeenten de opdracht inzake huisvuilophaling, die aan de vennootschap was gegund, in overeenstemming met de Europese regels hadden moeten aanbesteden. Van belang hierbij is dat de desbetreffende richtlijn een uitzondering kent indien een aanbestedende dienst aanbesteedt aan een instantie die zélf als aanbestedende dienst moet worden aangemerkt, vanwege de toekenning van een exclusief recht (Richtlijn 92/50, art.2). In zo’n situatie behoeft dus niet te worden aanbesteed. In de procedure had de klaagster – een andere vennootschap – *grosso modo* betoogd dat het ophalen van huisvuil een activiteit is die zeer wel door ‘gewone’ ondernemingen, en derhalve in concurrentie, kan worden verricht. Volgens de klaagster was de uitzondering van de richtlijn hier niet van toepassing, en had de opdracht inzake het ophalen van huisvuil wel degelijk moeten worden aanbesteed.

Het Hof ging in zijn redenering in eerste instantie uit van de aanwezigheid, in het onderhavige geval, van “behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard”. Het meende vervolgens dat het feit dat op een

markt concurrentie bestaat, op zich niet hoeft te betekenen dat een bepaalde taak niet als een algemeen-belangstaak kan worden aangemerkt (rov. 43). Het is immers, zo stelde het Hof, moeilijk denkbaar dat een bepaalde activiteit in geen geval door particuliere ondernemingen kan worden verricht (rov. 44). Zelfs wanneer particuliere ondernemingen in dezelfde behoeften voorzien of kunnen voorzien, kan derhalve nog steeds sprake zijn van een ‘publiekrechtelijke instelling’ (rov. 47). Het ontbreken van concurrentie is dan ook niet een noodzakelijk element van de definitie van ‘publiekrechtelijke instelling’ (idem).

Niettemin – en dit was de nuancering die het Hof aan deze vaststellingen gaf – het bestaan van concurrentie is ook weer niet geheel irrelevant voor de beantwoording van de vraag of überhaupt sprake is van een behoefte van algemeen belang (van andere dan industriële of commerciële aard; rov. 48). Immers, zo betoogde het Hof, het bestaan van een ‘sterke’ concurrentie, en in het bijzonder het feit dat de betrokken instelling op de markt met anderen moet concurreren, kan een aanwijzing zijn dat realiter geen sprake is van een behoefte van algemeen belang (rov. 49). Na een blik op de lijst van ‘publiekrechtelijke instellingen’ die vermeld staan op de bijlage bij de – oorspronkelijke – Richtlijn 71/305, constateerde het Hof dat het bij de behartiging van behoeften van algemeen belang in het algemeen gaat om activiteiten die de overheid zelf verricht dan wel bij de verrichting waarvan zij een beslissende invloed wil houden (rov. 51).

Aldus is de redenering van het Hof, hoewel wat cryptisch, wel duidelijk. Ze komt erop neer dat de aanwezigheid, op een markt, van (potentiële) concurrenten wel degelijk van invloed is voor de beantwoording van de vraag of een bepaalde activiteit kan worden aangemerkt als een algemeen-belangstaak, voor de vervulling waarvan de overheid een zekere bescherming toekomt. De opgesomde voorbeelden uit de jurisprudentie maken duidelijk dat het Hof, bij zijn interpretatie van wat onder ‘staat’ dan wel ‘overheid’ moet worden begrepen, niet uitgaat van ‘formele’ maar van ‘materiële’ criteria. Het gaat niet zozeer om de rechtsvorm van een marktdeelnemer, maar om de werkzaamheden die deze verricht. Om tot de ‘overheid’ te behoren dient een betrokkenheid bij een dienst van openbaar belang te worden vastgesteld, terwijl de (centrale) overheid op de vervulling daarvan – via een opdracht, financiering, benoeming of controle – een zeker toezicht kan uitoefenen. Intussen kan het bestaan van (veel) concurrentie op de betreffende markt erop duiden dat niet eens sprake is van een dienst van openbaar belang. Precieze definities zijn niet voorhanden. Ieder geval zal op zijn eigen merites moeten worden beoordeeld.

Wat daarvan zij, uit de rechtspraak kan, bij wijze van conclusie, worden afgeleid dat het overheidsbegrip door het Hof ruim wordt uitgelegd. Deze ruime uitleg heeft uiteraard gevolgen voor het bereik van de verplichtingen die krachtens de verdragen op de ‘lidstaat Nederland’ rusten.

## 4.3 MEDEDINGING

### 4.3.1 ALGEMEEN

Zoals reeds is opgemerkt, laat het gemeenschapsrecht de lidstaten in beginsel vrij bij de inrichting van hun overheidsorganisatie. Anderzijds vloeit uit het beginsel van de vrije markt voort dat deze inrichting geen afbreuk mag doen aan het functioneren van een vrije markt binnen de gehele Gemeenschap. Dit betekent dat zodra de overheid activiteiten ontplooit welke gelijkenis vertonen met die van ondernemingen, erop wordt toegezien dat dit geen afbreuk doet aan de vrije markt. Voor wat betreft de mededinging (vgl. rapport-Cohen: par. 5.1-5.5, 7.1) zijn in het bijzonder de artikelen 81-89 (oud: 85-94) EG-Verdrag van belang. Deze verdragsbepalingen maken deel uit van het “regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de Interne Markt niet wordt verstoord”, hetgeen ingevolge artikel 3 sub g. EG-Verdrag een onderdeel van het optreden van de Gemeenschap is.

De artikelen 81 en 82 (oud: 85 en 86) EG betreffen het optreden van ondernemingen. Blijkens artikel 81 worden als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt beschouwd “... alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen, welke de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst ...”. Artikel 82 verbiedt het misbruik maken, door een of meer ondernemingen, van een “machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan”. Terwijl het derde lid van artikel 81 de mogelijkheid biedt om rekening te houden met de bijzondere aard van bepaalde economische sectoren (zaak 45/86 (Verband der Sachversicherer), Jur. 1987 405, rov. 15), kent artikel 82 geen uitzonderingen. Ook al richten de artikelen 81 en 82 zich naar de letter tot ondernemingen, ze hebben ook relevantie voor de overheid indien deze ofwel zèlf als ondernemer ofwel als wetgever optreedt. In dit laatste verband is artikel 10 (oud: 5) EG, de verplichting inzake Gemeenschapstrouw, van belang.

Artikel 86 (oud: 90) EG betreft het optreden van openbare bedrijven alsmede ondernemingen waaraan bijzondere of exclusieve rechten zijn verleend (lid 1) respectievelijk ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie (lid 2).

De artikelen 87-89 (oud: 92-94) EG hebben betrekking op het verbod, gericht tot de lidstaten, van steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen.

#### 4.3.2 MEDEDINGING EN DE UITOEFENING VAN OVERHEIDSGEZAG

De werkingssfeer van het Europese mededingingsrecht is een ruime. Behoudens een aantal uitdrukkelijke uitzonderingen<sup>5</sup>, zijn de mededingingsregels in beginsel op alle soorten van activiteiten van toepassing. Zo zijn de artikelen 85 en 86 in het verleden reeds toegepast op sectoren zoals het vervoer (zaken 209-213/84 (Ministère Public), arrest van 30 april 1986, Jur. 1986 1425; zaak 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen), arrest van 11 april 1989, Jur. 1989 803), de energievoorziening (Zaak C-393/92 (Almelo e.a.), arrest van 27 april 1994, Jur. 1994 I-1477), en het bank- en verzekeringswezen (zaak 172/80 (Züchner), arrest van 14 juli 1981, Jur. 1981 2021).

Niettemin zijn de mededingingsregels niet van toepassing op de ‘uitoefening van overheidsgezag’ (arrest van 16 juni 1987, zaak 118/85 (Commissie/Italië), Jur. 1987 2599, rov. 7 en 8) of op organen van de staat ‘handelend’ in hun hoedanigheid van overheid (arrest van 4 mei 1988, zaak 30/87 (Bodson), Jur. 1988 2479, rov. 18). In die situatie – een overheid die binnen haar soevereine bevoegdheid optreedt (zie ook Bellamy and Child 1993: 42) – is van geen belang of de staat zijn overheidsgezag rechtstreeks via een tot het centrale bestuur behorend orgaan uitoefent, dan wel via een afzonderlijk lichaam waaraan hij bijzondere of uitsluitende rechten heeft toegekend (zaak 118/85 (Commissie/Italië), rov. 7 en 8; arrest van 18 maart 1997, zaak C-343/95 (Calì en Figli), Jur. 1997 I-1547, rov. 16 en 17).

Een eenheid handelt in de uitoefening van overheidsgezag wanneer de betrokken activiteit “een taak van algemeen belang (is) die behoort tot de kerntaken van de staat” en die “wegens (zijn) aard en (zijn) doel en de regels waaraan hij (is) onderworpen neer(komt) op het uitoefenen van prerogatieven (...) die typisch overheidsprerogatieven zijn” (zaak C-364/92 (SAT Fluggesellschaft), reeds aangehaald, rov. 30; zaak C-343/95 (Calì en Figli), reeds aangehaald, rov. 22 en 23). Voorts lijkt uit rov. 22 van het arrest in de zaak Höfner en Elser afgeleid te moeten worden dat de mededingingsregels niet van toepassing zijn wanneer de betrokken activiteit altijd in handen is geweest van, en noodzakelijkerwijs moet worden verricht door, overheidsdiensten (arrest van 11 december 1991, zaak C-41/90 (Höfner en Elser), Jur. 1991 I-1979. Ook: conclusie Jacobs in de zaken C-67/96 e.a., par. 314). De vraag dient dus te worden gesteld of een bepaalde activiteit noodzakelijkerwijs door openbare eenheden of hun vertegenwoordigers wordt verricht.

#### 4.3.3 HET ONDERNEMINGSBEGRIJF

Ingevolge de jurisprudentie van het Hof omvat het begrip ‘onderneming’ “elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd” (zaak C-41/90 (Höfner en Elser), reeds aangehaald, rov. 21). In zijn conclusie in de zaken C-67/76 e.a. memoreert Jacobs dat het begrip ‘onderneming’ een dubbel doel dient. Enerzijds wordt door het

begrip mogelijk gemaakt dat de categorieën verkeersdeelnemers worden bepaald waarop de mededingingsregels van toepassing zijn. Anderzijds kan met behulp van het begrip ‘onderneming’ de eenheid worden aangewezen waaraan een bepaalde gedraging moet worden toegerekend (par. 206). Richtinggevend is of de betrokken entiteit een activiteit ontplooit die ertoe strekt de in de artikelen 81 en 82 bedoelde gevolgen teweeg te brengen.

Een – zeldzaam – voorbeeld van een zaak waarbij het Hof oordeelde niet te maken te hebben met een ‘onderneming’, betrof een arrest van 17 februari 1993 in de zaak *Poucet et Pistre* (gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Jur. 1993 I-637). De zaak betrof het optreden van Franse ziekenkassen. Het Hof overwoog dat de ziekenkassen, of de organen die meewerken aan het beheer van de openbare dienst van de sociale zekerheid, een taak van zuiver sociale aard vervullen (rov. 18). Hun werkzaamheid berust immers, zo stelde het Hof, op het beginsel van nationale solidariteit en mist ieder winstoogmerk. De betaalde uitkeringen zijn wettelijke uitkeringen die niet afhangen van het bedrag van de premies. Hieruit volgt, aldus het Hof, dat de werkzaamheden van de betrokken organen die belast zijn met het beheer van socialezekerheidsstelsels, geen economische activiteiten zijn, zodat de organen zelf niet aan te merken zijn als ondernemingen in de zin van de artikelen 81 en 82 EG (rov. 19).

Daarentegen meende het Hof dat een orgaan zonder winstoogmerk (wel) een onderneming is in de zin van artikel 81 e.v. EG-Verdrag, wanneer dat:

- belast is met het beheer van een – als aanvulling van een verplicht basisstelsel bedoeld – stelsel van ouderdomsverzekering;
- bij wet als facultatief stelsel is ingevoerd; en
- met inachtneming van de door de daartoe bevoegde autoriteiten vastgestelde bepalingen, met name inzake aansluitingsvoorwaarden, bijdragen en uitkeringen, werkt volgens het kapitalisatiebeginsel (Hofzaak C-244/94, arrest van 16 november 1995 (*Fédération française des Sociétés d’Assurance e.a./Ministère de l’Agriculture et de la Pêche*), Jur. 1995 I-4013).

Immers, zo oordeelde het Hof, zelfs al heeft een dergelijk orgaan geen winstoogmerk, en zelfs al bevat het door dit orgaan beheerde stelsel bepaalde solidariteitsaspecten die overigens beperkt zijn en niet kunnen worden vergeleken met de solidariteitsaspecten die de verplichte socialezekerheidsstelsels kenmerken, het oefent een economische activiteit uit en concurreert daarbij met levensverzekeringsmaatschappijen (rov. 21).

#### 4.3.4 DE OVERHEID ALS ONDERNEMER

Aldus geformuleerd en uitgelegd kan ook de overheid als onderneming worden aangemerkt, voorzover deze zelf, dan wel via openbare lichamen of anderen waaraan zij speciale of exclusieve rechten heeft toegekend, economische activiteiten verricht (vgl. *Pijnacker Hordijk en Snoep* 1996: 923-929).

Met betrekking tot overheidslichamen onderzoekt het Hof in het bijzonder of de betrokken activiteit wordt verricht – althans kan worden verricht – door particuliere eenheden die zich bezighouden met de desbetreffende goederen- of dienstenvoorziening (arresten Cali alsmede Höfner en Elser). De toepassing van de artikelen 85 en 86 op overheidslichamen wordt in dit verband gerechtvaardigd door het feit dat zij opereren op dezelfde of vergelijkbare markten en volgende dezelfde beginselen als ‘normale’ ondernemingen (arrest van 18 juni 1998, zaak C-35/96 (Commissie/Italië), Jur. 1998 I-3851, rov. 36-38. Ook: conclusie Jacobs in de zaken C-67/96 e.a., par. 214).

Derhalve hanteert het Hof – ook hier – in het algemeen een ‘functionele’ benadering waar het gaat om de uitleg van het begrip ‘onderneming’ (zie ook: Van Gerven et al. 1997: 69). De belangrijkste maatstaf is of de betrokken eenheid een activiteit uitoefent die, althans in beginsel, door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst. Noch de rechtsvorm van de eenheid noch de wijze waarop zij wordt gefinancierd, is van belang (zaak C-41/90 (Höfner en Elser), rov. 21; arrest van 11 december 1997, zaak C-55/96 (Job Centre), Jur. 1997 I-7119, rov. 21).

Zo werd bijvoorbeeld van overheidsinstanties als de Duitse Bundesanstalt für Arbeit (zaak C-41/90, Höfner) en de Italiaanse Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (zaak 118/85, Commissie/Italië) aangenomen dat zij activiteiten van economische aard uitoefenen met betrekking tot arbeidsvoorziening respectievelijk het aanbieden van goederen en diensten op de markt van tabaksfabrikaten. Daarentegen zijn de mededingingsregels niet van toepassing geacht op een particuliere vennootschap die in opdracht van een lidstaat milieu-inspectietaken verricht (zaak C-343/95, Cali). Het feit dat een eenheid geen winst-oogmerk heeft (zaken C-209-215/78 en C-218/95, arrest van 29 oktober 1980 (Van Landewyck), Jur. 1980 3125, rov. 88) of geen economische doeleinden nastreeft (arrest van 30 april 1974, zaak 155/73 (Sacchi), Jur. 1974 409, rov. 13 en 14), doet niet ter zake. Het feit ook dat bepaalde taken door de staat aan bepaalde eenheden zijn opgedragen in het algemeen belang, wil niet zeggen dat die eenheden geen onderneming zijn, al was het maar omdat het bestaan van artikel 86 (oud: 90), leden 1 en 2, EG-Verdrag in dat geval in wezen zinloos zou zijn. De mededingingsregels zijn dan ook van toepassing op de activiteiten van bijvoorbeeld leveranciers van telecommunicatie- en posterdiensten, publieke omroepen en havenbedrijven. Ten slotte is ook het feit dat bepaalde activiteiten normaal gesproken aan openbare lichamen worden opgedragen, niet voldoende om die activiteiten buiten de mededingingsregels te doen vallen (zie conclusie Jacobs in de zaken C-67/96 e.a., par. 312).

#### 4.3.5 ARTIKEL 86 (OUD: 90) LID 1 EG-VERDRAG: OPENBARE BEDRIJVEN

Ook de overheid, voorzover deze op de markt optreedt, kan derhalve als ‘onderneming’ worden aangemerkt. Voor overheidsbedrijven is dit nog eens uitdrukkelijk gestipuleerd in artikel 86 (oud: 90), lid 1, EG-Verdrag (zie ook: Asser

Instituut 1998 en Akyürek-Kievits 1998: 7 e.v.). Ingevolge het eerste lid van deze bepaling namelijk mogen de lidstaten “met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel [nemen of handhaven] welke in strijd is met de regels van het Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89”.<sup>6</sup>

Het begrip ‘openbaar bedrijf’ wordt in artikel 2 van Richtlijn 80/723 van de Commissie van 25 juni 1980<sup>7</sup> omschreven als “elk bedrijf waarop overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende voorschriften”. Daaraan is toegevoegd (zie de tweede alinea van art. 2) dat “dominerende invloed wordt vermoed uitgeoefend te kunnen worden, wanneer de overheden, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van het bedrijf: a. de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten; b. over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door genoemd bedrijf uitgegeven aandelen beschikken of; c. meer dan de helft der leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van genoemd bedrijf kunnen benoemen.”

Anders dan de artikelen 81 en 82 EG, die gericht zijn tot ondernemingen, is artikel 86 lid 1 EG gericht tot de lidstaten. Er bestaat echter een algemeen beginsel – voortvloeiend uit artikel 10 (oud: 5) lid 2 EG – dat de lidstaten geen maatregelen mogen nemen of handhaven welke aan de mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen (arrest van 16 november 1977, zaak 13/77 (INNO), Jur. 1977 2115, rov. 30 en 31; zaak 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen), rov. 48; arrest van 18 juni 1991, zaak C-260/89 (ERT), Jur. 1991 I-2925, rov. 35). In die zin is de bepaling aan te merken als een *lex specialis* van artikel 10 lid 2 EG-Verdrag (arrest van 5 oktober 1994, zaak C-323/93 (Centre d’insémination de la Crespelle), Jur. 1994 I-5077, rov. 15).

In een kanttekening bij de, zojuist gememoreerde, bepaling van artikel 2, tweede alinea, van Richtlijn 80/723, stelt het Hof in zijn arrest in de gevoegde zaken 188-190/80, reeds aangehaald, dat de bepalingen van artikel 90 (nieuw: 86) juist in het Verdrag zijn opgenomen omdat de overheden invloed kunnen uitoefenen op de commerciële beslissingen van de openbare bedrijven. Deze invloed kan worden uitgeoefend, zo vervolgt het Hof, op basis van financiële deelneming dan wel van voorschriften inzake het beheer van het bedrijf. Door juist deze criteria te kiezen ter bepaling van de financiële betrekkingen waarover zij gegevens moet kunnen verkrijgen om haar toezichthoudende taak krachtens artikel 90 lid 3<sup>8</sup> te vervullen, is de Commissie binnen de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid gebleven, aldus het Hof (rov. 26). Overigens zij ten aanzien van de verwijzing, in het eerste lid van artikel 86 EG, naar “ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen” opgemerkt dat het verlenen van dergelijke rechten als zodanig niet onverenigbaar is met de artikelen 86 lid 1 en artikel 82 (zaak 155/73, arrest van 30 april 1974 (G. Sacchi), Jur. 1997 409, rov. 14; zaak 311/84 (CBEM), reeds aangehaald, rov. 17; zaak C-41/90 (Höfner en Elser), reeds aangehaald, rov. 29; arrest van 10 december 1991, zaak C-179/90



(Merci Convenzionali Porto di Genova, Jur. 1991 I-5889, rov. 16; arrest van 19 mei 1993, zaak C-320/91 (Corbeau), Jur. 1993 I-2533, rov. 11; zaak C-323/93 (Centre d'insémination de la Crespelle), reeds aangehaald.). Niettemin is de vrijheid van de lidstaten om – met name – uitsluitende rechten toe te kennen niet onbeperkt (zie conclusie Jacobs in de zaken C-67/96 e.a., par. 393 e.v.). In een recent arrest (hofzaak C-163/96, arrest van 12 februari 1998 (S. Raso e.a.), Jur. 1998 I-533) formuleert het Hof deze doctrine als volgt:

Ofschoon het enkele feit dat door het verlenen van uitsluitende rechten als bedoeld in artikel 90 lid 1 van het Verdrag een machtspositie wordt gecreëerd, als zodanig niet onverenigbaar is met artikel 86, handelt een lidstaat in strijd met de in deze twee bepalingen vervatte verboden, wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende uitsluitende rechten misbruik van haar machtspositie maakt, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin deze onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.

In de gevoegde zaken Nederland/Commissie en PTT/Commissie (gevoegde zaken C-48/90 en C-66/90, arrest van 12 februari 1992, Jur. 1992 I-565) waren de modaliteiten van de privatisering van het voormalige Staatsbedrijf der PTT aan de orde. De Commissie verweet Nederland dat de uitwerking die aan de privatisering was gegeven, een inbreuk opleverde op de artikelen 90 (nieuw: 86) lid 1, in samenhang met artikel 86 (nieuw: 82) EG-Verdrag. Dit vanwege de machtspositie die de PTT, ingevolge een desbetreffende wijziging van de Postwet, ook buiten het terrein van de 'gewone post' zou verwerven en het misbruik dat hiervan een onvermijdelijk gevolg zou zijn doordat koeriersdiensten van de markt van postbezorging boven de 50 gram zouden worden geweerd. Overigens heeft het Hof in deze zaken geen inhoudelijk oordeel over de bevindingen van de Commissie behoeven te geven. De beroepen van de Nederlandse regering en de PTT werden reeds op procedurele gronden (verband houdende met de inbreuk die de Commissie had gemaakt op het recht van verweer van de Nederlandse regering) gegrond bevonden.

#### 4.3.6 ARTIKEL 86 (OUD: 90) LID 2 EG-VERDRAG: DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

Deze bepaling (zie ook: Asser Instituut 1998 en Akyürek-Kievits 1998: 35 e.v.) luidt als volgt:

De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

Het gaat hier (weliswaar) om een onderneming in de zin van artikel 81, maar dan een die is belast met een openbare nutstaak. In het kader van haar bedrijfsvoering is een dergelijke onderneming 'slechts' onderworpen aan de werking van

het mededingingsregime van het Verdrag, voorzover de toepassing daarvan geen afbreuk doet aan de goede taakvervulling. Het gaat derhalve om een geclausuleerde toepassing.

Artikel 90 lid 2 beoogt in die zin het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen te benutten als instrument van economisch of fiscaal beleid, te verzoeken met het belang van de Gemeenschap bij de naleving van de mededingingsregels en het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt (arrest van 23 oktober 1997, zaak C-157/94 (Commissie/Nederland), Jur. 1997 I-5699, rov. 39). Niettemin dient de bepaling, die immers een afwijking van de regels van het Verdrag toestaat, eng worden uitgelegd (zaak C-157/94 (Commissie/Nederland), rov. 37). Zo stelde het Hof in het arrest in de zaak *Porti di Genova* dat voor de in artikel 90 (nieuw: 86) lid 2 EG-Verdrag neergelegde uitzondering op de regels van het Verdrag niet alleen de voorwaarde geldt dat de betrokken onderneming door de overheid is belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, maar ook dat de toepassing van de verdragsregels de vervulling van de aan deze onderneming toevertrouwde bijzondere taak verhindert en dat het belang van de Gemeenschap niet wordt geschaad (rov. 26).

Bij de definitie van de diensten van algemeen economisch belang waarmee bepaalde ondernemingen worden belast, kan de lidstaten niet worden verboden dat zij rekening houden met doelstellingen die verband houden met hun nationaal beleid (zaak C-157/94 (Commissie/Nederland), rov. 40). Zo blijven de lidstaten bevoegd hun stelsels van sociale zekerheid naar eigen inzichten in te richten (arrest van 7 februari 1984, zaak 38/82 (Duphar), Jur. 1984 523, rov. 16; zaken C-159/91 en C-160/91 (Poucet et Pistre) rov. 6; arrest van 17 juni 1997, zaak C-70/95 (Sodemare), Jur. 1997 I-3395, rov. 27). Ter zake beschikken zij over een ruime discretionaire bevoegdheid.

Voor de toepasselijkheid van de uitzondering van artikel 86 lid 2 is het niet noodzakelijk dat de onderneming in haar bestaan wordt bedreigd (zaak C-157/94 (Commissie/Nederland), rov. 43). Het is voldoende – zo blijkt reeds uit de redactie van de verdragsbepaling – dat de toepassing van de mededingingsregels de vervulling, in feite of in rechte, van de aan de onderneming toevertrouwde bijzondere taken verhindert. In de praktijk is deze beoordeling uiteraard niet gemakkelijk. Steeds zal een onderzoek per geval moeten plaatsvinden. Zoveel is wel duidelijk dat de overheid die c.q. het bedrijf dat zich op deze uitzonderingsbepaling wenst te beroepen, aannemelijk dient te maken dat daadwerkelijk sprake is van een ‘dienst van algemeen economisch belang’ respectievelijk dat ook op andere wijze aan de voorwaarden van toepassing van de bepaling is voldaan (zaak C-157/94 (Commissie/Nederland), rov. 51 en 58). De vraag, vervolgens, in hoeverre de vervulling van die uitzonderingsbepaling recht geeft om de mededingingsregels van het verdrag te overtreden, is nog moeilijker te beantwoorden. In het arrest in de zaak *Ahmed Saeed Flugreisen*, reeds aangehaald, merkte het Hof op dat de bevoegde nationale autoriteiten en de rechterlijke autoriteiten die van geschillen daarover kennis nemen, ten minste moeten kunnen vaststellen

om welke vereisten het precies gaat en hoe de behartiging daarvan de normale bedrijfsvoering van de betrokken onderneming(en) beïnvloedt (rov. 56). Het Hof signaleerde, met andere woorden, een behoefte aan een transparante situatie. In het arrest in de zaak Gemeente Almelo, reeds aangehaald, werd voor de beoordeling van deze vraagstelling de bijzondere verantwoordelijkheid van de nationale rechter onderstreept (rov. 50 en dictum, onder 2c).

#### 4.3.7 ARTIKEL 16 EG-VERDRAG (VERDRAG VAN AMSTERDAM)

Het Verdrag van Amsterdam – dat overigens, op het moment van schrijven van deze studie, nog niet in werking is getreden – introduceert, in het Eerste Deel van het EG-Verdrag betreffende de ‘Beginselen’, een nieuwe bepaling die betrekking heeft op de vervulling van openbare belangstaken. Deze nieuwe bepaling luidt als volgt: “Onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheidene bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.”

Deze bepaling moet in samenhang met een verklaring van de Conferentie worden gelezen. Ingevolge deze verklaring, als Verklaring 13 aan de Slotakte van het Verdrag van Amsterdam gehecht, dienen de bepalingen van artikel 16 “te worden uitgevoerd met volledige inachtneming van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, onder meer wat de beginselen van gelijke behandeling, kwaliteit en continuïteit van deze diensten betreft”.

Hoewel de verwijzing naar het belang van de vervulling van openbare nutsvoorzieningen een plaats heeft verworven in het Eerste Deel van het EG-Verdrag betreffende ‘De Beginselen’ van de EG-samenwerking, mag niet worden aangenomen dat de bepaling, zoals geformuleerd, implicaties heeft voor de interpretatie van de onderliggende bepaling, artikel 86 lid 2 EG. De toegevoegde verklaring beoogt zulks ook tot uitdrukking te brengen.

#### 4.3.8 TUSSENVORMEN

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat activiteiten ter behartiging van een algemeen belang – behoudens het geval van de uitoefening van typisch overheidsgezag en behoudens, zij het in bijzondere omstandigheden, het geval van een optreden als openbaar nutsbedrijf – aan de werking van het ‘normale’ communautaire mededingingsrecht zijn onderworpen. In de praktijk is de situatie echter niet altijd ‘zwart-wit’. Met name in het geval van ‘*tussenvormen*’ kunnen problemen ontstaan. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan een tweetal situaties (zie ook Steyger 1996: 74 e.v.):

## 1 Deels overheidstaak, deels commerciële activiteiten.

Een bedrijf is deels belast met de vervulling van een overheidstaak, doch kan voor een ander deel commercieel op de markt optreden. Deze situatie komt enigszins overeen met de situatie die reeds eerder ter sprake kwam in het kader van het communautaire aanbestedingsrecht, en waarbij een publieke instelling, naast haar taak om in een behoefte van algemeen belang te voorzien, vrij is om andere activiteiten te verrichten (zaak C44/96 (Mannesmann), reeds aangehaald, rov. 25; zaak C-360/96 (Gemeenten Arnhem en Rheden), reeds aangehaald, rov. 55). In wezen is hier sprake van twee markten: die van de publieke activiteit en die van de nevenactiviteit (Rapport-Cohen: 39). In dit soort situaties dienen de verantwoordelijkheid van openbaar nutsbedrijf en die van 'gewoon' commercieel bedrijf goed te worden gescheiden en, voor de toetsing aan de mededingingsregels van het Verdrag, ook strikt uit elkaar te worden gehouden.

Met name dient voorkomen te worden dat het bedrijf, vanwege de bescherming die het ondervindt bij de te vervullen openbare nutstaak, bevoordeeld wordt wanneer het, voor haar resterende activiteiten, met andere 'gewone' ondernemingen in concurrentie treedt. Hier kan worden gedacht aan praktijken die wel als '*kruissubsidiëring*' worden aangeduid. Dat wil zeggen dat de onderneming de kosten van haar, commerciële, activiteiten binnen een bepaalde markt geheel of ten dele ten laste brengt van haar activiteiten op een andere, beschermde, markt (Pijnacker Hordijk en Snoep 1996: 924). Of, in de bewoordingen van het rapport-Cohen (blz.39):

[Van kruissubsidiëring] is sprake als de overheidsonderneming haar marktactiviteiten faciliteert met middelen, die voortkomen uit de publieke taakvervulling. Het gaat hier om andere dan fiscale voordelen. Als de overheidsonderneming bedrijfsmiddelen, arbeid en producten die ingezet worden bij de publieke taakvervulling, ook gebruikt voor haar marktactiviteiten, dan moeten deze op basis van marktconforme tarieven bij de entiteit die de marktactiviteiten uitvoert in rekening worden gebracht, en door die entiteit in haar prijzen worden doorberekend. Als dat niet gebeurt, is er sprake van machtsmisbruik.

## 2 Concurrentie bij vervulling overheidstaak.

Een bedrijf is weliswaar belast met de vervulling van een overheidstaak, doch treedt op een markt op waarop zich ten aanzien van (een deel van) diezelfde activiteiten ook concurrenten bevinden. Deze situatie, die gelijkenis vertoont met de situatie die ook in het kader van het communautaire aanbestedingsrecht ter sprake kwam (zaak C-360/96 (Gemeenten Arnhem en Rheden), reeds aangehaald, bij de bespreking van de derde vraag van de verwijzende rechter, rov. 38 e.v.), kan erop duiden dat ofwel de gehele te vervullen taak dan wel het desbetreffende deel daarvan in werkelijkheid geen bescherming behoeft, en dus ook niet verdient.

Ook hier geldt dat de situatie steeds op haar eigen merites zal moeten worden beoordeeld. Voorts zij ook hier te bedenken dat de uitzonderingen op het algemene verdragsregime steeds eng door het Hof van Justitie worden uitgelegd. Bijvoorbeeld, zodra op een betreffende markt sprake is van concurrentie

door ‘gewone’ ondernemingen respectievelijk concurrentie zeer wel mogelijk moet worden geacht, is er weinig reden om nog een beroep op een uitzonderingspositie te honoreren.

Iets vergelijkbaars geldt voor de situatie waarin de overheid, al is het maar geleidelijk, bepaalde ‘beschermde’ markten voor concurrentie open stelt. De laatste tijd zijn juist over dit soort van situaties berichten in de Nederlandse pers verschenen.<sup>9</sup> In dergelijke situaties dient men zich goed te realiseren dat, indien de overheid zelf kennelijk mogelijkheden ziet om (gedeelten van) bepaalde markten of voorzieningen te liberaliseren, dit als consequentie heeft dat een beroep op een door het EG-Verdrag erkende uitzonderingsgrond om de toegang tot de desbetreffende markt respectievelijk voorziening te belemmeren, niet meer geloofwaardig overkomt. De overheid heeft dan, als het ware, ‘afstand’ gedaan van haar recht op bescherming. Hierbij ware ook te bedenken dat, zoals het Hof in een vergelijkbare context al eens heeft betoogd, de fundamentele verdragsbeginselen reeds lang geleden rechtstreeks en onvoorwaardelijk toepasselijk zijn geworden, om welke reden het aan de nationale wetgever niet is toegestaan ‘nieuwe termijnen’ in te voeren (zaak C-353/89 (Commissie/Nederland), arrest van 25 juli 1991, Jur. 1991 I-4069, rov. 26 en 27).

#### 4.3.9 OVERHEID ALS WETGEVER

Behalve door zelf actief op de markt op te treden, kan de overheid ook op andere wijze in conflict komen met de mededingingsvoorschriften van het Verdrag. Hier gaat het om een doctrine die het Hof heeft ontwikkeld op basis van artikel 10 (oud: 5) EG-Verdrag, welke bepaling betrekking heeft op het beginsel van Gemeenschapstrouw.

Ingevolge deze doctrine (zie ook: conclusie Jacobs in de zaken C-67/96 e.a., par. 301, alsmede de in voetnoot 125 van deze conclusie aangegeven jurisprudentie) wordt vooropgesteld dat artikel 81 alleen betrekking heeft op het gedrag van ondernemingen. Wettelijke of bestuurlijke maatregelen van de lidstaten vallen daar derhalve in beginsel niet onder. Gelezen in samenhang met artikel 10 lid 2 EG, verlangt artikel 85 echter van de lidstaten dat deze geen maatregelen invoeren of in stand houden – ook geen maatregelen van wetgevende of bestuurlijke aard – die aan de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels hun effect kunnen ontnemen. Dat is het geval in drie situaties:

- 1 wanneer een lidstaat vaststelling van met artikel 85 strijdige overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen verlangt of bevordert;
- 2 wanneer hij de effecten daarvan versterkt; of
- 3 wanneer hij zijn wetgeving het overheidskarakter ontnemt door aan particuliere handelaren de verantwoordelijkheid over te dragen voor het nemen van economische beslissingen die gevolgen hebben voor de economische sfeer.

Ten aanzien van de eerste twee situaties eist het Hof voor onwettigheid van de overheidsmaatregelen dat een direct verband bestaat met anticoncurrentieel

gedrag van ondernemingen (zaak C-2/91 (Meng), reeds aangehaald; zaak C-245/91 (OHRA), reeds aangehaald).

Een recente illustratie van deze doctrine is te vinden in het arrest van 1 oktober 1998 in de zaak *Autotrasporti Librandi/Cutti Spedizione e Servizi Internazionali* (zaak C-38/97, Jur. 1998 I-5955). Het Hof herinnerde eraan – en verwees in dit verband naar ‘vaste’ rechtspraak – dat de artikelen 5 en 85 (nieuw: 10 en 81) EG-Verdrag worden geschonden wanneer een lidstaat het totstandkomen van met artikel 85 strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking daarvan versterkt, of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen (rov. 26). Het Hof herinnerde er voorts aan dat de artikelen 3g, 5 en 86 (nieuw: 3g, 10 en 82) EG-Verdrag op een nationale regeling kunnen worden toegepast indien bewezen is dat de desbetreffende regeling aan een onderneming een economische machtspositie verleent, die haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen. Het wordt die onderneming dan mogelijk gemaakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, ook de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen (rov. 27).

De gedachte achter de hier genoemde, ‘*nieuwe*’, norm is dat de lidstaten private ondernemingen niet in staat mogen stellen zich aan de verboden van de artikelen 81 en 82 EG te onttrekken door hen een ‘dekmantel’ te geven van een wettelijke regeling (Hessel en Mortelmans 1997: 273). Evenmin kan tegen de overheid worden opgetreden op basis van Verordening 17 uit 1962 (Pb L 204 van 13 maart 1962). Het Hof heeft zich nog niet uitgesproken over de vraag of de overheid als onderneming kan worden aangemerkt wanneer zij rechtstreeks met ondernemingen handelscontracten sluit. Hierbij is overigens van belang dat alleen overeenkomsten met een ‘merkbaar effect’ op de interstatelijke handel onder het verbod van artikel 81 vallen (vgl. Bagatelbekendmaking van de Commissie, Pb C 231 van 3 september 1986: 20, zoals gewijzigd bij Mededeling van de Commissie, Pb C 368 van 23 december 1994: 20). Het feit overigens dat de overeenkomst beperkt blijft tot één lidstaat is geen reden om aan te nemen dat er geen (merkbaar) effect op de tussenstaatse handel aanwezig is.<sup>10</sup>

#### 4.3.10 STEUNMAATREGELEN

Ingevolge artikel 87 (oud: 92) lid 1 EG-Verdrag zijn steunmaatregelen van de lidstaten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. In wezen betreft het hier voorwaarden die in vergaande mate overeenkomen met die van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag. Ook al wordt het niet met zoveel woorden gezegd, het gaat om een verbod.

Het tweede lid van artikel 87 verklaart een aantal categorieën van steunmaatregelen van rechtswege ‘verenigbaar’ met de gemeenschappelijke markt, terwijl het derde lid van artikel 87 een aantal categorieën van steunmaatregelen vermeldt die als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt ‘kunnen’ worden beschouwd. Het oordeel is hier aan de Commissie.

Het Verdrag bevat geen definitie van het begrip ‘steunmaatregel’. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan echter worden afgeleid dat het moet gaan om een voordeel dat, zonder een duidelijke tegenprestatie, door de overheid is verschaft en dat niet elders kan worden verkregen, en derhalve een niet-commercieel karakter draagt (vgl. zaak 61/79, arrest van 27 maart 1980 (Denkavit), Jur. 1980 1205; zaak C-301/87, arrest van 14 februari 1990 (Boussac), Jur. 1990 I-307). Aldus laat het Hof zich niet zozeer leiden door de ‘vorm’ waarin de steun is gegeven, maar beoordeelt het met name het effect dat de steunmaatregel heeft (Hancher, Ottervanger en Slot 1993: 19). Met andere woorden, ook hier gaat het Hof uit van een ‘functionele’ uitlegging.

Meestal gaat het om het verschaffen van geld, maar dat hoeft niet. Wel is beslissend dat het verstrekte voordeel op geld waardeerbaar is en, op de een of andere wijze, ten laste van de overheid komt: te denken valt aan schenkingen, subsidies, fiscale voordelen, voorfinanciering, deelneming in een aandelenkapitaal of exportsteun. Het begrip wordt door het Hof in ieder geval ‘ruim’ uitgelegd.

In het kader van verzelfstandigings-, privatiserings- en andere liberaliseringsoperaties zal bezien moeten worden of de modaliteiten die aan een dergelijke operatie zijn verbonden, niet een vervalsing van de concurrentieverhoudingen op de betreffende markt teweeg kunnen brengen: verkoop van aandelen (ver) onder de ‘marktprijs’, afstoting van een bedrijf tegen ‘dumprijzen’, vormen van gedwongen winkelnering, fiscale voordelen, het meegeven van een startkapitaal of subsidies en dergelijke. In het geval van een bedrijfsverkoop zal in de regel een aanbesteding dienen plaats te hebben. Steeds zal bekeken worden of de transactie ‘normaal’ is verlopen, als ‘normaal economisch handelen’ kan worden aangemerkt en daadwerkelijk tegen normale marktvoorwaarden heeft plaatsgevonden. Geen sprake is derhalve van steun indien een reëel te achten tegenprestatie heeft plaatsgevonden of, op andere wijze, in vergelijking met andere, gelijksoortige, transacties ‘normale’ prijzen zijn betaald. Het rapport-Cohen signaleert dat de artikelen 92-94 (nieuw: 87-89) steeds belangrijker worden voor zaken waarin geklaagd wordt over (*kruis*)*subsidïering* van commerciële nevenactiviteiten (blz. 42). Verwezen wordt onder andere naar het arrest van 11 juli 1996 in de zaak C-39/94 (SFEI), waarin het Hof overweegt “dat het verstrekken van logistieke en commerciële steun, zonder normale tegenprestatie, door een openbare onderneming aan haar privaatrechtelijke dochterondernemingen die een activiteit uitoefenen die openstaat voor de vrije mededinging, kan worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 92 van het Verdrag” (Jur. 1996 I-3547, rov. 57).

Voornemens inzake steunmaatregelen moeten bij de Commissie gemeld worden en mogen, hangende het door de Commissie te verrichten onderzoek, niet ten uitvoer worden gelegd (art. 88 (oud: 93) lid 3 EG). Dit geldt ook de uitzonderingen van de leden 2 en 3 van artikel 88 EG-Verdrag (voor de te volgen procedure, zie de leden 1 en 2 van artikel 88 (oud: 93) EG).

## 4.4 INTERNE MARKT

### 4.4.1 FUNDAMENTELE BEGINSELEN VAN VRIJ VERKEER

De verwezenlijking van de fundamentele beginselen van vrij verkeer betreft een van de hoofddoelstellingen van het EG-Verdrag, namelijk die inzake de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt. In de tekst van het EG-Verdrag worden de begrippen ‘*gemeenschappelijke markt*’ en ‘*interne markt*’ door elkaar gebruikt. Hoewel het begrip ‘interne markt’ eerst door de Europese Akte, in werking getreden op 1 juli 1987, is ingevoerd<sup>11</sup>, is uit de rechtspraak van het Hof van Justitie duidelijk geworden dat beide begrippen inhoudelijk in wezen dezelfde betekenis hebben (zaak C-300/89, arrest van 11 juni 1991 (Commissie/Raad), Jur. 1991 I-2867).

In het kader van de werking van de interne markt zijn voor de onderhavige vraagstelling meer in het bijzonder de voorschriften inzake de fundamentele beginselen inzake het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal van belang.<sup>12</sup> Inderdaad leidt de werking van de vier vrijheden tot beperkingen van de vrijheid van de lidstaat ten aanzien van de vaststelling van maatregelen inzake marktregulering. Meer in het bijzonder valt te denken aan nationale regelingen en modaliteiten met betrekking tot een te verzelfstandigen of te privatiseren werkzaamheid, doch door de toepassing waarvan belemmeringen voor het – door anderen uit te oefenen – vrij verkeer worden opgeworpen. Dit kan onder andere het geval zijn indien de overheid in haar wetgeving aan de uitvoerder exclusieve rechten toekent die de handel beperken maar die, welbeschouwd, niet noodzakelijk zijn voor het te bereiken doel.

### 4.4.2 JURISPRUDENTIE HOF VAN JUSTITIE

Zo werd in het geval van de te privatiseren Nederlandse Omroeporganisatie (NOB) door het Hof aangenomen dat de verplichting, opgelegd aan de nationale omroepinstellingen, om voor het maken van hun radio- en televisieprogramma’s gebruik te maken van de technische faciliteiten van de NOB, een inbreuk opleverde op artikel 49 (oud: 59) EG-Verdrag (zaak C-353/89, Commissie/Nederland). Het Hof accepteerde – onder meer – niet het argument van de Nederlandse regering dat de regeling noodzakelijk was teneinde een harmonieuze overgang te verzekeren van het vroegere omroepstelsel, waarin de voor het maken van programma’s noodzakelijke technische faciliteiten tot de overheidssector behoorden, naar een stelsel van vrije mededinging. In dit verband wees het Hof erop dat de dwingende bepalingen van artikel 59 (oud) EG reeds aan het einde van de overgangs-



periode, die op 31 december 1969 verstreek, rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing waren geworden. Het voegde hieraan toe dat het de nationale wetgever 'derhalve' niet is toegestaan nieuwe termijnen in te voeren (rov. 26 en 27).

Een andere Nederlandse zaak betrof de inrichting van de nationale wetgeving op het terrein van de elektriciteitsvoorziening. Hier was in 1988 wetgeving tot stand gekomen die de SEP (NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven) het monopolie inzake de invoer van elektriciteit voor de openbare voorziening toekende. Het Hof meende in een arrest van 23 oktober 1997 (zaak C-157/94, Commissie/Nederland) dat de instelling van dit monopolie neerkwam op een discriminerende regeling die in strijd is met artikel 31 (oud: 37) EG-Verdrag (rov. 23 en 24). Aan een toetsing van de betrokken regeling aan artikel 86 (oud: 90) lid 2 EG kwam het Hof overigens niet toe, omdat het betrokken Commissie-beroep op andere gronden – die betrekking hadden op de stellingname van de Commissie gedurende de diverse schriftelijke fases van de infractieprocedure – werd afgewezen.

In het arrest Sodemare van 17 juni 1997 (zaak C-70/95, Jur. 1997 I-3395) kwam het Hof tot de conclusie dat een regeling – het ging om Italiaanse wetgeving – die alleen aan particuliere aanbieders zonder winstoogmerk toestaat om deel te nemen aan de uitvoering van het nationale stelsel van sociale bijstand (d.m.v. het sluiten van overeenkomsten die recht geven op vergoeding door de overheid van de kosten van sociale dienstverlening op het gebied van de gezondheidszorg), niet in strijd kwam met de artikelen 43 (oud: 52) en 48 (oud: 58) EG-Verdrag (rov. 23-35).

Daarentegen stelde het Hof in arresten van 2 april 1998 in de zaken Decker (zaak C-120/95, Jur. 1998 I-1831) en Kohll (zaak C-158/96, Jur. 1998 I-1931) vast dat een nationaal vereiste krachtens welke in het buitenland gemaakte ziektekosten alleen met de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de bevoegde nationale – *in casu* Luxemburgse – autoriteiten vergoed worden, in strijd was met de artikelen 28 (oud: 30) respectievelijk 48 (oud: 59) EG-Verdrag. Daarbij verdient opmerking dat het in de zaak Decker ging om de vergoeding van de kosten van aanschaf van een bril en in de zaak Kohll om de kosten van een orthodontische behandeling. In een recent arrest (zaak C-18/95, arrest van 26 januari 1999 (Terhoeve), n.n.g.) betreffende nationale stelsels van sociale zekerheid stelt het Hof, met verwijzing naar de twee zojuist genoemde uitspraken, nog eens vast dat, terwijl de lidstaten bij gebreke van harmonisatie op communautair niveau bevoegd zijn de voorwaarden vast te stellen waaronder een persoon zich kan of moet aansluiten bij een stelsel van sociale zekerheid, de lidstaten niettemin bij de uitoefening van die bevoegdheid het gemeenschapsrecht dienen te eerbiedigen (rov. 34).

Een ander voorbeeld is het arrest van 23 oktober 1997 in de zaak C-189/95 (Franzén, Jur. 1997 I-5909) betreffende het Zweedse wettelijke monopolie op de verkoop van alcoholhoudende dranken, wijn en zwaar bier. Hier erkende het

Hof dat een nationaal monopolie op de detailverkoop van alcoholhoudende dranken, in zoverre het de volksgezondheid tegen de nadelige gevolgen van alcoholgebruik beoogt te beschermen, een doel van algemeen belang dient (rov. 41). Daarentegen meende het Hof dat de nationale – *in casu* Zweedse – bepalingen die de invoer van alcoholhoudende dranken voorbehouden aan ondernemers die houder zijn van een productie- of groothandelsvergunning, in strijd kwamen met de artikelen 28 (oud: 30) en 30 (oud: 36) EG-Verdrag.

#### 4.4.3 INBREUK VAN INSTELLING ZELF

Behalve dat de toepassing van nationale regelgeving inbreuken op het grensoverschrijdend verkeer teweeg kan brengen, bestaat natuurlijk ook de mogelijkheid dat de – geprivatiseerde of verzelfstandigde – instelling zelf, in het kader van haar bedrijfsvoering, zich schuldig maakt aan discriminaties of andersoortige belemmerende handelingen, ook al vloeit zo'n gedrag niet, althans niet rechtstreeks, voort uit de toepasselijke regelgeving (Steyger 1996: 79). In hoeverre de overheid op een dergelijk optreden van de – geprivatiseerde of verzelfstandigde – instelling aangesproken kan worden, zal afhangen van de mate waarin de overheid in staat is invloed, of toezicht, op de bedrijfsvoering van de betrokken organisatie uit te oefenen. Is er sprake van zo'n, al is het maar potentieel, toezicht of invloed, dan dient de overheid, in het kader van het verzelfstandigings- of privatiseringsproces, te bevorderen dat de organisatie zich 'aan de wet' zal houden respectievelijk zich het recht voor te behouden om bepaalde bevoegdheden weer 'terug' te nemen. Eerst wanneer vastgesteld kan worden dat de overheid geen enkele band met de organisatie onderhoudt dan wel de organisatie geheel zelfstandig op de markt kan opereren, berust de verantwoordelijkheid voor het optreden alleen bij de instelling zelf.

In de praktijk zal een beoordeling per geval noodzakelijk zijn. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Centro Servizi Spediporto* (zaak C-96/94, arrest van 5 oktober 1995, Jur. 1995 I-2883) dat de artikelen 3 sub g, 5, 85, 86 en 90 (nieuw: 3 sub g, 10, 81, 82 en 86) alsmede artikel 30 (nieuw: 28) EG-Verdrag zich er niet tegen verzetten dat een regeling van een lidstaat bepaalt dat tarieven voor goederenvervoer over de weg door de overheid worden goedgekeurd en verbindend verklaard op basis van voorstellen van een comité. De meerderheid van de leden van het comité betrof vertegenwoordigers van de overheid, een minderheid vertegenwoordigde de belanghebbende marktdeelnemers. Het comité moest in zijn voorstellen een aantal criteria van openbaar belang in acht nemen. Alvorens de voorstellen goed te keuren, diende de overheid rekening te houden met de opmerkingen van andere openbare en particuliere organisaties. De overheid kon zelfs de tarieven ambtshalve vaststellen (ook aangehaald in rov. 29 van het arrest van 1 oktober 1998 in de zaak C-38/97, *Librandi*).

Een variant deed zich voor in een (alweer oudere) zaak, door de Commissie aangespannen tegen Ierland, naar aanleiding van een 'buy Irish' campagne van de Irish Goods Council (zaak 249/81, arrest van 24 november 1982 (Commissie/

Ierland), Jur. 1982 4005). Het Hof meende niet alleen dat deze campagne een belemmerend effect op het grensoverschrijdende handelsverkeer kon hebben en om deze reden verboden moest worden geacht. Het oordeelde ook dat de Ierse regering hiervoor verantwoordelijk kon worden gehouden. Immers, zo stelde het Hof vast, de regering benoemde de leden van de Council, verleende aan de Council overheidssubsidies die de kosten grotendeels dekken en bepaalde de doelstellingen en algemene opzet van de door de Council gevoerde campagne ter bevordering van de aan- en verkoop van Ierse producten (rov. 15).

## 4.5 GEVOLGEN VAN NIET-NALEVING

### 4.5.1 TOEZICHT OP NALEVING

In het Europese recht berust het primaire toezicht op het handelen van de lidstaten bij de Commissie. Het gaat hier om de taak van de Commissie als ‘gardien du Traité’: artikel 211 (oud: 155), 1e ‘streepje’, EG.<sup>13</sup> In het kader van de uitoefening van deze toezichthoudende taak kan de Commissie een nalatige lidstaat voor het Hof aanspreken in het kader van de zogenoemde infractieprocedure.<sup>14</sup>

Waar het de verhouding met de lidstaten betreft, is de centrale overheid van de lidstaten het aanspreekpunt voor de Commissie. Met andere woorden, ‘Brussel’ heeft in beginsel alleen te maken met de ‘lidstaat’ zelf en niet met individuele onderdelen of organen daarvan. Brussel bemoeit zich derhalve niet met de wijze waarop de lidstaten uitvoering geven aan hun verdragsrechtelijke verplichtingen respectievelijk welke organen of instanties daarbij betrokken worden, zolang de implementatie maar op de juiste wijze en op tijd geschiedt. Zo niet, dan kan ‘Brussel’ volstaan zich te wenden tot de centrale overheid, als jegens de Gemeenschap verantwoordelijke autoriteit. Omgekeerd kan de nationale centrale overheid zich jegens ‘Brussel’ niet disculperen door bepaalde taken of verantwoordelijkheden ‘uit te besteden’ aan andere actoren. Hoe de verantwoordelijkheden uiteindelijk uitvallen tussen de centrale en decentrale overheid respectievelijk andere instanties die bij het implementatieproces zijn betrokken, is een puur interne aangelegenheid van de lidstaten en wordt ook door de interne voorschriften van de lidstaten bepaald.

In het kader van de discussie inzake verzelfstandiging, liberalisering en privatisering betekent dit dat de centrale overheid door ‘Brussel’ verantwoordelijk kan worden gehouden voor de juiste nakoming van haar verdragsverplichtingen, voorzover die verplichtingen althans rechtstreeks tot de lidstaten zijn gericht. Dit betekent evenzeer dat de centrale overheid zich, waar het gaat om het optreden van verzelfstandigde of geprivatiseerde instellingen, alleen kan disculperen indien zij kan aantonen dat haar geen verantwoordelijkheid treft voor het optreden van de desbetreffende instelling. Dit zal in de regel alleen het geval kunnen zijn indien aannemelijk is dat zijdens de overheid geen enkele invloed (meer) op het handelen van zo’n instelling (via financiering, toezicht of benoemingen) wordt of kan worden uitgeoefend.

Wordt een lidstaat in het kader van een infractieprocedure door het Hof van Justitie veroordeeld, dan is deze staat gehouden al die maatregelen te nemen die nodig zijn om uitvoering te geven aan het desbetreffende arrest: artikel 228 (oud: 171), lid 1, EG-Verdrag. Blijft een lidstaat daarmee in gebreke, dan kan de Commissie tegen de betrokken lidstaat een tweede procedure bij het Hof ahangig maken: artikel 228, lid 2, EG. Zou het Hof dan vaststellen dat de lidstaat het eerdere arrest niet heeft uitgevoerd en zou de lidstaat in dat verband andermaal veroordeeld worden, dan kan het Hof aan die tweede veroordeling de betaling van een forfaitaire som of een dwangsom verbinden: artikel 228 (oud: 171) lid 2, 2e en 3e alinea, EG-Verdrag.<sup>15</sup>

#### 4.5.2 VERANTWOORDELIJKHEID NATIONALE RECHTER

Ook op de nationale rechter berust, als orgaan van de staat, een verantwoordelijkheid om het Europese recht een ‘nuttige werking’ te geven. Hier zijn de implicaties van de verplichting inzake Gemeenschapstrouw, neergelegd in artikel 10 (oud: 5) EG-Verdrag, van belang. In dit verband valt te denken aan aanknopingspunten met – door het Hof van Justitie ontwikkelde – beginselen zoals rechtstreekse werking, ‘gemeenschapsrecht conforme’ interpretatie van het nationale recht, alsmede overheidsaansprakelijkheid.

Ter illustratie van deze verantwoordelijkheid van de nationale rechter kan worden gewezen op de rechtspraak van het Hof van Justitie waar het gaat om de gevolgen, voor concurrente ondernemers, wanneer de overheid de aanbestedingsrichtlijnen van de EG niet dan wel niet-correct heeft toegepast (bijv. arrest van 4 maart 1999 in de zaak C-258/97, Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik/Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft, n.n.g.). Zo heeft het Hof, in gevallen waarin een lidstaat heeft nagelaten vereiste uitvoeringsmaatregelen vast te stellen of maatregelen heeft vastgesteld die niet in overeenstemming zijn met een richtlijn, onder bepaalde voorwaarden het recht van justitiabelen erkend om zich in rechte op een richtlijn te beroepen tegenover een lidstaat die zijn verplichtingen niet nakomt. Hoewel, zo voegt het Hof hieraan toe, deze minimumwaarborg geen rechtvaardiging kan vormen voor het verzuim van een lidstaat om tijdig de aan het doel van elke richtlijn beantwoordende uitvoeringsmaatregelen te treffen, kan hij niettemin tot gevolg hebben dat de justitiabelen zich tegenover een lidstaat op de materiële bepalingen van de desbetreffende richtlijn kunnen beroepen (zaak C-258/97 (Hospital Ingenieure), rov. 26; daar is ook gewezen op rov. 44 van het arrest van 17 september 1997 in de zaak C-54/96 (Dorsch Consult), Jur. 1997 I-4961). Het Hof doelt hier op de doctrine van de ‘rechtstreekse werking’, de mogelijkheid voor justitiabelen om zich jegens de overheid rechtstreeks op gemeenschapsrechtelijke bepalingen te beroepen in situaties waarin – ingevolge een vaste rechtspraak – het betrokken Europeesrechtelijke voorschrift inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is (zaak 8/81 (Becker), blz. 53; zaak 152/84 (Marshall), rov. 46).

Voorts heeft het Hof in herinnering gebracht dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de lidstaten om het met die richtlijn beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting van de lidstaten krachtens artikel 5 (nieuw: 10) EG-Verdrag om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, gelden voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Het Hof leidt hieruit af dat de nationale rechter, bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht en ongeacht of deze van eerdere of latere datum dan de richtlijn zijn, deze zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189 (nieuw: 249), derde alinea, van het Verdrag te voldoen (zaak C-258/97 (Hospital Ingenieure), rov. 25; daar is ook gewezen op rov. 43 van het arrest in de zaak C-54/96 (Dorsch Consult)). Deze beginselen staan in de doctrine wel bekend als '*gemeenschapsrecht conforme*' interpretatie van nationaal recht (zie ook: zaak C-106/89, arrest van 13 november 1990 (Marleasing), Jur. 1990 I-4135, rov. 8; zaak C-334/92, arrest van 16 december 1993 (Wagner Miret), Jur. 1993 I-6911, rov. 20; en zaak C-91/92, arrest van 14 juli 1994 (Faccini Dori), Jur. 1994 I-3325, rov. 26).

Ten slotte zij erop gewezen dat, indien nationale bepalingen niet in overeenstemming met de betrokken richtlijn kunnen worden uitgelegd, de belanghebbenden volgens de desbetreffende procedures van nationaal recht vergoeding kunnen vorderen van de schade die zij hebben geleden doordat de richtlijn niet binnen de gestelde termijn is omgezet (zaak C-258/97 (Hospital Ingenieure), reeds aangehaald, rov. 27; daar is ook gewezen op rov. 45 van het arrest in de zaak C-54/96 (Dorsch Consult), reeds aangehaald). Hier is derhalve het beginsel inzake '*overheidsaansprakelijkheid*' aan de orde.

#### 4.5.3 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

Wat het beginsel inzake overheidsaansprakelijkheid betreft: op zich behoeft niet te verbazen dat de overheid aansprakelijk kan worden gesteld indien, door het uitblijven van handelingen of door een onjuiste uitvoering van Europees-rechtelijke verplichtingen, voor anderen schade ontstaat. Het is echter goed te weten dat een dergelijk beginsel inzake overheidsaansprakelijkheid ook in het Europese recht tot ontwikkeling is gekomen. De eerste stap in deze doctrine is gezet door het arrest van 19 november 1991 in de gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich en Bonifaci; Jur. 1991 I-5357). In deze zaak was de niet-uitvoering, door een lidstaat, van een communautaire richtlijn aan de orde. Het Hof oordeelde dat een lidstaat aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit het niet-tijdig omzetten van een richtlijn indien de richtlijn beoogt om particulieren rechten toe te kennen (eerste voorwaarde); aan de hand van de richtlijn de inhoud van die rechten kan worden bepaald (tweede voorwaarde); en er een causaal verband bestaat tussen de geleden schade en de niet-omzetting van de richtlijn (derde voorwaarde) (rov. 40). De afwikkeling van zo'n schade-

actie is onderworpen aan de voorschriften van nationaal recht, zij het dat de voorwaarden daarvan *niet ongunstiger* mogen zijn dan de voorwaarden die voor soortgelijke nationale vorderingen gelden, en ook niet van dien aard mogen zijn dat zij het verkrijgen van schadevergoeding *nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk* maken (rov. 42 en 43).

Het communautaire beginsel inzake overheidsaansprakelijkheid is verder ontwikkeld en verfijnd in een aantal latere uitspraken (m.n. gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, arrest van 5 maart 1996 (Brasserie du Pêcheur en Factortame), Jur. 1996 I-1029; zaak C-392/93, arrest van 26 maart 1996 (British Telecom), Jur. 1996 I-1631; zaak C-5/94, arrest van 23 mei 1996 (Hedley Lomas), Jur. 1996 I-2553; en gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, arrest van 8 oktober 1996 (Dillenkofer e.a.), Jur. 1996 I-4867). In het kader van die verfijning heeft het Hof een parallel getrokken met de voorwaarden en criteria die in zijn jurisprudentie inzake niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap zelf zijn vastgesteld: zie artikel 288 (oud: 215), tweede alinea, EG-Verdrag.<sup>16</sup> Deze verfijningen in aanmerking genomen, komt de rechtspraak van het Hof erop neer dat de lidstaat daadwerkelijk aansprakelijk kan worden gesteld in gevallen waarin het gemeenschapsrecht ‘duidelijk’ is<sup>17</sup> en, evenzeer, vaststaat dat de lidstaat in gebreke is gebleven. Is de situatie daarentegen gemeenschapsrechtelijk onduidelijk of beschikt de lidstaat in het kader van de naleving over een zekere discretionaire vrijheid, dan treedt aansprakelijkheid alleen op indien sprake is van een ‘voldoende gekwalificeerde’ inbreuk (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur en Factortame), rov. 55). Terzelfder tijd dient te zijn voldaan aan twee randvoorwaarden: een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren een recht toe te kennen, dient geschonden te zijn en er dient sprake te zijn van een direct causaal verband tussen de schending van deze rechtsregel en de door de benadeelde geleden schade (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur en Factortame), rov. 51).

Om vast te stellen of een schending van gemeenschapsrecht ‘voldoende gekwalificeerd’ is, wordt als beslissend criterium gehanteerd de ‘kennelijke en ernstige’ miskennis – door een lidstaat zo goed als door een gemeenschapsinstelling – van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur en Factortame), rov. 55). Elementen die in dit verband door de bevoegde rechterlijke instantie in de beschouwing kunnen worden betrokken, zijn onder meer: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale of gemeenschapsinstelling laat, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is, de omstandigheid dat de handelswijze van de gemeenschapsinstelling heeft kunnen bijdragen tot het verzuim, en de vaststelling van met het gemeenschapsrecht strijdige praktijken of nationale maatregelen (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur en Factortame), rov. 56).

Hoewel het beginsel inzake overheidsaansprakelijkheid tot ontwikkeling is gekomen in een andere juridische context, spreekt het voor zich dat dit beginsel en de daarbij in acht te nemen criteria – *mutatis mutandis* – toegepast kunnen worden in het kader van ontwikkelingen, op nationaal niveau, inzake verzelfstandiging, liberalisering en privatisering.

#### 4.6 BEKNOPTE SAMENVATTING EN SLOTOPMERKINGEN

In het kader van de discussie over *verzelfstandiging*, *liberalisering* en *privatisering* op nationaal niveau, moet rekening worden gehouden met een aantal Europeesrechtelijke aspecten. Hoewel namelijk het EG-recht zich in beginsel niet bemoeit met de wijze waarop een lidstaat zijn overheidsorganisatie inricht, dienen daarbij wel bepaalde randvoorwaarden in acht te worden genomen. Deze betreffen in het bijzonder de verplichtingen die op de lidstaten rusten uit hoofde van het gemeenschapsrecht inzake *mededinging* en *interne markt*.

Teneinde de implicaties van het gemeenschapsrecht op deze terreinen goed te kunnen inschatten, is van belang goed te onderkennen dat het begrip ‘overheid’ gemeenschapsrechtelijk ruim is op te vatten. Behalve de centrale en decentrale overheid vallen hieronder ook instellingen, op de bedrijfsvoering waarvan de overheid een mate van invloed (via financiering, toezicht of benoemingen) kan uitoefenen. In zijn rechtspraak gaat het Hof van Justitie in dit verband uit van een ‘functionele’ interpretatie, waarbij niet zozeer wordt gekeken naar de rechtsvorm van een marktdeelnemer, doch naar de activiteiten die de marktdeelnemer verricht. Voorbeelden van deze ruime interpretatie zijn met name te vinden in het communautaire aanbestedingsrecht. Deze ruime uitleg van het ‘overheids’-begrip brengt met zich mee dat de verplichtingen die krachtens primair en/of secundair gemeenschapsrecht op de lidstaat rusten, evenzeer een breed bereik hebben.

Het Europese *mededingingsrecht* heeft een ruime werkingssfeer. Voor de onderhavige vraagstelling komt het er in essentie op neer dat de mededingingsregels (alleen) niet van toepassing zijn op de uitoefening van specifieke overheids-taken. Ook het begrip ‘*onderneming*’ heeft in de jurisprudentie van het Hof van Justitie een extensieve uitleg gekregen. Ook hier volgt het Hof een ‘functionele’ interpretatie, hetgeen wil zeggen dat beoordeeld wordt of een activiteit in beginsel (ook) door een particuliere onderneming zou kunnen worden verricht. In het kader van deze appreciatie worden de door het gemeenschapsrecht erkende uitzonderingen inzake, bijvoorbeeld, de uitoefening van overheidsgezag respectievelijk de verrichting van openbare nutstaken ingevolge de jurisprudentie van het Hof daarentegen juist strikt en, daardoor, eng uitgelegd.

De ‘brede’ interpretatie zowel van het overheidsbegrip als van het begrip ‘*onderneming*’ brengt met zich mee dat de overheid, in het kader van haar optreden, in het algemeen het ‘normale’ mededingingsregime van het Verdrag dient te eerbiedigen. Het gaat dan in wezen om het optreden van de overheid, via overheids-

bedrijven, publieke instellingen dan wel ‘gewone’ ondernemingen, als ‘normale’ ondernemer op de markt. De ‘brede’ interpretatie van het begrip ‘onderneming’ heeft meer in het bijzonder tot gevolg dat, behoudens bijzondere situaties waarbij het in de regel overigens ook nog aan de overheid zelf is om de behoefte aan bescherming aannemelijk te maken (vgl. de problematiek van artikel 86 (oud: 90) lid 2 EG), marktwerking reeds in volle omvang kan worden afgedwongen.

In de praktijk moet tevens met – wat genoemd wordt – ‘*tussenvormen*’ rekening worden gehouden. Indien bijvoorbeeld een bedrijf voor een deel is belast met de vervulling van een overheidstaak, doch voor een ander deel commercieel op de markt kan optreden, moet worden opgepast dat de bescherming die het bedrijf kan ontlenen aan de behartiging van de algemene belangstaak, niet mede wordt aangewend in het kader van de activiteiten die het bedrijf ‘op de markt’, in concurrentie met anderen, verricht. ‘Kruissubsidiëring’ is in dit verband een gekend voorbeeld. Als tweede voorbeeld is genoemd het bedrijf dat weliswaar een openbare nutsfunctie vervult, doch die verricht (al is het maar voor een deel) in concurrentie met anderen. De aanwezigheid van concurrentie op de markt kan er op duiden dat in werkelijkheid van een openbare nutstaak geen sprake is, zodat ook een behoefte aan bescherming niet aanwezig is.

Tevens is uiteengezet dat de overheid ook op andere wijze dan door zelf actief op de markt op te treden, in conflict kan komen met het Europese mededingingsrecht. Als voorbeelden zijn genoemd het optreden van de *overheid als wetgever* en overheidshandelingen die de *verstrekking van steun* betreffen. In het kader van de onderhavige discussie betekent dit dat niet kan worden geaccepteerd dat aan verzelfstandigde of geprivatiseerde instellingen ‘voordelen’ worden toegekend die aan concurrenten worden onthouden.

In het kader van de werking van de *interne markt* zijn in het bijzonder de voorschriften inzake de fundamentele beginselen inzake het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal van belang. De werking van deze vrijheden kan de vrijheid van de lidstaat beperken, wanneer die maatregelen inzake marktwerking wil treffen. Meer in het bijzonder valt te denken aan bepaalde modaliteiten, waarmee een verzelfstandiging of privatisering gepaard gaat en die voor anderen die op de desbetreffende markt werkzaam zijn, belemmeringen voor hun bedrijfsvoering (kunnen) opleveren. In dit laatste verband zijn weer verschillende vormen te onderkennen: belemmeringen die het rechtstreekse gevolg zijn van de – voor de verzelfstandiging of privatisering gekozen – modaliteiten of belemmeringen die het – verzelfstandigde of geprivatiseerde – bedrijf zelf teweegbrengt.

Op het doen en laten van de nationale overheid wordt in het systeem van het gemeenschapsrecht primair toezicht gehouden door de *Commissie*. In dat verband heeft de Commissie in beginsel alleen te maken met de centrale nationale overheid, en niet met individuele onderdelen of organen daarvan. In het kader van het ‘op afstand’ zetten of privatiseren van taken betekent dit dat de centrale



overheid zich goed moet afvragen of voldoende verzekerd is dat zij die verantwoordelijkheid kan waarmaken. Ten opzichte van 'Brussel' kan zij zich immers niet disculperen met de stelling dat zij geen invloed heeft op uitvoerende instellingen.

Marktwerking kan ook worden geëffectueerd omdat op de *nationale rechter*, als orgaan van de lidstaat, de verplichting rust om Europees recht jegens natuurlijke en rechtspersonen een 'nuttige werking' te geven. Dit kan door gemeenschapsrechtelijke bepalingen die voldoen aan de criteria voor rechtstreekse werking, rechtstreeks toe te passen, ofwel door het nationale recht zoveel mogelijk 'gemeenschapsrecht conform' uit te leggen en toe te passen. In diezelfde context zij ook nog de consequentie van *overheidsaansprakelijkheid* aangestipt, in gevallen namelijk waarin de overheid zich heeft schuldig gemaakt aan 'evidente' schendingen van gemeenschapsrecht.

Ten slotte zij aangetekend dat de overheid de reeds beperkte marges om de vervulling van algemeen-belangstaken te beschermen, verder versmalt door, al is het maar geleidelijk, in die 'beschermde' sectoren meer marktwerking toe te staan. In wezen komt het erop neer dat, wanneer eenmaal de overheid geacht kan worden 'afstand' te doen van een aanspraak op bescherming, de onmiddellijke doorwerking van de marktwerking in de betrokken sector moeilijk kan worden tegengehouden.

## NOTEN

- 1 Prof.mr. J.W. de Zwaan is hoogleraar Recht van de Europese Unie aan de Erasmus  
Universiteit Rotterdam.
- 2 In deze studie wordt uitgegaan van de nummering van de verdragsbepalingen zoals die  
zal luiden na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam. Waar nodig is tussen  
'haakjes' het oude nummer aangegeven.
- 3 Omdat deze notitie de Europeesrechtelijke aspecten behandelt van processen als verzelf-  
standiging, liberalisering en privatisering, zal de Nederlandse mededingingswetgeving  
die per 1 januari 1998 in werking is getreden, hier niet besproken worden
- 4 Het gaat in het bijzonder om: Richtlijnen 71/305 (Pb L 185 van 16 augustus 1971, blz. 5) en  
93/37 (Pb L 199 van 9 augustus 1993, blz. 54) inzake overheidsopdrachten voor werken;  
Richtlijn 93/36 (Pb L 199 van 9 augustus 1993, blz. 1) inzake overheidsopdrachten voor  
leveringen; Richtlijn 92/50 (Pb L 209 van 24 juli 1992, blz. 1) inzake overheidsopdrach-  
ten voor dienstverlening; en Richtlijn 93/38 (Pb L 199 van 9 augustus 1993, blz. 84)  
inzake overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en  
telecommunicatie.
- 5 Voorbeelden zijn artikel 42, eerste alinea, EG betreffende de landbouw; artikel 223, lid 1  
sub b, EG met betrekking tot militair materieel; en – aldus Advocaat-Generaal Jacobs in  
zijn, nog niet gepubliceerde, conclusie van 28 januari 1999 in de zaak C-67/96 (Albany  
International), de gevoegde zaken C-115, 116 en 117/97 (Brentjes' Handelonderneming)  
en zaak C-219/97 (Maatschappij Drijvende Bokken) – 'tot op zekere hoogte' artikel 90,  
lid 2, EG met betrekking tot ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten  
van algemeen economisch belang (of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie).
- 6 Dergelijke interventies van de overheid zouden de vorm kunnen aannemen van:  
financiering van of subsidieverlening aan de publieke onderneming; het verlenen van een  
indirect voordeel, bijv. het geven van een fiscaal voordeel of het beschikbaar stellen van  
infrastructuur; het verlenen van een exclusief recht.
- 7 Officieel geheten: Richtlijn 80/723 van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de  
doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven,  
Pb L 195 van 29 juli 1980, blz. 35. Een beroep van een aantal lidstaten, gericht tegen de  
totstandkoming van de richtlijn, werd door het Hof afgewezen: arrest van 6 juli 1982,  
gevoegde zaken 188-190/80 (Franse Republiek, Italiaanse Republiek en Verenigd  
Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland/Commissie), Jur. 1982 2545.
- 8 Het derde lid van artikel 90 (nieuw: 86) EG verleent de Commissie de mogelijkheid om,  
in het kader van het toezicht op de naleving van dit artikel, richtlijnen of beschikkingen  
tot de lidstaten te richten.
- 9 Zie bijvoorbeeld NRC van 3 februari 1999, blz. 18 ('Nederland is iets te liberaal,  
hoe Nederlandse nutsbedrijven de een na de ander in buitenlandse handen vallen);  
NRC van 15 februari 1999, blz. 7 ('Aarzelende liberalisatie drijft nutsbedrijven in buiten-  
landse handen'); NRC van 23 maart 1999, blz. 7 ('Nederland liberaliseert met de kop in het  
zand'); NRC van 25 maart 1999 (Egbert Kalse, 'Liberalisering nu in teken poldermodel').
- 10 Zie bijvoorbeeld zaak C-8/72 (Vereniging van Cementhandelaren/Commissie), Jur. 1972  
977. Daarentegen ontkomt een overeenkomst aan het verbod van artikel 85 (nieuw: 81),  
wanneer zij de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt: zie, recentelijk, arrest van  
21 januari 1999, gevoegde zaken C-215/96 en C-216/96 (Bagnasco e.a.), n.n.g., rov. 34.

- 11 De interne markt wordt in artikel 14 (oud: 7 A), 2e alinea, EG-verdrag omschreven als een “ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag”. De primaire rechtsbasis voor de vaststelling van voorschriften ter verwezenlijking van de Interne Markt is artikel 95 (oud: 100 A) EG. Recentelijk is een notificatieprocedure betreffende meldingen van belemmeringen van het vrij verkeer van goederen tot stand gekomen: Verordening 2679/98 van de Raad van 7 december 1998, Pb L 337 van 12 december 1998, blz. 8.
- 12 Zie met name de artikelen 28-31 (oud: 30-37, goederenverkeer), de artikelen 39-42 (oud: 48-51, werknemers), de artikelen 43-48 (oud: 52-58, vestiging), de artikelen 49-55 (oud: 59-66, diensten) en de artikelen 56-60 (oud: 73 B-73 G, kapitaal en betalingsverkeer). Een vrij extreem voorbeeld waarbij een lidstaat verantwoordelijk werd gehouden voor het handelen, zelfs, van particulieren, is het arrest van 9 december 1997 in de zaak C-265/95 (Commissie/Frankrijk), Jur. 1997 I-6959. De zaak betrof een verwijt van nalatigheid aan het adres van de Franse Regering toen die niet optrad tegen, systematische, vernielingsacties van de zijde van Franse landbouwers tegen vrachtwagens en landbouwproducten uit het buitenland.
- 13 De aanhef en eerste ‘streepje’ van deze bepaling luiden: “Ten einde de werking en de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt te verzekeren: - ziet de Commissie toe op de toepassing zowel van de bepalingen van dit Verdrag als van de bepalingen welke de instellingen krachtens dit Verdrag vaststellen.”
- 14 Zie voor de verschillende fases van de procedure: artikel 226 (oud: 169) EG-Verdrag.
- 15 Tot dusverre is deze mogelijkheid tot het opleggen van een financiële sanctie, die door het Verdrag van Maastricht is geïntroduceerd, nog niet toegepast. Bij het Hof is momenteel wel een aantal zaken aanhangig, waarin de Commissie om oplegging van dergelijke sancties vraagt.
- 16 Deze bepaling luidt als volgt: “Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Gemeenschap overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt”. Mooie voorbeelden van arresten waarin het Hof zijn doctrine inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap heeft ontwikkeld, zijn het arrest van 2 december 1971 in de gevoegde zaken C-5/71 (Schöppenstedt), Jur. 1971 975, en het arrest van 25 mei 1978 in de gevoegde zaken C-83/76, 94/76, 4/77, 15/77 en 40/77 (Bayerische HNL), Jur. 1978 1209.
- 17 Een ‘duidelijke’ inbreuk is, bijvoorbeeld, aanwezig in geval van een evidente niet-uitvoering van een richtlijn en zulks door het Hof in een arrest is vastgesteld, of indien de betekenis van een gemeenschapsrechtelijk voorschrift voldoende kenbaar is uit eerdere rechtspraak van het Hof (de doctrine van de ‘acte clair’ respectievelijk van de ‘acte éclairé’). Zie ook de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur en Factortame), reeds aangehaald, rov. 57.

**LITERATUUR**

- Akyürek-Kievits, H.E. (1998) *Tussen protectie en concurrentie*, Europese Monografieën nr. 56, Deventer: Kluwer.
- Asser Instituut Colloquium Europees recht (1998) *Artikel 90 en de privatisering van Nederlandse publieke ondernemingen*, 27e zitting 1997, T.M.C. Asser Instituut, Den Haag.
- Bellamy and Child (1993), *Common Market Law of Competition*, London.
- Essers, M.J.J.M. (1998) 'Het begrip 'publiekrechtelijke instelling' nogmaals onder de loep', NTER 1998: 65-68.
- Gerven, W. van, L. Gyselen, M. Maresceau en J. Stuyk (1997) *Kartelrecht II*, Deventer.
- Hancher, L., T. Ottervanger en P.J. Slot (1993) *EC State Aids*, Chichester.
- Hessel en Mortelmans (1997) *Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland*, Deventer.
- Kortenbach-Buys, I.L. (1999) 'Uitspraak in de zaak Gemeenten Arnhem en Rheden/BFI', NTER 1999: 5-8.
- Steyger, E. (1996) *Wringend recht. Doorwerking van het gemeenschapsrecht gezien vanuit het perspectief van de nationale overheid*, VER-reeks 116.
- Eindrapport van de Werkgroep Markt en Overheid ('rapport Cohen') (1997) betreffende het Project Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.
- Pijnacker Hordijk, E.P.H. en T.M. Snoep (1996) 'De overheid als ondernemer, Kanttekeningen vanuit mededingsrechtelijk perspectief', NJB 14 juni 1996, 24: 923-929.

## 5 INFORMATIE- EN COMMUNICATIETECHNOLOGIE EN DE ORGANISATIE VAN PUBLIEKE TAAKBEHARTIGING

*F.J.P.M. Hoefnagel*

### 5.1 HET BELANG VAN INFORMATIE VOOR VRAGEN VAN OPENBAAR BESTUUR

In zijn gezaghebbend boek over de geschiedenis van het openbaar bestuur, stelt Finer (1997) dat pas sinds eind vorige eeuw sprake is van werkelijk effectief openbaar bestuur. De nieuwe informatie- en communicatietechnieken (ICT), die toen voorhanden kwamen, waren hierbij cruciaal. Voordien was openbaar bestuur vooral symbolisch. Ook in vele bestuurskundige theorieën over met name vragen van effectieve uitvoering komt het informatieaspect als cruciale factor naar voren.

Zo berust het principaal-agentmodel dat aan veel verzelfstandigingsoperaties ten grondslag ligt, op het idee van een informatievoorsprong van de agent. Tegelijkertijd maakt deze informatieasymmetrie het model ook kwetsbaar. De principaal is lang niet altijd in staat om de meest efficiënte agent te kiezen en de agent kan misbruik maken van zijn voorsprong door zich aan zijn taakstelling te onttrekken en eigen doelen na te streven op kosten van de principaal. De principaal heeft meerdere wegen om dit te voorkomen: hij koppelt de beloning van de agent direct aan de zichtbaar gemaakte prestatie of hij zorgt voor beter toezicht en controle en dwingt de agent tot het geven van adequate informatie over zijn keuzegedrag en taakuitoefening.

Lipsky wijst erop dat de uitvoerende ambtenaar met complexe problemen wordt geconfronteerd waar de centrale beleidsbepaler veelal geen weet van heeft. Het is eerstgenoemde feitelijk veelal onmogelijk de regels zonder meer uit te voeren. Veelal is hij ook gedwongen om op zijn eigen manier een weg te vinden en een eigen beleidsruimte te scheppen. Als deze informatie over de complexiteit van de uitvoering niet naar boven komt en de centrale beleidsbepaler hier geen weet van heeft, dan wel de centrale beleidsbepaler niet wil luisteren naar de bureaucraat van de straat, treedt verlies van beleidseffectiviteit op.

In al deze gevallen is het niet delen dan wel het niet willen delen van informatie in de relatie tussen de verschillende beleidsniveaus en actoren een cruciale factor.

Ten slotte is het onderscheid tussen harde en zachte informatie van belang. De systemen van geautomatiseerde informatieverwerking betreffen vooral harde gegevens. Mintzberg heeft onderzocht hoezeer de beeld- en meningsvorming van managers worden bepaald door de zachte, speculatieve en gefragmenteerde informatie die in de informele wandelingen wordt opgedaan. *De facto* is de harde officiële informatie die door allerlei beslissingsondersteunende informatiesystemen wordt 'uitgespuugd' van minder belang. De beperkte

toegang tot deze zachte informatie is een schaars goed. De roddels van vandaag zijn vaak de voor de toekomst meest relevante informatie. Dit betekent dat men zich niet al te sterk moet fixeren op de formele stelsels van verwerking van harde informatie die door ICT worden geperfectioneerd.

Het lijkt dus zinvol onderscheid te maken tussen ICT als techniek van verwerking, opslag, verwerking en deling van informatie en de informatie-architectuur, de feitelijke patronen van informatie, die bepalen wie op welk tijdstip toegang heeft tot welke informatie, welke actoren binnen en tussen organisaties informatie met elkaar kunnen en willen delen en wat de kwaliteit van de informatie is. Voor het functioneren van organisaties is juist deze informatie-architectuur en niet ICT als zodanig de cruciale factor. Wanneer een feitelijke informatieasymmetrie tussen beleidsactoren in een organisatie niet wordt onderkend – actoren worden wel geacht informatie te delen, maar doen dit in feite niet –, leidt dit tot verlies van effectiviteit. Bij publieke taakbehartiging kunnen dan bovendien meer normatieve eisen van goed bestuur in het gedrang komen. Als bijvoorbeeld de centrale beleidsbepaler geheel blind is voor de informatievoorsprong die de uitvoerder van publieke taken *de facto* heeft en de beleidsbepaler uitgaat van de fictie dat de uitvoerder geacht wordt de wet mechanisch uit te voeren, kan de uitvoerder de feitelijke beleidsruimte ook naar eigen willekeur gebruiken. In dat geval zijn de rechtszekerheid en -gelijkheid alleen in de regels zelf te vinden en niet in het beleidsproduct. Dit punt is vooral van belang omdat veel klassieke vormen van hiërarchische sturing uitgaan van de assumptie dat de centrale beleidsbepalende instantie bij uitstek de volledige informatie heeft om het geheel te besturen. ICT is als techniek meer indirect van belang, omdat zij allerlei nieuwe vormen van informatiearchitectuur mogelijk maakt.

## 5.2 ENIGE METHODOLOGISCHE OVERWEGINGEN

Het zoeken naar een eenduidige theorie over de betekenis van ICT voor de organisatie van publieke taken is, gegeven deze indirecte werking, vrij vruchteloos. ICT maakt immers een variëteit van nieuwe informatiepatronen mogelijk. Bij de keuze in een specifieke situatie zullen veelal overwegingen domineren die weinig met de techniek als zodanig te maken hebben.

Er zijn aanvullende redenen die ervoor pleiten om van zo'n theorie af te zien.

Allereerst is ICT zelf in het geheel geen eenduidig begrip. Het is een open deur, maar het moet wel gezegd worden: de technologische ontwikkeling is geen lineaire beweging. Iedere fase van technologische ontwikkeling heeft haar eigen karakter. Zijn bijvoorbeeld veel huidige theorieën over de relatie tussen ICT en bestuur niet nog te sterk gebaseerd op de periode vóór Internet, een systeem dat vooral gezien zijn decentraal karakter geheel nieuwe implicaties heeft? Ten tweede zijn de implicaties in hoge mate afhankelijk van de fase van maatschappelijke acceptatie: is ICT een hobby van enkelen, één van de vele geaccepteerde vormen van verkeer tussen mensen en organisaties dan wel dé algemeen geldende verkeersvorm?

In meer algemene zin kan worden gesteld dat de implicaties in hoge mate door de situatiegebonden context worden bepaald. Introductie en specifieke toepassingen van ICT hangen af van en hebben invloed op de specifieke context. Er is sprake van een wederkerige beïnvloeding: het door ICT gestuurde informatiseringsproces en de ontwikkelingen binnen een context interacteren (Scheepers 1998: 42). Om deze redenen willen Van der Donk en Snellen (1998: 9) dan ook niet weten van een directe, algemene causaliteitsrelatie tussen ICT en openbaar bestuur. ICT moet vooral gezien worden als ‘attractor’: zij begunstigt meer of minder autonome politieke, beleids- en juridische ontwikkelingen.

Reflectie op de bestuurlijke gevolgen van ICT vraagt eerder om denken in termen van eventualiteit, voorwaardelijkheid en waarschijnlijkheid in de relatie ICT, maatschappelijke context en bestuur dan om causaal-deterministische redeneringen. Het feit dat geen eenduidig inhoudelijk perspectief kan worden geschetst, hoeft evenwel niet de mogelijkheid uit te sluiten om methodische handreikingen te formuleren die leiden tot een meer doordachte bestuurlijke anticipatie op de ICT-factor in een concrete handelings situatie of sector. Een poging om de aldus geformuleerde centrale vraag van de studie te beantwoorden, wordt in paragraaf 5.6 ondernomen. Maar eerst is het zinvol na te gaan wat ICT in haar huidige stadium als techniek inhoudt en hoe ICT door de overheid feitelijk wordt ingezet. Dit gebeurt in paragraaf 5.3 en 5.4.

### 5.3 HUIDIGE ONTWIKKELINGEN EN KARAKTERISTIEKEN VAN ICT

#### *Ontwikkelingen*

Er is een ontwikkeling gaande in de richting van steeds kleinere en krachtiger wordende informatiesystemen; het tijdperk van de grote gecentraliseerde systemen is voorbij. Met name Internet, dat is gebaseerd op één overeengekomen standaard, heeft geleid tot een spontaan, niet-centraal gestuurd systeem van netwerken. Er is een verschuiving in de faciliterende functie van ICT: van het informatieproces binnen een organisatie naar de communicatie tussen en binnen organisaties en tussen mensen. De C is ten opzichte van de I versterkt. Daarnaast kunnen verschillende soorten van informatiesystemen en media in toenemende mate aan elkaar worden gerelateerd, waardoor nieuwe koppelingen mogelijk worden tussen data, beeld en geluid en geheel nieuwe virtuele werelden kunnen worden gecreëerd.

#### *Karakteristieken van de huidige vormen van ICT*

Onderscheid kan worden gemaakt tussen de karakteristieken van ICT als zodanig en karakteristieken die gerelateerd kunnen worden aan de verschillende functies van organisaties.

Allereerst de karakteristieken als zodanig:

- ICT zorgt voor een sterke uitbreiding van de hoeveelheid beschikbare informatie. De automatisering van het informatieproces genereert ook kwalitatief nieuwe informatie, de zogenoemde meta-informatie. ICT automatiseert niet alleen de ondersteunende informatievoorziening in de organisatie, maar ver-

heldert ook de bedrijfsprocessen van de organisatie zelf. ICT automatiseert bedrijfsprocessen en levert tevens beheers- en sturingsinformatie op over de processen die zij automatiseert (Frissen 1996: 67).

- De snelheid waarmee informatie wordt verzameld, verwerkt, verspreid en geselecteerd, neemt toe. Het territoriale bereik verliest zijn grenzen. Beperkende factoren van tijd en ruimte gelden minder.
- De consumentensouvereiniteit wordt versterkt. Ontvangers van informatie kunnen door ICT steeds beter zelf bepalen op welke momenten zij welke informatie willen ontvangen.
- Verzenders van informatie kunnen veel selectiever te werk gaan bij de bepaling van de doelgroep.
- ICT maakt steeds meer interactie tussen zender en ontvanger mogelijk. De consument wordt 'prosumert'.

Toegepast op de verschillende functies van organisaties kunnen de karakteristieken van ICT als volgt worden samengevat:

- De functie van calculatie, als middel tot verdere rationalisering van de beleidsbepaling, wordt versterkt. Door de sterk toegenomen capaciteit voor verzameling, verwerking en opslag van gegevens kunnen computers steeds beter (be)rekenen. Beleidsalternatieven kunnen worden doorgerekend en gecreëerd.
- ICT biedt meer mogelijkheden voor standaardisering, formalisering en routinisering van processen, waardoor de controle en disciplineren binnen de organisatie kunnen worden versterkt. Deze toenemende mogelijkheden van controle, disciplineren en verzakelijking kunnen vervolgens de structuren en processen binnen de organisaties weer transparanter maken.
- Een aspect dat vaak onderbelicht blijft, is dat ICT ook nieuwe technologische mogelijkheden biedt om de toegang tot informatiebestanden te beperken en de opgeslagen informatie te beschermen. Juist omdat ten gevolge van ICT informatievoorziening méér wordt dan een bepaalde vorm van beleidsondersteuning en ICT de (toegang tot) informatie een kostbaar goed maakt, is de opstelling van een informatiearchitectuur met behulp van ICT ook in belangrijke mate een machtsvraag: welke actor kan de informatiearchitectuur bepalen en beslissen wie welke informatie krijgt?
- Ten slotte vergroot ICT de mogelijkheden van communicatie binnen en tussen de organisaties.

## 5.4 FEITELIJK GEBRUIK VAN ICT DOOR DE OVERHEID

De navolgende vormen van feitelijk gebruik van ICT door de overheid zijn te onderscheiden:

- a basisregistraties die gegevens bevatten over objecten, processen en personen;
- b monitorsystemen die bedrijfsprocessen volgen en vooral een functie hebben in het interne beheer;
- c simulatiesystemen die beleidsplannen en alternatieven doorrekenen;
- d expertsystemen die de besluitvorming ondersteunen, gegeven de in het systeem opgeslagen redeneerregels;



- e afhandelingssystemen die menselijke handelingen in het uitvoeringsproces, zoals beschikkingen, substitueren;
- f technologieën voor persoonlijke identificatie en ‘tracking’: identificatienummers maken koppelingen tussen databestanden en volgsystemen mogelijk.

Daarnaast is het frappant hoezeer in de formele, officiële beleidsontwikkeling inzake de reorganisatie van het openbaar bestuur ICT een wat ondergeschikte rol speelt. In dit verband is er een duidelijk verschil met het bedrijfsleven waar de structuur van de organisatie steeds meer wordt opgezet op basis van de logica van de door ICT bepaalde informatievoorziening. Informatierelaties en communicatiepatronen worden uitgangspunt voor de inrichting van de organisatie; de organisatiestructuur wordt steeds meer een informatie-infrastructuur (Frissen 1996: 173).

## 5.5 DE GEVOLGEN VAN ICT VOOR BESTUURLIJKE CONCEPTIES EN MAATSTAVEN VAN OPENBAAR BESTUUR

### *Meer mogelijkheden voor centralisatie en decentralisatie*

Op basis van een empirische studie over de invoering van ICT bij Sociale Diensten, concludeert Zuurmond dat ICT voor alles via informatisering de bureaucratie op een hoger plan brengt, perfectioneert en dat deze bureaucratie nieuwe stijl, de zogenoemde infocratie, de instrumentele onvolmaaktheden en de interne inconsistenties van de klassieke bureaucratie wegneemt. Op instrumenteel niveau worden de klassieke bevelslijnen vervangen door een informatiearchitectuur die als zodanig veel minder zichtbaar is. De uitvoerder staat nu niet meer onder het bevel van een concrete fysieke persoon of van de formele regel. De in de informatiearchitectuur vastgelegde procedures, informatiebronnen, beslissingscriteria en verantwoordingsmechanismen beperken de vrijheid van de uitvoerder. Webers ijzeren kooi met de tastbare tralies van de harde en rigide structuur wordt vervangen door een nieuwe virtuele vesting (Frissen 1996: 102).

Tegelijkertijd vergroot ICT de mogelijkheden van decentralisatie in ruime zin, waaronder verzelfstandiging. Juist de nieuwe vormen van ICT maken krachtige kleine eenheden mogelijk die ook voldoende informatieve kracht hebben om zelf relevante informatie te verzamelen en te verwerken. De capaciteit van decentrale eenheden wordt bovendien versterkt doordat zij met behulp van ICT ook met elkaar in een horizontale verbinding kunnen staan. Hiërarchische beheersing via verticale integratie, via één fysieke organisatiestructuur is ten behoeve van de coördinatie niet langer noodzakelijk. De onderlinge samenhang tussen de decentrale eenheden kan ook lopen via de lijn van deze horizontale lijnen tussen de decentrale eenheden. Voor de centrale actor blijft dan een regie-, toezichts- en overzichtsfunctie over.

### **Het onderscheid tussen beleidsbepaling en -uitvoering wordt steeds vager**

Binnen de overheid worden thans vooral uitvoeringsfuncties verzelfstandigd en gedecentraliseerd. Dit klassieke bestuurlijk onderscheid, dat een lineair en hiërarchisch verband veronderstelt tussen doelen en middelen, is op zich alleen al werkbaar binnen bepaalde stabiele condities voor uitvoering, maar wordt door de ICT-ontwikkelingen nog meer ondergraven. Technologisch is het goed mogelijk om beleid en beleidspraktijk heel nauw met elkaar te verbinden en om ontwikkeling en uitvoering van beleid op een niveau te houden.

De gedachte dat kerndepartementen zich moeten beperken tot de inhoudelijke strategische beleidsvorming en de rest kunnen overlaten aan verzelfstandigde eenheden, houdt dit klassieke onderscheid tussen beleidsbepaling en beleidsuitvoering nog steeds in stand en honoreert onvoldoende het feitelijk gegeven dat juist uitvoeringsorganisaties thans ook de sterkst geïnformateerde overheidsinstellingen zijn en dat deze geautomatiseerde informatieverwerking ook beleids- en sturingsrelevante meta-informatie oplevert. Er ontstaat derhalve een spanningsveld tussen hun formele opdracht zich tot uitvoering te beperken en de vergroting van hun feitelijk vermogen om ook aan beleidsontwikkeling te doen.

De tijd/ruimtelijke verdichting die ICT bevordert, leidt in bestuurlijke zin tot verdichting van het beleidsproces. Op elk moment komen informatie en meta-informatie beschikbaar. Deterritorialisering maakt de fysieke schaal, als belangrijk motief voor centrale beleidsbepaling, minder relevant. De indeling van bestuur in lagen die ten opzichte van elkaar hiërarchisch zijn geordend en territoriaal zijn afgebakend, verliest ten gevolge van ICT steeds meer haar feitelijke grondslag (WRR 1998).

### **ICT en de maatstaven voor goed bestuur**

Het meest duidelijk is de invloed van ICT op de maatstaf van *rechtszekerheid* en dan vooral op één element ervan: de kenbaarheid van recht en overheidsbeleid. ICT kan niet alleen de kenbaarheid in algemene zin vergroten, zij maakt ook meer gerichte, op specifieke doelgroepen of de concrete situatie van de burger toegesneden voorlichting beter mogelijk. Er is echter ook een andere kant van de medaille. ICT maakt informatie nog meer tot een kostbaar goed en biedt ook nieuwe mogelijkheden tot uitsluiting van informatie. Ongeconditioneerde privatisering en commerciële uitbating van de verspreiding van informatie over recht en beleid leiden dan tot nieuwe risico's van beperking van de publieke toegankelijkheid.

ICT heeft verder invloed op de mate waarin informatie door een derde, zoals de rechter, verifieerbaar is. ICT roept nieuwe problemen op van authenticiteit van informatie en van de integriteit van informatiebronnen. Deze verifieerbaarheid is een noodzakelijke voorwaarde om in de concrete situatie normen als *rechtszekerheid* en *rechtsgelijkheid* te waarborgen. Ook hier wordt weer duidelijk hoe beslissend het is of ICT-ontwikkelingen wel of niet genormeerd worden. Zonder op de nieuwe ICT-situatie toegesneden regels van behoorlijk informatieverkeer kan ICT het verificatieprobleem flink versterken.

Op verschillende wijzen werkt ICT in op de maatstaf van *democratische* sturing en controle. ICT kan de openbaarheid van het besluitvormingsproces, als instrument van democratische sturing, aanzienlijk vergroten. Juist bij de politiek-democratische controle op de uitvoering komt het belang van de informatie-architectuur prominent naar voren. In het voorgaande is gesteld dat ICT vooral de uitvoerders een flinke informatievoorsprong geeft, ook als instrument om beleid te ontwikkelen. Wanneer de democratische controle geen rekening houdt met deze ten gevolge van ICT gecreëerde, nieuwe informatiepatronen, kan deze controle al snel tot een schijnvertoning worden. Informatie en informatisering vragen in de nieuwe context van ICT ook hier een eigen institutioneel kader.

Bij veel beschouwingen over nieuwe vormen van democratie die ICT mogelijk maakt, ligt de nadruk vooral op nieuwe mogelijkheden voor de participatiedemocratie, meer inspraak en medebeslissingsrecht voor de burger. Veel interessanter zijn wellicht nieuwe vormen van democratie die de burger ook in de publieke sfeer een directe, eigen beslissingsmacht bieden en de vrijheid geven om zelf te kiezen tussen concurrerende aanbieders van publieke diensten. Een strakke centrale wettelijke regeling van het publieke aanbod kan vervangen worden door een model van concurrerende aanbieders en vragers, wanneer de burger als consument de kwaliteit van het product goed kan beoordelen. Deze versterking van markelementen binnen de publieke sector vraagt wel om een informatiearchitectuur die de resultaten van de inspanningen van de aanbieders zichtbaar en vergelijkbaar maakt voor de vragers van de diensten. Ook hier geldt dat ICT deze transparantie wel kan versterken, maar dat het institutionele kader beslissend is. De overheid krijgt dan een nieuwe, ordenende rol. Overheidsregels zijn nodig, want juist in een concurrentiesituatie is exclusieve, voor andere niet toegankelijke informatie voor aanbieders een belangrijk instrument. Aanbieders hebben er juist geen belang bij hun inspanning en rendement zichtbaar te maken.

Dat ICT *doelmatigheid* en *doeltreffendheid* van het beleid kan versterken is zonneklaar, maar ook hier gaat de beweging niet in één richting: ICT maakt ook burgers en instellingen slimmer. ICT en door ICT gestimuleerde ontwikkelingen als deterritorialisering en turbulentie maken de beleidsomgeving voor de overheid veel complexer. Zij bieden burgers en instellingen ook nieuwe mogelijkheden zich aan het beleid te onttrekken. Bovendien schept de versterkte doelmatigheid en doeltreffendheid nieuwe dilemma's. Met behulp van ICT kan de overheid het gedrag van de burger steeds beter in kaart brengen en controleren, maar hier komen al snel normatieve grenzen in zicht.

## 5.6 ICT EN NIEUWE VORMEN VAN PUBLIEKE TAAKBEHARTIGING

Zoals aan het einde van paragraaf 5.2 is gesteld, is het niet zinvol op basis van ICT-ontwikkelingen een duidelijke inhoudelijke voorkeur uit te spreken voor gewenste organisatorische vormen van publieke taakbehartiging. De hoofdvraag dient meer als een methodisch probleem te worden geformuleerd: wat zijn meer

en minder zinvolle benaderingswijzen om de ICT-factor te verdisconteren bij het ontwerpen van nieuwe bestuurlijke stelsels voor publieke taakbehartiging? Is het mogelijk tot bruikbare methodische handreikingen te komen? In deze paragraaf wordt hiertoe een poging gedaan.

### **Analyse van de relevante aspecten**

Het is hier van belang de volgende aspecten te onderscheiden:

a De technologie zelf.

Als de ondergrond niet goed is, berusten ook de vervolgrederingen op drijfzand. Steeds moet duidelijk zijn, over welke fase van de technologische ontwikkeling we het hebben, welke trendbreuken er zijn ten aanzien van het nabije verleden en welke vervolgonwikkelingen meer of minder waarschijnlijk zijn. Het beste voorbeeld is hier de centraliserende werking. In hoeverre zijn beschouwingen over toenemende centrale beheersing ten gevolge van ICT gebaseerd op achterhaalde technologische ontwikkelingen, zoals het mainframeconcept? Wat betekenen in de steiger staande nieuwe technologische structuren als de koppeling van Internet aan oudere technologieën, zoals de geheel ingeburgerde televisie?

b De economische acceptatie.

ICT heeft als economische bedrijfstak enkele specifieke kenmerken. Het turbulente, ontwikkelingskarakter van ICT als bedrijfstak impliceert dat aanbieders geneigd zijn onvoldragen halfproducten op de markt te brengen, zonder dat de vraag ernaar duidelijk is, met alle échecs van dien. De technologische ontwikkelingen in de aanbodsfeer kunnen juist aan de vraagkant tegendraadse ontwikkelingen oproepen. De internationalisering van het aanbod in de media heeft juist de vraag naar informatie, gericht op de eigen regionale leef-situatie versterkt.

Een ander voorbeeld. ICT leidt in de vorm van Internet inderdaad tot decentralisatie en netwerkvorming. De andere kant van ICT als bedrijfstak wordt evenwel onderbelicht. Door de toenemende mogelijkheid technische instrumenten te koppelen leidt ICT immers ook tot economische centralisatie en nieuwe monopolies. Belangrijker is wellicht dat de technologisch mogelijke netwerkvorming geheel niet plaats vindt in een economisch vrije, belangeloze ruimte. Waar ICT informatie transformeert van hulpmiddel tot een economisch kostbaar goed, worden ook de nieuwe technologische mogelijkheden tot uitsluiting economisch interessanter. Bij deze nieuwe mogelijkheden tot uitsluiting versterken juridische en nieuwe technische mogelijkheden elkaar (Hugenholtz 1998). Deze nieuwe mogelijkheden tot uitsluiting zijn belangrijk, omdat de effectiviteit van een besturingsstelsel sterk wordt bepaald door de mate waarin de verschillende actoren hun informatie kunnen en willen delen (par. 5.1).

c De maatschappelijke acceptatie.

Het reeds genoemde interactief karakter van de relatie tussen ICT en de maatschappelijke factor sluit het denken in termen van technologisch determinisme en universele, niet-situatiegebonden patronen uit. De context in een bepaalde sector bepaalt de invoeringsmogelijkheden van ICT, terwijl vervolgens ICT deze context weer verandert. Dit tweerichtingsverkeer vraagt ook

om een goede analyse van de sociaal-culturele tegenkrachten die een adequate invoering van ICT verhinderen dan wel vertragen. In veel beschouwingen wordt te gemakkelijk aangenomen dat maatschappelijke actores gretig de nieuwe mogelijkheden van ICT zullen omarmen. Het spel van actie/conservatieve tegenreactie wordt dan onvoldoende in beeld gebracht.

Een conservatieve terugslag bij technologische vernieuwing is van alle tijden. Meestal gaat het hierbij om vermeend verlies van culturele waarden als sociale cohesie, verlies van nationale identiteit, de hogere cultuur, het primaat van de politieke democratie enzovoort. Ook de veronderstelde aantasting van goed georganiseerde deelbelangen ten gevolge van ICT is als belemmerende factor niets nieuws.

Wel nieuw is dat nieuwe vormen van ICT heel sterk ingrijpen op essentiële dimensies van menselijk handelen, zoals ruimte en tijd, terwijl ruimte en tijd nog steeds het sociaal-culturele handelen structureren. De culturele verschillen zijn immers nog steeds sterk territoriaal bepaald en acceptatie van technologie is vaak een kwestie van generaties. De invoering van nieuwe vormen van ICT zal derhalve een complex beeld opleveren van actie en een sterke reactie.

d De bestuurlijke instituties.

Ook hier zijn de dimensie van tijd en ruimte essentieel. Zij kunnen ertoe leiden dat instellingen voor openbaar bestuur met een zekere weerstand en vertraging de nieuwe technologie toepassen. Dit hangt ook samen met de aard van dit type instellingen. Hun kracht ligt juist in het geven van een bestendig kader voor maatschappelijk handelen. Het bestuur heeft lang niet altijd de capaciteit om de turbulentie van de nieuwe technologieën onmiddellijk te verwerken, terwijl het bovendien de vraag is of het ook gewenst is dat het bestuur in een permanent proces van organisatorische verandering moet komen. Ook bedrijfseconomische overwegingen binnen de overheid, de noodzaak van een zekere afschrijvingstermijn voor de kosten van in het verleden gedane ICT-investeringen, kunnen zich hiertegen verzetten.

De spanning tussen de deterritorialiserende werking van ICT en de traditionele, territoriale verankering van de inrichting van het openbaar bestuur is hier eveneens een duidelijk belemmerende factor.

### ***De gewenste optiek***

Dit proces van actie/reactie maakt duidelijk dat de ICT-factor in zijn uitwerking een sterk ambivalent karakter heeft, als facilititeit en als bedreiging, zij het voor de verschillende actoren op een geheel eigen wijze. Veelal is de facilitering voor de ene actor een bedreiging voor de ander. Dit vraagt om een benadering die het meerduidig patroon van nieuwe kansen en bedreigingen voor de verschillende actores afzonderlijk in beeld brengt. Zoals iedereen bij een groepsfoto er gemakkelijk toe neigt alleen te kijken hoe hij/zij zelf op de foto staat, zo zal iedere actor zich al snel fixeren op de eigen nieuwe mogelijkheden en beperkingen die ICT biedt, zonder hierbij te letten op de veranderende positie van zijn medespelers. Hij zal zo snel een verkeerde inschatting maken. Men denke aan een overheid die vooral kijkt naar haar nieuwe instrumenten, zonder rekening te houden met de nieuwe toerusting die ICT de burger geeft om het beleid te ontwijken.

Wanneer dit meerduidige patroon voor het voetlicht wordt gebracht, wordt ook duidelijk welke invloed ICT heeft op de machts- en belangenconstellatie binnen een specifieke situatie of sector. Ook wordt duidelijk welke actor de beste uitgangspositie heeft om het slimst gebruik te maken van de nieuwe technologie.

### **Het gewenste aangrijpingspunt**

ICT betreft zowel de instrumenten als de doelstellingen: zij automatiseert de informatievoorziening en versterkt derhalve dit instrument. In meer brede zin beperkt ICT het instrumentele handelingsvermogen van de overheid doordat het zowel sterk ingrijpt op de ruimtelijke als op de tijdsdimensie: de toenemende deterritorialisering bemoeilijkt de handhaving van wetgeving en de verhoogde turbulentie van de maatschappelijke ontwikkelingen zet het vermogen van de overheid om alert te reageren onder druk. ICT leidt ook tot verschuivingen op het niveau van de doelstellingen, want de veranderende maatschappelijke context leidt tot nieuwe, opkomende en tot afnemende behoeftes aan overheids-optreden.

Voor de verdiscontering van de ICT-factor in de bestuurlijke organisatie is evenwel een derde niveau als aangrijpingspunt belangrijker: de gevolgen van ICT voor de realiteitswaarde van empirische aannames die aan de bestaande bestuurlijke concepten ten grondslag liggen. Iedere keuze voor een bestuurlijke organisatie vooronderstelt bepaalde opvattingen over het te verwachten gedrag van de verschillende actrices. Die verwachtingen hebben ook een informatief element: aannames over het informatiepatroon in de relatie tussen de verschillende actrices. Juist op de realiteitswaarde van dit informatieve element van het verwachtingspatroon grijpt ICT aan. Wanneer de feitelijke informatiearchitectuur niet meer in overeenstemming is met het patroon dat, gegeven de formele organisatiestructuur, geacht wordt aanwezig te zijn – bijvoorbeeld de centrale beleidsbepaler wordt in strijd met de werkelijkheid geacht voldoende informatie te hebben om de uitvoerder te controleren –, treedt, zoals in paragraaf 5.1 naar voren kwam, verlies op van beleidseffectiviteit. De oplossing moet derhalve gezocht worden in een aansluiting van de formele organisatiestructuur op de nieuwe informatiearchitectuur, die met behulp van ICT wordt vorm gegeven.

### **De opstelling van de informatiearchitectuur met behulp van ICT**

Er is geen eenduidige relatie tussen ICT en een specifieke informatiearchitectuur. ICT moet eerder worden gezien als een nieuwe ‘meccanodoos’ die juist een variëteit aan nieuwe constructies mogelijk maakt. De vraag wat in een concrete situatie de beste keuze is, wordt grotendeels bepaald door overwegingen die weinig met ICT als zodanig te maken hebben. Situationele kenmerken, als de aard van het beleidsobject, de gestelde doelen, de fase waarin het beleidsproces verkeert – nieuw of uitgekristalliseerd beleid – en de mate waarin er sprake is van consensus over het beleid tussen alle actrices, bepalen of bijvoorbeeld een meer centrale dan wel decentrale informatiearchitectuur gewenst is. In die zin is de keuze van een informatiearchitectuur primair een zaak van doeltreffendheid en doelmatigheid.

In de publieke sfeer zijn zeker twee andere aspecten evenwel van groot belang, namelijk macht en normativiteit. Omdat publieke taakbehartiging bepaald niet plaats vindt in een machts- en belangenvrij vacuüm en ICT door de creatie van nieuwe informatiepatronen direct invloed heeft op deze machts- en belangenconstellatie, is in het bijzonder de politiek aanspreekbare overheid lang niet altijd in staat om in alle vrijheid de meest doeltreffende informatiestructuur te kiezen. Andere actores binnen en buiten de overheid proberen de nieuwe mogelijkheden die ICT biedt, naar zich toe te trekken. Men denke aan uitvoerende organen binnen de overheid die met behulp van ICT hun positie in de beleidsvorming willen versterken of aan particuliere bedrijven die graag willen worden ingeschakeld bij de uitvoering van publieke taken omdat zij de in dat kader verkregen informatie ook kunnen gebruiken om hun positie in de marktsector te versterken.

Dit gegeven roept voor de publieke taakbehartiging geheel eigen vragen van normativiteit op. De nieuwe vormen van feitelijke zeggingsmacht die ICT voor bepaalde actores creëert, vragen ook nieuwe vormen van publieke normering en verantwoording. Dit geldt met name in de relatie tussen centrale beleidsbepaling en -uitvoering. Door ICT veroorzaakte machtsverschuivingen in deze relatie dienen in de structuren van verantwoording door te werken. Waar in het bedrijfsleven om redenen van doelmatigheid de organisatiestructuur steeds meer de logica van de informatiearchitectuur volgt en informatierelaties de basis vormen voor de inrichting van organisaties, heeft de koppeling van de formele organisatiestructuur aan de informatiestructuur bij de publieke taakbehartiging een geheel eigen ratio, namelijk het beginsel dat publieke macht ook om publieke verantwoording vraagt.

**LITERATUUR**

- Bovens, M.A.P. (1999) *De digitale rechtsstaat*, inaugurele rede, Alphen aan den Rijn: Samsom.
- Dommering, E.J. (1997) 'Internet, een juridische plaatsbepaling van een nieuw communicatieproces', blz. 129-151 in M.F. Gelok en W.M. de Jong (red.) *Volatilisering in de Economie*, WRR Voorstudies en Achtergronden V98, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Donk, W.B.H.J. van de, en I.Th.M. Snellen (1998) 'Towards a Theory of Public Administration in an Information Age', blz. 3-19 in I.Th.M. Snellen and W.B.H.J. van de Donk (eds.) *Public Administration in an Information Age*, Amsterdam: IOS Press.
- Finer, S.E. (1997) *The History of Government. Volume III: Empires, Monarchies and the Modern State*, Oxford: Oxford University Press
- Frissen, P.H.A. (1996) *De virtuele staat*, Schoonhoven: Academic Service.
- Hugenholtz, P.B. (1998) 'Het Internet: het auteursrecht voorbij', blz. 97-260 in *Recht en Internet*, handelingen Nederlandse Juristenvereniging/1998-I, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- A.W. Koers (1998) 'Internet in kort bestek', blz. 1-57, 260 in *Recht en Internet*, handelingen Nederlandse Juristenvereniging/1998-I, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Y.C. Mets (1998) *Cultuur en nieuwe media: tweerichtingsverkeer, Een verkennende literatuurstudie*, WRR Werkdocumenten W97, Den Haag.
- Scheepers, A. (1998) 'Beleidsuitvoering en ICT: een terugkoppelingsperspectief', blz. 33-45 in W.B.H.J. van de Donk en P.H.A. Frissen (red.) *Over bestuur, recht en informatisering*, Lelystad: Koninklijke Vermande.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (1998) *Staat zonder land, Een verkenning van bestuurlijke gevolgen van informatie- en communicatietechnologie*, Den Haag: Sdu Uitgevers.



## 6 CONCURRENTIEBEVORDERING IN INFRA-STRUCTUURGEBONDEN SECTOREN

### OVER IDEOLOGISCHE EN INTELLECTUELE BEWEGINGEN

*M.J.W. van Twist en M.E.F. ten Heuvelhof*<sup>1</sup>

#### 6.1 INLEIDING

##### 6.1.1 INFRASTRUCTUURGEBONDEN SECTOREN

Voor een aantal sectoren in onze samenleving geldt dat ze slechts kunnen bestaan doordat er transport- en distributienetwerken voorhanden zijn waarlangs de productie en dienstverlening gestalte krijgen (Armstrong en Doyle 1995: 2). De telecommunicatiesector en de energiesector vormen hier een voorbeeld van, evenals het openbaar vervoer, de afvalverwerking en de drinkwatervoorziening.

Vanwege het cruciale belang dat in deze sectoren moet worden toebedacht aan de transport- en distributienetwerken, is het niet ongebruikelijk om hier van infrastructuurgebonden sectoren te spreken.

In de telecommunicatiesector bestaat de infrastructuur uit transmissiemedia en schakelcentrales. In de elektriciteitsvoorziening gaat het om een netwerk dat is opgebouwd uit een hiërarchie van steeds hogere voltageaansluitingen. Wat betreft water moeten we denken aan een drinkwaternet, rioleringsnet en verwerkingsinstallaties. En het spoorwegnetwerk bijvoorbeeld, is weer uiteen te leggen in het spoor, signaleringssystemen, grondwerken (tunnels, bruggen, enz.) en natuurlijk de stations.

##### 6.1.2 MAATSCHAPPELIJK BELANG INFRASTRUCTUURGEBONDEN SECTOREN

Infrastructuurgebonden sectoren voorzien ons van elektriciteit, leveren brandstof en water, faciliteren gegevensuitwisseling ten behoeve van telefonie en omroep, vervoeren mensen en distribueren goederen. Infrastructuurgebonden sectoren zijn hiermee van wezenlijk belang voor de economie. De producten en diensten waarin zij voorzien, beïnvloeden op heel directe wijze de welvaart in een samenleving en de productiviteit en de internationale concurrentiepositie van een economie. We zijn zo afhankelijk van deze infrastructuurgebonden sectoren dat het (tijdelijk) uitvallen van slechts één ervan rampzalige gevolgen heeft voor de moderne samenleving. De maatschappelijke schade die optreedt bij een dag zonder elektriciteit of telefonie is nauwelijks te overzien en zonder openbaar vervoer valt misschien niet alles stil, maar toch wel veel.

##### 6.1.3 INFRASTRUCTUURGEBONDEN SECTOREN VERANDEREN SNEL

De grote betekenis voor de economie en de samenleving is waarschijnlijk een belangrijke verklaring voor het feit dat tot voor kort bijna overal ter wereld de bedrijven in de infrastructuurgebonden sectoren in handen van de overheden

waren (Europa: publiek monopolie), of anders toch onder scherp overheidstoezicht stonden (Verenigde Staten: gereguleerd privaat monopolie). De laatste tien jaar is dit echter in snel tempo aan het veranderen. Over de hele wereld zijn landen aan het studeren op en aan het experimenteren met deregulering in deze sectoren, in combinatie met een privatisering van de overheidsbedrijven en een liberalisering van de markten voor infrastructuurgebonden producten en diensten. De gedachte dat deregulering, tezamen met privatisering en liberalisering, tot een meer efficiënte bedrijfsvoering in infrastructuurgebonden sectoren zal leiden, is in korte tijd zo ongeveer overal ter wereld tot uitgangspunt van beleid gemaakt, hoezeer ook de snelheid en radicaliteit tussen landen mag verschillen. Concurrentie wordt hiervoor geacht de prikkel zijn, waarbij het vanuit deze beleidsopvatting de consumenten zijn die door lagere prijzen, een toegenomen klantgerichtheid en meer productinnovatie de vruchten kunnen plukken.

In politieke discussies zijn de (verwachte) positieve effecten van privatisering, liberalisering en deregulering steeds onderstreept, maar eigenlijk is het nog te vroeg om al een afgewogen oordeel te kunnen geven over de effecten die de ontwikkelingen in de infrastructuurgebonden sectoren oproepen. Serieus empirisch bewijs van de beloofde voordelen van de nieuwe ontwikkelingen is er nog niet.

#### 6.1.4 PARADIGMA'S, PRAKTIJEN EN PENDULES

Het doel van deze studie is een aantal meer algemene, sectoroverstijgende reflecties op de effecten van concurrentiebevordering in infrastructuurgebonden sectoren uit te werken. We beschrijven daartoe de paradigmaverschuiving die ten grondslag ligt aan de ontwikkelingen in de diverse infrastructuurgebonden sectoren en de nieuwe praktijken die deze paradigmaverschuiving oproept. Bovendien willen we de ontwikkelingen in de infrastructuurgebonden sectoren in historisch perspectief plaatsen. Zou dit dan het voorspelde einde van de geschiedenis zijn? Zijn alle veranderingen die we in de toekomst nog mogen verwachten, slechts de nasleep van de ontwikkelingen die nu plaatsvinden: privatisering, liberalisering en deregulering? Of moeten wij deze veranderingen slechts beschouwen als een volgende beweging van de pendule, die onafwendbaar op enig moment ook weer een tegenbeweging zal oproepen?

## 6.2 SCHUIVENDE PARADIGMA'S

In het denken over infrastructuurgebonden sectoren is naar ons idee een paradigmaverschuiving waarneembaar. We spreken van een paradigmaverschuiving, omdat het hier niet slechts een ideologische maar ook een intellectuele beweging betreft. Interessant aan de paradigma's in het denken over de infrastructuurgebonden sectoren die we hierna duiden, is niet alleen dat ze zowel intellectuele als ideologische dimensies in zich verenigen, maar ook dat ze tegelijk een situatie schetsen, helder maken wat er hieraan mis is en een perspectief bieden op hoe het anders kan en beter moet.<sup>2</sup>

### 6.2.1 HET 'KLASSIEKE' PARADIGMA

De centrale veronderstelling die aan het 'klassieke' paradigma ten grondslag ligt, is dat infrastructuurgebonden sectoren bepaalde, met name economische, eigenschappen met elkaar delen, die uitsluiting van concurrentie wenselijk en zelfs noodzakelijk maken. Het gaat dan onder meer om de volgende eigenschappen (Bauer 1998: 3-6):

- de hoge kapitaalintensiteit en de hoge investeringskosten die nodig zijn voor de aanleg en het beheer van de infrastructuren, zonder welke de sectoren niet zouden kunnen bestaan;
- de economische machtspositie die bedrijven in de infrastructuurgebonden sectoren kunnen verwerven ten opzichte van gebruikers doordat de markt het karakter van een natuurlijk monopolie heeft;
- het vitale belang van de producten en diensten die in deze sectoren worden voorgebracht voor alle andere sectoren van de economie en privé-huishoudens;
- onmisbaar voor iedereen, zonder dat steeds een substituuut beschikbaar is;
- het strategische belang van de infrastructuurgebonden sectoren voor de economische ontwikkeling en de nationale veiligheid.

Onderkenning van eigenschappen als deze heeft ertoe geleid dat tot voor kort in de Verenigde Staten infrastructuurgebonden producten en diensten door sterk gereguleerde private monopolies werden aangeboden, terwijl in Europa voor deze producten en diensten tezelfder tijd het publieke-monopoliemodel werd gehanteerd.

Het stelsel van regels dat zich de afgelopen decennia heeft gevormd, is gebaseerd op het paradigma dat infrastructuurgebonden sectoren natuurlijke monopolies zijn en dat overheidsinmenging noodzakelijk is om gebruikers te beschermen tegen mogelijk misbruik van monopolieachtige macht en tegen eventuele ruïneuze concurrentie (Bauer 1998: 36). De specifieke economische eigenschappen van de infrastructuurgebonden sectoren zorgen voor hoge vaste kosten, die op zeer verschillende manieren kunnen worden doorberekend aan de gebruikers. Wanneer wordt afgezien van overheidsregulering/overheidseigendom, zou dit maar al te gemakkelijk kunnen leiden tot misbruik van macht over prijzen, dienstenpakketten en investeringen. Zonder overheidsregulering kunnen er ook niets ontziende, destructieve vormen van concurrentie ontstaan.

Vanuit historisch perspectief valt te constateren dat het 'klassieke' paradigma zijn bestaansrecht ontleent aan de negatieve ervaringen met het van oorsprong private en ongereguleerde dienstenaanbod in de infrastructuurgebonden sectoren. Het economische concept 'natuurlijk monopolie' wordt naar voren gebracht als verklaring voor tegenvallende prestaties van private ondernemingen en de onvolkomenheden van de markt als regulerend mechanisme in de infrastructuurgebonden sectoren. Uitgaande van het 'klassieke' paradigma kunnen regulering en overheidseigendom worden gezien als een antwoord op tegenvallende prestaties van bedrijven in de infrastructuurgebonden sectoren op de vrije markt (Bauer 1998: 27). Die prestaties worden dan met name gemeten aan de

hand van grootheden als de beschikbaarheid van diensten in afgelegen gebieden en voor groepen met lage inkomens, eerlijkheid in de prijsstelling voor verschillende categorieën gebruikers, enzovoort. Het paradigma kan niet alleen helder maken wat er mis is met het toelaten van de vrije krachten van de markt in de infrastructuurgebonden sectoren maar ook een perspectief bieden op hoe het hier anders moet en beter kan: publiek eigendom en overheidsregulering zijn te zien als het resultaat van pogingen om de politieke en economische macht van de bedrijven in de infrastructuurgebonden sectoren te beteugelen, die kan leiden tot verspilling van schaarse middelen, willekeur in prijsstelling en ongelijkheid in het niveau en de kwaliteit van de dienstverlening.

### 6.6.2 HET 'NIEUWE' PARADIGMA

Inmiddels heeft zich een volgend, 'nieuw' paradigma aangediend in het denken over infrastructuurgebonden sectoren. Centraal hierin staat de bevordering van marktwerking, door concurrentie bij de voortbrenging van voormalige nutsvoorzieningen mogelijk te maken.

In het 'klassieke' paradigma is introductie van concurrentie in de infrastructuurgebonden sectoren per definitie onmogelijk, omdat het hier immers om natuurlijke monopolies gaat. Van een natuurlijk monopolie is sprake wanneer de goedkoopste manier van produceren binnen bereik wordt gebracht door één enkele aanbieder de gehele markt te laten bedienen. De introductie van concurrentie, door meerdere aanbieders toe te staan, stimuleert hier slechts inefficiency en roept bovendien destructieve vormen van mededinging op door de overbodige aanleg van extra infrastructuurvoorzieningen (George et al. 1991: 362-363). Wanneer het gaat om de introductie van concurrentie op het spoor lijkt het bijvoorbeeld weinig voor de hand liggend om een ander bedrijf dat de concurrentie wil aangaan te verzoeken een tweede spoornet naast het bestaande aan te leggen, behalve wellicht voor de drukste routes. De duplicering van infrastructuur door de aanleg van een tweede rioolnet, een tweede gasleidingnet of een tweede elektriciteitsnet wordt in de praktijk eveneens vaak inefficiënt en overbodig geacht. Concurrentie is in een dergelijke situatie vanuit het 'klassieke' paradigma praktisch gezien niet goed voorstelbaar en in ieder geval ongewenst.

Het 'nieuwe' paradigma daarentegen vertrekt vanuit de vaststelling dat door de sterke binding met de infrastructuur niet de gehele sector, maar slechts onderdelen hiervan het kenmerk van een natuurlijk monopolie vertonen (George et al. 1991: 362-363). Door bijvoorbeeld een onderscheid te maken tussen de infrastructuur zelf en de diensten die via die infrastructuur worden verleend, kunnen delen van de sector aan marktwerking onderworpen worden en aan concurrentieprikkels onderhevig worden gemaakt. Concreet: om concurrentie mogelijk te maken op het spoor kan ook worden gekeken naar mogelijkheden om meerdere bedrijven gebruik te laten maken van dezelfde infrastructuur voor het vervoer van goederen en personen.

Het ‘nieuwe’ paradigma belichaamt een kritiek op het model van het publiek monopolie (of gereguleerd privaat monopolie) als de aangewezen wijze van organiseren in de infrastructuurgebonden sectoren. De centrale gedachte die aan het ‘nieuwe’ (of beter: hernieuwde) paradigma ten grondslag ligt, is dat de werking van de markt meer ruimte moet en kan krijgen in de infrastructuurgebonden sectoren. Een belangrijke verklaring voor de onstuitbare opkomst van het ‘nieuwe’ paradigma ligt ongetwijfeld besloten in de weerklank die er op dit moment in de samenleving te vinden is voor politiek gekleurde beschouwingen waarin de superioriteit van de private onderneming in een concurrerende markt wordt geplaatst tegenover de nutsinstelling die moet verkeren in de monopolistische omgeving van de publieke bureaucratie. De paradigmaverschuiving die nu waarneembaar is, laat zich hiermee deels verklaren vanuit een ervaring van het economisch en politiek ‘laissez-faire’-denken, gebaseerd op een geloof in marktwerking als doel op zich en als enig mechanisme dat werkelijk recht kan doen aan individuele vrijheid en persoonlijke keuzes. Dit is echter slechts een deel van de verklaring. Het andere deel is dat zich, naast deze ideologische verschuiving, ook in intellectueel opzicht een verandering voordoet in het denken over infrastructuurgebonden sectoren, die ertoe dwingt de juistheid van het ‘traditionele’ paradigma opnieuw te bezien. In de volgende paragraaf lichten we dit toe.

### 6.3 DE MAAKBAARHEID VAN DE MARKT

De gedachte dat energievoorziening (gas en elektriciteit), openbaar vervoer (bus en trein) en telecommunicatie (telefonie en omroep) te beschouwen zouden zijn als een natuurlijk monopolie waarin geen ruimte is voor concurrentie, laat zich terugvoeren tot het infrastructuurgebonden karakter hiervan. In elk van deze sectoren is de voortbrenging van producten en diensten onlosmakelijk verbonden met een transport- en distributienetwerk waarvan de gemiddelde kosten sterk dalen met de intensiteit van het gebruik. Hierdoor zijn grote schaalvoordelen (*economies of scale*) te behalen. Belangrijker nog is dat in elk van deze netwerken sprake is van verzonken kosten (‘sunk costs’). Dit zijn investeringen in de infrastructuur die nodig zijn voor de productie en dienstverlening, maar die niet via doorberekening aan de klant zijn terug te verdienen. Het is precies de onderkenning van deze schaalvoordelen en verzonken kosten die in het klassieke paradigma de opvatting onderbouwt dat infrastructuurgebonden sectoren natuurlijke monopolies zijn, waarin als publieke nutsvoorziening voor concurrentie geen plaats is (George et al. 1991: 365).

Hoe moeten we hier dan de wens vanuit het ‘nieuwe’ paradigma begrijpen dat er meer ruimte moet worden gelaten voor concurrentie? Waar liggen in de infrastructuurgebonden sectoren de mogelijkheden om concurrentie te introduceren en te bevorderen? We beschrijven hierna een viertal alternatieven, die elkaar overigens niet uitsluiten maar aanvullen.

### 6.3.1 CONCURRENTIE OP DE INFRASTRUCTUUR/CONCURRENTIE IN DE MARKT

Een eerste mogelijkheid om concurrentie te introduceren in deze sectoren is om de infrastructuur zelf in publiek eigendom te laten en vervolgens concurrentie toe te staan ten aanzien van het gebruik hiervan. In het geval van de spoorwegen zou dit betekenen dat het spoor in handen blijft van de overheid, maar dat de exploitatie van de treinen die hierover rijden aan onderling concurrerende marktpartijen wordt overgelaten. Concurrentie wordt hier mogelijk gemaakt door de verzonken kosten te isoleren en door potentiële toetreders tot de markt voor vervoer per trein de noodzaak te ontnemen een eigen spoorweginfrastructuur aan te leggen.

Een volgende mogelijkheid om concurrentie mogelijk te maken in de infrastructuurgebonden sectoren is de infrastructuur in handen te laten van private partijen (doorgaans zijn dit de voormalige monopolisten: *incumbents*), waarbij de overheid dan in de rol van regulator moet gaan verzekeren dat toetreders tot de markt tegen redelijke voorwaarden toegang hebben tot het transport- en distributienetwerk dat in handen is van de *incumbents*. Dit is aan de orde in de telecommunicatiesector, waar de voormalige monopolist het netwerk dat nodig is voor vaste telefonie, nog steeds stevig in handen heeft en waar marktpartijen altijd bij elkaar moeten aankloppen voor toegang tot elkaars netwerk, om telefoontjes die over deze netwerken gaan te kunnen afhandelen. Omdat de infrastructuur in deze constructie niet in eigendom van de overheid is of komt en al evenmin een aparte onderneming toebehoort die zichzelf onthoudt van dienstverlening over de infrastructuur, roept dit wel een aantal specifieke reguleringsvraagstukken op. De incumbent die over het meest uitgebreide netwerk beschikt, zal hier immers altijd een sterke prikkel hebben om toetreding van concurrenten te voorkomen of te ontmoedigen. Dit kan bijvoorbeeld door een te hoge prijs voor interconnectie (d.w.z. koppeling van netwerken) te stellen. De voorwaarden waaronder toegang wordt verschaft, zijn dus van essentieel belang als de infrastructuur in handen blijft van de marktpartijen zelf.

Van open toegang tot de infrastructuur is slechts sprake wanneer alle toetreders vrijelijk en onvoorwaardelijk gebruik kunnen maken van ‘bottleneck’-faciliteiten op het terrein van de infrastructuur: spoorlijnen, uitzendmasten, elektriciteitsnetten, drinkwaternet (Klein and Gray 1997: 1-2). Omdat de capaciteit hiervan doorgaans beperkt is, moet de toegang (interconnectie) tot de infrastructuur als *bottleneck*-faciliteit worden beheerst. Niet alle treinmaatschappijen kunnen tegelijk van het spoor gebruik maken, niet alle omroeporganisaties kunnen op dezelfde kabelfrequentie uitzenden. Wanneer een incumbent nu eigenaar is van onderdelen van de infrastructuur die kunnen gelden als *bottleneck*-faciliteiten, is de verleiding groot om (potentiële) concurrenten uit te sluiten van het gebruik hiervan, door de prijs voor toegang tot de infrastructuur te verhogen. Om dergelijk gedrag te voorkomen dient de overheid (in de rol van regulator) regels te stellen met eisen aan de incumbent over toegang tot het net en interconnectievoorwaarden. In dit verband is het bijvoorbeeld mogelijk de *incumbent* te

dwingen zelf een gebruikersprijs te betalen die even hoog is als de prijs die deze incumbent aan zijn concurrenten vraagt. Een *incumbent* kan in de verleiding komen om de eigendom van *bottleneck*-faciliteiten te misbruiken voor het opbouwen van concurrentievoordeel in andere segmenten van de markt. Monopoliewinsten die hier te behalen zijn, kunnen immers worden ingezet om prijsverlagingen te financieren in delen van de markt waar de concurrentie wel hevig is. Om dergelijke verschijnselen te voorkomen is het mogelijk grenzen te stellen aan de mate van verticale integratie in de bedrijfskolom en eisen te stellen met betrekking tot de scheiding van eigendom van delen van het infrastructuursysteem.

Bij een *open-access*-benadering krijgt de concurrentie op de infrastructuur gestalte door de verkoop van rechten op netwerkcapaciteit aan concurrerende bedrijven op non-discriminatoire basis (Klein en Gray 1997: 2). Voor sommige typen infrastructuur zal het echter moeilijk zijn dergelijke rechten te definiëren, vast te stellen en te handhaven op een manier waardoor echte concurrentie mogelijk is. In een elektriciteitsnet bijvoorbeeld is de capaciteit die al dan niet gebruikt wordt in bepaald deel van het netwerk, een functie van het totaal aan elektriciteitsstromen door het gehele systeem en dus niet van een lokaal proces van onderhandelingen of van een beperkt aantal transportbeslissingen. In zo'n geval is het weinig praktisch om capaciteitsrechten of toegangsrechten te definiëren. Een alternatief is dan het gebruik van een centraal *dispatch*-systeem dat de stromen optimaliseert en op elk moment direct de vraag en het aanbod op elkaar afstemt. Dit garandeert open toegang, in die zin dat winnende bidders altijd en per definitie hun stroom kunnen afzetten. Dergelijke 'smart pooling-systems' worden nu overal ter wereld in de elektriciteitssector gebruikt.

Producten als elektriciteit en gas of drinkwater zijn dermate homogeen dat het voor de klant niet uitmaakt waar het vandaan komt, welke weg het heeft afgelegd en door wie het precies wordt aangeboden. Dit ligt anders in bijvoorbeeld de telecommunicatie- en spoorwegsector. Hier worden complexere eisen aan de afhandeling over de infrastructuur gesteld. Een klant, in dit geval een beller of een reiziger, wil hier een specifiek punt in het netwerk bereiken: een bepaalde locatie of een bepaald persoon. Hier dienen arrangementen te worden ontworpen voor de dienstregeling over de infrastructuur om concurrentie mogelijk te maken. Het gaat dan *in concreto* bijvoorbeeld om de toedeling van landings- en stijgingsrechten voor vliegtuigen (*airport slots*) en om de toewijzing van specifieke spoorlijnen voor gebruik op een bepaald tijdstip aan een bepaalde treinmaatschappij. Ook hier is echter een 'slim' verdeelsysteem nodig. De waarde van elk gebruiksrecht voor een spoorwegtraject op een bepaald tijdstip hangt immers mede af van wat er gebeurt in andere, aangrenzende segmenten, zowel in tijd als plaats. Om een optimaal gebruik te bevorderen dient men nu een secundaire markt voor de handel in gebruiksrechten mogelijk te maken. Rechten die in de primaire markt worden aangekocht van de beheerder van de infrastructuur kunnen nu via handel met andere marktpartijen tot een voor alle marktpartijen optimale dienstregeling leiden.

Het is dus mogelijk om op een aantal manieren ruimte te scheppen voor concurrentie op de infrastructuur. Zo is het mogelijk om de infrastructuur te scheiden van de dienstverlening over het net. Vervolgens kan dan de infrastructuur in handen van de overheid worden gelegd of aan een private onderneming worden gegeven die zelf geen belang heeft in de dienstverlening. Ook is het mogelijk om de infrastructuur in eigendom te laten van de dienstverleners. Om concurrentievervalsing te voorkomen moeten dan wel duidelijke voorwaarden worden gesteld met betrekking tot de toegang door derden. Afhankelijk van (de technische kenmerken van) het specifieke type infrastructuur dienen aanvullende eisen te worden gesteld aan de vorm van de markt en de wijze waarop concurrentie gestalte kan krijgen.

### 6.3.2 CONCURRENTIE OM DE INFRASTRUCTUUR / BETWISTBARE MARKTEN

Een van de mogelijkheden om ruimte te scheppen voor concurrentie in infrastructuurgebonden sectoren is het bevorderen van concurrentie op de infrastructuur, dat wil zeggen concurrentie in de markt. Een andere mogelijkheid is om concurrentie *om* de infrastructuur te laten ontstaan. In de literatuur staat deze constructie bekend als de vorming van betwistbare markten (*contestable markets*). Hier gaat het erom het monopolie op de infrastructuur via een franchiseconstructie te gunnen aan de bidder die de laagste prijs tegen de beste kwaliteit aan de klanten biedt (Klein en Gray 1997: 1). Wanneer gekozen wordt voor concurrentie om de markt, dingen bedrijven naar franchises die ze het recht geven om voor bepaalde tijd in een specifiek segment van de markt enig producent van een goed of dienst te zijn. Deze constructie is bedoeld om ruimte te scheppen voor onderlinge concurrentie. Zij wordt onder meer gebruikt bij de toedeling van omroep- en telefoniefrequenties en bij het gunnen van de rechten om bepaalde bus- of spoorlijnen te exploiteren.

Om te illustreren hoe het mis kan gaan wanneer concurrentie haar intrede doet in de infrastructuurgebonden sectoren wordt niet zelden een voorbeeld uit het busvervoer aangehaald. Hier gaat het verhaal dat bussen in Groot-Brittannië om het hardst reden en elkaar via volstrekt onverantwoorde inhaalmanoeuvres gingen passeren om maar het eerst bij een volgende halte te kunnen zijn en de passagiers die daar stonden te kunnen meenemen. Een dergelijk probleem is te ontlopen door de markt zo te structureren dat er sprake is van de gunning van tijdelijke monopolies (in dit geval de exploitatie van bepaalde buslijnen). Niet concurrentie in de markt, maar concurrentie *om* (delen van) de markt is hier dus het aangewezen alternatief. Bij concurrentie om de markt dingen bedrijven naar het recht om voor bepaalde tijd enig aanbieder, dus monopolist, te zijn. Door een monopoliepositie aan tijdslimieten te binden en met enige regelaar een hernieuwde allocatie in het vooruitzicht te stellen, worden de monopolisten hier door de overheid geprikkeld kwaliteit te blijven leveren en voeling te houden met de klant. Er zijn in de loop der tijd diverse mechanismen ontwikkeld om tijdelijke exclusieve marktrechten toe te delen (Tyler en Bednarczyk 1993: 669-671). Zo is het om te beginnen denkbaar dat de gunnende overheid *ad hoc* en van geval tot geval besluit over de toewijzing van een tijdelijk monopolie.



Een dergelijk mechanisme is snel en goedkoop, maar ook vatbaar voor kritiek doordat procedurele waarborgen ontbreken tegen vooringenomenheid of onbehoorlijke invloedsuitoefening tijdens het besluitvormingsproces.

Vervolgens is het mogelijk de beslissing over toewijzing te baseren op het principe ‘wie het eerst komt, die het eerst maalt’ (*first-come first-served*). Ook deze manier is snel en goedkoop, maar heeft weer als nadeel dat het gevestigden bevoordeelt ten opzichte van nieuwkomers, die soms tegen een betere prijs-kwaliteitverhouding kunnen leveren.

Een overheid kan bij de toewijzing van opdrachten ook kiezen voor de loterij en zo het toeval als beslissingsvariabele invoeren. Om te voorkomen dat hierdoor een volkomen inadequate beslissing genomen wordt, zijn dan overigens meestal wel bepaalde kwalificatie-eisen gesteld aan de deelname. Loterijen hebben als voordeel dat ze snel en goedkoop zijn. De uitkomsten ervan worden echter ook gekenmerkt door willekeur en mede daarom door de meedingende partijen als zeer frustrerend ervaren.

Een volgende mogelijkheid om te beslissen over de toewijzing is het organiseren van een *beauty contest*. Typisch voor deze methode is dat de vergunningvragers met gedetailleerde voorstellen komen en dat de evaluatie hiervan plaatsvindt door middel van een formeel vastgelegde procedure. Deze methode heeft als voordeel dat de voorbereiding gedegen is en de bieding informatief. Het voorziet de licentieverlener van uitgebreide informatie, het moedigt de aanbieders ook aan zichzelf te onderscheiden door service-innovatie en concurrerende prijzen. Het is ook een transparant systeem, met procedurele waarborgen tegen vooringenomenheid en misbruik. Het kost echter wel veel tijd en veel geld, zowel voor de licentievragers als voor degene die de licentie verleent. Een variant hierop is de prijsvraag, waarvan men zich in de architectuur bedient. Net als de prijsvraag kunnen ook *comparative hearings* worden gezien als een bijzondere vorm van de *beauty contest*. Kenmerkend is hier dat openbare hoorzittingen worden georganiseerd, waarvan het doel is dat de relevante overwegingen voor en tegen de verlening van een bepaalde opdracht aan een bepaalde aanbieder op tafel komen.

Een laatste mogelijkheid om concurrentie om de markt te organiseren is het houden van een veiling. Deze methode krijgt op dit moment doorgaans de voorkeur. Veilen wordt bijvoorbeeld gebruikt voor de toedeling van spectrumfrequenties, voor de vergunningverlening aan mobiele telefoonoperators en bij het gunnen van concessies voor de exploitatie van benzinepompen. Er zijn verschillende manieren van veilen. In de praktijk wordt steeds meer gekozen voor de ‘simultaneous ascending approach’.<sup>3</sup>

Hoewel de exclusieve positie op de markt bij concurrentie om de infrastructuur als zodanig wel blijft bestaan, is er toch een prikkel voor de monopolist om naar optimale efficiency te streven, door de dreiging dat het franchisecontract na afloop van de termijn niet zal worden verlengd. Een periodieke veiling van de

exclusieve marktrechten geeft de overheid als franchisegever bovendien belangrijke strategische informatie over de waarde die marktpartijen aan de exploitatie van het monopolie toekennen. De introductie van concurrentie om de infrastructuur is verder interessant omdat met deze constructie het probleem van de verzonken kosten (*sunk costs*) te omzeilen valt.

De introductie van concurrentie om de markt, bijvoorbeeld door het veilen van exclusieve marktrechten, is echter niet zonder risico's (vgl. George et al. 1991: 375). Echte concurrentie verdwijnt hier wanneer er mogelijkheden bestaan om geheime afspraken tussen bidders te maken. De marktpartij die hier voor een bepaalde tijd het monopolie gegund heeft gekregen, heeft als *incumbent* beschikking over informatie die niet voor andere marktpartijen toegankelijk is. Deze informatiescheefheid kan in het proces van prijsvorming een negatieve rol spelen. Het is moeilijk contracten te bepalen en te specificeren wanneer niet-prijsgebonden factoren een belangrijke rol spelen of wanneer er onzekerheid bestaat over toekomstige ontwikkelingen in de vraag en/of de prijs. Bovendien is het lastig en tegelijk wel zeer wezenlijk de contracttermijn te bepalen. Wanneer de termijn te kort is, kan dit ongunstig zijn voor de investeringsbeslissingen die de houder van een tijdelijk monopolie moet nemen: waarom zouden we de kapotte zittingen in een bus vervangen als het toch onzeker is of we hier volgend jaar ook nog rijden? Is de termijn te lang, dan kan dit prikkels wegnemen voor de franchisenemer om werkelijk efficiënt en klantgericht te werken.

Het spreekt hiermee voor zich dat ook een keuze voor concurrentie om de markt specifieke reguleringsvragen met zich brengt. Deze hebben onder meer betrekking op de organisatie van de primaire markt (toedeling via veiling, contractuur, enz.) en de secundaire markt (voorwaarden voor verhandelbaarheid).

### 6.3.3 CONCURRENTIE TUSSEN INFRASTRUCTUREN / MONOPOLISTISCHE CONCURRENTIE

Sectoren die door hun infrastructuurgebonden karakter de kenmerken van een natuurlijk monopolie vertonen, kunnen op heel verschillende manier aan concurrentie worden blootgesteld. Een alternatief voor concurrentie op de infrastructuur of concurrentie om de infrastructuur, zoals hiervoor beschreven, is het bevorderen van concurrentie tussen infrastructuren. Deze vorm van concurrentie wordt in de literatuur ook wel intermodale of monopolistische concurrentie genoemd. Treinen zien zich bijvoorbeeld geconfronteerd met concurrentie van auto's en bussen, als het gaat om reizigersvervoer. In de telecommunicatie worden lijngebonden netwerken steeds meer blootgesteld aan concurrentie van draadloze diensten (mobiele telefonie) en in de toekomst zal er wellicht zelfs sprake zijn van concurrerende lijngebonden netwerken, nu de kosten voor de aanleg van dergelijke infrastructuur fors omlaag gaan.

Het is mogelijk dergelijke (vaak onbedoelde en vanuit het traditionele paradigma zelfs ongewenst geachte) vormen van concurrentie bewust te bevorderen door het bussen bijvoorbeeld toe te staan dezelfde langeafstandstrajecten te exploiteren als de trein en door de treinmaatschappijen in de gelegenheid te stellen taxi-bedrijven op te kopen waarmee eenzelfde of zelfs betere dekingsgraad te bereiken valt dan nu voor de busbedrijven mogelijk is. Concurrentie tussen infra-structuren is ook te bevorderen door het stimuleren van technologische innovaties gericht op het tot stand brengen van multifunctionele infra-structuren: telefoonkabels die ook televisiesignalen kunnen verspreiden, televisiekabels die ook telefoonverkeer kunnen afhandelen, pijpleidingnetwerken die niet slechts ethyleen of gas of water kunnen vervoeren, maar al deze producten (en meer).

#### **6.3.4 CONCURRENTIE MET DE INFRASTRUCTUUR/ MONOPOLISTISCHE CONCURRENTIE-2**

Een laatste mogelijkheid om concurrentie te bevorderen in infrastructuurgebonden sectoren is alternatieve productiewijzen tot ontwikkeling te brengen waarmee de producten en diensten van infrastructuurgebonden sectoren kunnen worden voortgebracht, zonder dat een beroep hoeft te worden gedaan op de infrastructuurvoorzieningen. In dit laatste alternatief komt dus het infrastructuurgebonden karakter van de productie en distributie te vervallen. Nu ontstaat er marktwerking door wat we zouden kunnen aanduiden als concurrentie met de infrastructuur. In de watersector kan hier bijvoorbeeld de fles bronwater als concurrent voor het leidingwater gelden. Een voorbeeld uit de elektriciteitssector is de ontwikkeling van de huisgenerator (microwarmtekrachtkoppeling (WKK) met Stirlingmotor), die als kleine centrale thuis in de toekomst voor elk huishouden op zich stroom en warmte kan gaan leveren.

De grootschalige introductie van een dergelijke nieuwe technologie zorgt niet alleen voor concurrentie met de huidige manier van produceren en distribueren van elektriciteit, maar kan op termijn zelfs mogelijk het einde betekenen van de infrastructuur.

#### **6.3.5 HET 'NIEUWE' PARADIGMA: EEN SPECIFICATIE**

Wat is nu, al met al, de redenering die gevolgd wordt in het 'nieuwe' paradigma, wanneer het aankomt op concurrentiebevordering in de infrastructuurgebonden sectoren? Het vertrekpunt is hier dat de specifieke kenmerken van een bepaalde infrastructuurgebonden sector bepalend zijn voor de ruimte die er is voor (bepaalde vormen van) concurrentie. Om die specifieke kenmerken goed in beeld te krijgen dient men de economische structuur in die sector in ogen-schouw te nemen (Klein en Gray 1997: 3). De economische structuur van de sector dient hierbij te worden gezien op het niveau van afzonderlijke schakels, om zo per schakel te kunnen bepalen of er al dan niet van een natuurlijk monopolie sprake is en wat de mogelijkheden voor concurrentie zijn.

Ruimte laten voor concurrentie is relatief eenvoudig wanneer verzonken kosten (*sunk costs*) niet belangrijk zijn. Immers, naarmate de kosten die nodig zijn voor productie en dienstverlening, maar die niet op de klanten kunnen worden verhaald, hoger zijn, zal de toetreding door derden minder makkelijk kunnen worden gerealiseerd. Juist door de binding met infrastructurele voorzieningen zijn verzonken kosten over het algemeen echter juist wel belangrijk in sectoren als het openbaar vervoer, de energievoorziening en de telecom. Concurrentie in de markt is hier toch een optie wanneer het mogelijk is om de verzonken kosten te isoleren. Het aanbrengen van een duidelijke scheiding tussen de eigendom van de infrastructuur en het recht van exploitatie via dienstverlening over het netwerk kan in dit opzicht bijvoorbeeld een uitweg bieden. Concurrentie om de markt door de tijdelijke toewijzing van monopoliefrenchises zal het meest efficiënt zijn waar duidelijke schaalvoordelen (*economies of scale*) te behalen zijn door een goede planning (*scheduling*), zoals bij de exploitatie van stedelijk busvervoer of de vaste vuilnisophaaldiensten. Concurrentie met de markt (monopolistische concurrentie) door het bevorderen van mededinging tussen infrastructuren of met een infrastructuur is een optie die steeds als aanvulling hierop kan gelden.

In sectoren waar de infrastructuur het transport en de distributie van homogene goederen en diensten (gas, elektriciteit) verzorgt en het begin- en eindpunt er niet toe doen, is het zinvol te kiezen voor 'smart pooling systems', althans daar waar een voldoende grote markt voor enige concurrentie kan worden gecreëerd. In sectoren waarvoor geldt dat de goederen en diensten die worden verzorgd via de infrastructuur niet homogeen zijn en het begin- en eindpunt er wel toe doen, is het zinvol te kiezen voor enige vorm van open toegang (*open access*) of gedeeld gebruik (*common carriage*), met regulering van de interconnectie. Deze benadering wordt vooral toegepast in de telecommunicatie, maar kan ook worden gebruikt als het gaat om de spoorwegen of de exploitatie van gaspijpleidingen.

Niet onbelangrijk is verder het besef dat technologische innovatie steeds de mogelijkheden voor concurrentie kan vergroten. Hierbij kan het gaan om alle hiervoor onderscheiden vormen van concurrentie: concurrentie op de infrastructuur (ontwikkeling nieuwe diensten, bijv. *resale* van telefoniecapaciteit), concurrentie om de infrastructuur (internetondersteuning van de veiling voor etherfrequenties), concurrentie tussen infrastructuren (multifunctionaliteit van bijv. de antennekabels: omroep en telefonie) en concurrentie met de infrastructuur (huisgeneratoren in de elektriciteitsvoorziening).

Wat nu als concurrentie, in het licht van deze diverse opties, in een bepaalde schakel toch nog onmogelijk blijkt en/of ongewenst is? Sluitstuk van de redenering in het 'nieuwe' paradigma is dat er dan nog altijd de klassieke optie open staat om te kiezen voor een publiek monopolie of een sterk gereguleerd privaat monopolie.

## 6.4 DUBBELZINNIGE PRAKTIJKEN

### 6.4.1 MEER MARKT, MINDER OVERHEID

Redenerend vanuit het ‘nieuwe’ paradigma is een aantal ontwikkelingen in gang gezet binnen de infrastructuurgebonden sectoren die meer ruimte moeten scheppen voor de markt dan nu het geval is en die ertoe leiden dat de voortbrenging van nutsvoorzieningen meer op afstand van de overheid zal plaatsvinden dan nu het geval is.

#### **Privatisering**

Overheden stoten hun aandelen in nutsbedrijven af. Bedrijven die op dit moment opereren in de nutssector zullen meer op afstand komen te staan van overheden dan nu het geval is. De aandelen van nutsbedrijven zijn nu veelal geheel of gedeeltelijk in handen van overheden. Op termijn zullen veel overheden hun belangen in deze afstoten. Aandelen van KPN zijn reeds nu vrij verhandelbaar op de beurs. Een groot aantal gemeenten heeft zijn aandelen in televisiekabelbedrijven verkocht. Op termijn zullen lagere overheden hun belangen in energieproductie- en distributiebedrijven gaan afstoten. NS speelt met de gedachte van een beursgang. Wat er in de toekomst moet gebeuren met de aandelen in afvalverwerkingsinstallaties en busbedrijven, staat periodiek ter discussie. Vervreemding van de aandelen betekent overigens niet automatisch dat de band van overheden met deze bedrijven niet toch nog een bijzondere kan blijven. Zo hebben sommige gemeenten bedongen dat zij ook na de verkoop van de aandelen in ‘hun’ kabelbedrijven direct of indirect invloed blijven behouden op het programma-aanbod op de kabel en op de tarieven voor de abonnementen.

#### **Liberalisering**

Delen van de afzetmarkt voor nutsvoorzieningen komen in handen van niet-publieke bedrijven. Naast de bedrijven die nu reeds opereren in de nutssector, zullen zich in veel sectoren nieuwe bedrijven melden op de markt. De essentie van liberalisering is dat markten worden opgesteld voor toetreders. Markten die voorheen bediend werden door slechts één overheidsbedrijf als monopolist, zullen, zo veel mogelijk, gewone markten worden, dat wil zeggen: markten waar verschillende bedrijven elkaar beconcurreren. Sommige van deze bedrijven zullen dezelfde diensten en producten aanbieden als de klassieke nutsbedrijven. Denk in dit verband bijvoorbeeld aan een buitenlandse energieproducent die op termijn zijn elektriciteit zal aanbieden aan Nederlandse kleinverbruikers. Voor de consument zal het niet uitmaken, want voor hem is het *grosso modo* elektriciteit. Maar er zullen ook nieuwelingen komen die nieuwe producten en diensten aanbieden. In de telecomsector is dit nu reeds gaande. Veel toetreders proberen hier met gedeeltelijk nieuwe diensten een plaats te veroveren op de Nederlandse markt.

#### **Deregulering**

De voortbrenging van nutsvoorzieningen zal in de toekomst meer op afstand van de overheid plaatsvinden: een groter deel van de producten of diensten die

in de nutssectoren worden voortgebracht, zal afkomstig zijn van bedrijven waar de overheid geen bijzondere band meer mee heeft of zelfs nooit mee heeft gehad. Bezien we de toegenomen afstand vanuit de huidige nutsbedrijven, dan is er sprake van privatisering. Bezien we diezelfde ontwikkeling in het licht van de totale markt, dan is sprake van liberalisering. Vanuit de overheid zelf bekeken is bovendien sprake van deregulering. Hier gaat het om een vermindering van de met sancties bedreigde beperkingen die door de overheid aan organisaties en individuen zijn opgelegd. Binnen de infrastructuurgebonden sectoren ontstaat op die manier meer ruimte om de voorziening van producten en diensten naar eigen inzicht vorm te geven en in te richten.

### **Verzelfstandiging**

Overigens is met het benoemen van ontwikkelingen als privatisering, liberalisering en deregulering het proces van afstandsvergroting in de nutssectoren nog niet volledig beschreven. Het is namelijk zo dat niet alleen de productie en distributie zelf, maar ook de regulering van de nutssectoren anders wordt georganiseerd. De regulering van de sector zelf komt meer op afstand van de overheden te staan. Wanneer een markt door privatisering, liberalisering en deregulering opengemaakt wordt, ontstaat de behoefte aan een orgaan dat de marktcondities ordent en regelt. Dit omvat meer dan toezicht alleen. Het gaat ook om het scheppen van een 'level playing field', het beschermen van 'infant companies' en de introductie van asymmetrische gedragsbepalingen. Deregulering van nutssectoren is of komt veelal in handen van organen die op betrekkelijk grote afstand van de overheden staan. De precieze invulling van die afstand verschilt overigens nog per sector. Soms wordt een toezichthouder door de instelling van een nieuw zelfstandig bestuursorgaan (dus via externe verzelfstandiging) op afstand van het departement en de minister geplaatst. De OPTA is hiervan een voorbeeld. Maar soms ook maken toezichthouders vooralsnog (al dan niet intern verzelfstandigd in de vorm van een agentschap) als centrale afdeling of directie deel uit van het departement. DTE is bijvoorbeeld ingesteld als departementale dienst. Overigens ziet het er inmiddels naar uit dat DTE een Kamer wordt binnen de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA), die zelf naar verwachting van een agentschap zal worden omgevormd in een zelfstandig bestuursorgaan. In het openbaar vervoer ontbreekt een sectorspecifieke toezichthouder nog.

#### **6.4.2 MEER MARKT, MEER OVERHEID**

Niet zelden wordt het (door zowel voor- als tegenstanders) vanzelfsprekend gedacht dat concurrentiebevordering in de infrastructuurgebonden sectoren meer markt en *dus* minder overheid betekent. De praktijk leert echter dat concurrentiebevordering een veel complexere verandering oproept die wel ingrijpende verschuivingen in publieke en private verantwoordelijkheden teweegbrengt, maar die niet goed te benoemen zijn in termen van 'meer voor de één, dus minder voor de ander'. In dit opzicht is het nogal verwarrend om de veranderingen die zich nu voltrekken ten aanzien van de voortbrenging van nutsvoorzieningen, aan te duiden met begrippen als deregulering, liberalisering en privatisering.

### **Deregulering?**

Een begrip als 'deregulering' is bepaald misleidend, wanneer het erom gaat te benoemen welke ontwikkelingen zich momenteel voltrekken in de infrastructuurgebonden sectoren. In plaats van dat er op dit moment regels worden afgeschaft in de infrastructuurgebonden sectoren of dat het aantal regels aan het verminderen is, zien we namelijk dat er feitelijk een proces gaande is waarin (tegelijk) juist nieuwe (en vaak niet minder maar meer) regels worden gesteld. Neem nu de telecommunicatiesector. Hier zien we dat er in veel landen op dit moment regulering tot stand komt waar hiervan voorheen niet of nauwelijks sprake was (Hudson 1997: 76). Immers, waar telecommunicatie onderdeel is van een publiek monopolie bestaat de behoefte aan een apart stelsel van regulering niet; beslissingen over frequentieverdeling, standaarden en prijzen worden hier genomen door hetzelfde overheidsbedrijf dat voor de nutsfunctie verantwoordelijk is.

Wanneer er ruimte ontstaat voor concurrentie, verandert dit. Waar landen concurrentie toelaten in bijvoorbeeld de elektriciteitsvoorziening of het openbaar vervoer, moeten ze zichzelf nieuwe vragen stellen, zoals: hoe zorgen we ervoor dat deze nutsvoorzieningen toegankelijk blijven voor de gehele bevolking? Hoe verzekeren we ons ervan dat de productie van nutsvoorzieningen voor iedereen betaalbaar blijft? Hoe realiseren we onze milieudoelstellingen en welke middelen zijn er om sociale overwegingen in een concurrerende markt voldoende te laten meewegen? Door concurrentie toe te staan ziet de overheid zich bovendien ineens genoodzaakt een 'level playing field' tot stand te brengen waar gelijke kansen bestaan voor voormalige monopolisten en nieuwe toetreders. Tegelijk dient diezelfde overheid ook nog eens de belangen van de moeilijk bereikbare, perifere en commercieel gezien minder interessante klanten te waarborgen. Nieuwe beleidsvragen doen hier hun intrede: regeling van de toegang tot *bottleneck*-faciliteiten, openbreken van monopolieposities en tegengaan van kruissubsidiëring.

Zelfs in een concurrerende vrije markt is regulering nodig om zeker te stellen dat de marktpartijen eerlijk met elkaar concurreren en door hun bedrijfsactiviteiten uiteindelijk niet alleen hun individuele belangen, maar ook het gezamenlijke, maatschappelijk belang dienen (Hudson 1997: 76). Misleidend aan dit alles is dat onder het mom van deregulering in feite tegelijk ook een ontwikkeling gaande is die precies het tegendeel behelst, namelijk de introductie van regulering waar daarvan voorheen niet of anders toch veel minder sprake was.

### **Liberalisering?**

Een volgend begrip waarmee de ontwikkelingen die momenteel gaande zijn in de infrastructuurgebonden sectoren, doorgaans worden aangeduid is 'liberalisering'. Ook deze term is bij nader inzien bepaald misleidend. Liberalisering staat voor vrijmaking van de markt, door de toetreding door potentiële concurrenten toe te staan. Doel van dit alles is natuurlijk dat er concurrentie ontstaat. Maar om concurrentie te creëren in infrastructuurgebonden sectoren is veel meer nodig dan het toestaan van toetreding door nieuwkomers (Hudson 1997: 76).

Om concurrentie te creëren dienen verschillende belemmeringen te worden overwonnen, bijvoorbeeld:

- *incumbent advantages*: de gevestigde monopolist zal over een behoorlijke machtspositie beschikken. Technische, financiële en juridische (merknaam)voordelen, voortkomend uit de specifieke positie van de *incumbent*, maken de toetreding voor nieuwe aanbieders al snel onaantrekkelijk;
- *cross-subsidization*: inkomsten uit niet-concurrerende delen van de markt zouden door de gevestigde partijen kunnen worden ingezet om voordeel te behalen in de concurrerende delen van de markt. Ook dit schrikt toetreding af;
- *bottleneck facilities*: om concurrerend te kunnen opereren dienen nieuwe aanbieders te beschikken over infrastructuurvoorzieningen die niet zelden nog in handen zijn van de voormalige monopolisten. Dit simpele feit is eenvoudig te misbruiken voor het afschrikken van potentiële toetreders.

Van liberalisering in de zin van ‘vrijlaten’ kan dan ook geen sprake zijn. Integendeel, als concurrentiebevordering het doel is, komt het erop aan een hele serie maatregelen te treffen die erop gericht zijn de markt op een onbelemmerde en verantwoorde wijze zijn werk te laten doen. De mate waarin een markt daadwerkelijk als geliberaliseerd kan worden beschouwd, hangt af van interconnectievoorwaarden en toegangsregels. In dit licht is niet alleen een koppeling van netwerken nodig, maar dienen ook (op het eerste gezicht) technische zaken zorgvuldig te worden vastgelegd, zoals de prijsstelling voor gebruik van de infrastructuur en de ontleding van het netwerk in componenten, die belangrijk zijn voor het scheppen van echte concurrentie.

Gelijke toegang voor alle partijen is bijzonder belangrijk voor het ontstaan van concurrentie maar zal door het vrijlaten van de markt niet kunnen ontstaan (Hudson 1997: 73-74). Partijen in de markt die eigenaar zijn van infrastructuurvoorzieningen, zullen proberen hun monopoliepositie in de dienstverlening over het netwerk te beschermen door interconnectie te weigeren of de toegangsprijs hoger te stellen dan de kosten die zijzelf kwijt zijn of die de toetreders kunnen opbrengen.

Om concurrentie mogelijk te maken dienen goede voorwaarden te worden geschapen. Regels moeten zowel de technische vereisten als de prijs van interconnectie specificeren. Anders zullen toetreders moeten inboeten op de kwaliteit van hun dienstverlening of zullen zij interconnectie met het bestaande netwerk niet kunnen betalen. Interconnectieregels zijn ook noodzakelijk voor de technische gelijkschakeling van de aanbieders. Gebruikers moeten zich geen zorgen hoeven maken over al te grote kwaliteitsverschillen in de dienstverlening, afhankelijk van welke technologie door welke aanbieder wordt gebruikt.

Liberalisering op zich, in de betekenis van vrijlating zonder dat meteen ook aanvullende regels worden gesteld in de richting van voormalige of bestaande monopolisten, is in infrastructuurgebonden sectoren niet voldoende om daad-



werkelijk concurrentie te scheppen (Hudson 1997: 76). Ruimte voor concurrentie kan alleen dan ontstaan wanneer de overheid haar verantwoordelijkheid neemt en de markt zo ontwerpt en reguleert dat er een ‘level playing field’ ontstaat, met gelijke kansen voor gevestigde monopolisten (*incumbents*) en nieuwe toetreders op de markt. De verantwoordelijkheid van de overheid strekt dus veel verder dan het vrijlaten van de markt door toetreding door potentiële concurrenten toe te laten, om zich vervolgens simpelweg terug te trekken uit de markt (Kahn 1998: 17-18).

Concluderend kan worden vastgesteld dat de term ‘liberalisering’ nogal misleidend is als typering voor de veranderingen die momenteel in de infrastructuurgebonden sectoren plaatsvinden; deze veranderingen behelzen zo ongeveer het tegendeel van een vrijmaking van de markt.

### **Privatisering?**

Niet alleen liberalisering en deregulering zijn misleidend als het erom gaat te benoemen welke ontwikkelingen zich aan het voltrekken zijn in de infrastructuurgebonden sectoren, ook een begrip als privatisering is in dit opzicht bij nadere beschouwing niet bepaald verhelderend. Op zichzelf bezien houdt privatisering niet veel meer in dan de overdracht van eigendom van een organisatie of instelling uit de publieke sector aan de private sector. De problemen die er zouden kunnen bestaan met monopolieposities in een bepaalde sector, blijven na privatisering dus gewoon bestaan. Na overdracht van de eigendom van een organisatie of instelling aan de private sector ontstaat zeker niet vanzelf een markt of één van de vormen van concurrentie die hiervoor zijn aangeduid.

Als er al een positief pleidooi voor privatisering op zichzelf te houden valt, dient dit gebaseerd te zijn op een direct verband tussen de eigendom (publiek of privaat) en de efficiency van een organisatie. De bewijsvoering op dit punt is bepaald niet sluitend en overtuigend. Weliswaar zijn er vele studies naar de effecten van eigendom op bedrijfsprestaties verschenen, maar bij elkaar is het beeld dat ze genereren, zeer genuanceerd.

Sommige studies laten de superioriteit van publieke ondernemingen zien (zie: Millward 1982), terwijl andere studies juist concluderen dat private ondernemingen beter scoren omdat publieke instellingen per definitie hogere kosten moeten maken (Borchering et al. 1982). Als we een organisatie als de OECD (1992: 29) mogen geloven, is de belangrijkste verklaring voor deze variëteit in de bevindingen “the varying interaction between ownership and competition and the effects of regulation where competition is absent”. Dit leidt ons weg van simpele veronderstellingen over de superioriteit van de ene vorm van eigendom boven de andere en brengt ons weer terug bij het belang van concurrentie en de maakbaarheid van de markt.

Privatisering op zich mist wat dat betreft eigenlijk precies het punt waar het in de infrastructuurgebonden sectoren werkelijk om draait, namelijk ruimte scheppen voor de markt en de bevordering van concurrentie. Niet voor niets is er in de elektriciteitssector in dit licht voor gekozen om liberalisering van de

markt aan de privatisering van de nutsbedrijven als regionale monopolies vooraf te laten gaan. Hoewel in sterk ideologisch gekleurde betogen concurrentiebevordering wel naar voren wordt gebracht als een manier om de pathologieën van de overheid te vervangen door de superieure krachten van de markt, is in de praktijk van een dergelijke vervanging geen sprake (Kettl 1993: 14). Door de hernieuwde en geïntensiveerde aandacht voor de maakbaarheid van de markt, de inzet van nieuwe en innovatieve instrumenten (bijv. veilen en franchising) en marktconforme varianten van regulering, zijn overheid en markt feitelijk steeds meer op elkaar aangewezen en in elkaar verstrengeld geraakt. De term privatisering is al met al nogal misleidend als aanduiding voor een ontwikkeling waar de privatisering van publieke ondernemingen (voorzover die al aan de orde is: elektriciteitssector, watersector) veel minder wezenlijk is dan het versterken van de publieke invloed op private partijen ('governmentalizing of the private sector') door een herontdekking van de maakbaarheid van de markt.

## 6.5 VERVAGENDE PENDULES

### 6.5.1 HET EINDE VAN DE GESCHIEDENIS?

Als we Francis Fukuyama mogen geloven, zijn wij getuige van het einde van de geschiedenis. Naar zijn opvatting is de geschiedenis (in de Hegeliaanse zin van een continue confrontatie tussen ideologieën) ten einde met de universalisering van de liberale democratie als de ultieme staatsvorm. Het lijkt op dit moment wel mode om het einde van van alles en nog wat te verkondigen: onze geschiedenis, onze ideologie, onze democratie, onze natiestaat, noem maar op. Het zal het seizoen wel zijn: het einde van een eeuw en zelfs van een millennium is nabij. Toch kan hiermee niet de vraag worden afgedaan of we ook voor de infrastructuurgebonden sectoren een post-historische periode tegemoet gaan, met het uitzicht op eeuwenlange eindeloze verveling. Zijn alle veranderingen die in de toekomst nog te verwachten zijn, slechts de nasleep van de privatisering, liberalisering en deregulering die nu plaats hebben? Of moeten we deze ontwikkelingen slechts beschouwen als de zoveelste beweging van de pendule, die vroeg of laat onafwendbaar zal worden gevolgd door een beweging in omgekeerde richting?

Onze positie is deze: op het eerste gezicht vertoont de geschiedenis van de infrastructuurgebonden sectoren inderdaad de kenmerken van een penduleachtige beweging. Bij nader inzien ligt dit echter ingewikkelder, omdat de begrippen waarmee we de nu gaande zijnde ontwikkelingen benoemen, ons misleiden: ze suggereren een beweging die de ene kant op gaat, terwijl tegelijk ook een beweging de andere kant op gaande is.

### 6.5.2 OP HET EERSTE GEZICHT: EEN PENDULEACHTIGE BEWEGING

Tot in de negentiende eeuw waren infrastructurele voorzieningen, zoals wegen, kanalen, spoorwegen, gas- en elektriciteitsleidingen, rioleringen en watersystemen, geheel en al in particuliere handen. De inmenging door de overheid was

minimaal, voorzover überhaupt aanwezig (Klein en Roger 1995: 1). De twintigste eeuw brengt hierin verandering. Niet alleen komen de infrastructurele voorzieningen zelf dan steeds meer in handen van de overheid, ook de bedrijven die zich bezighouden met de voortbrenging van de producten en diensten via die infrastructurele voorzieningen, raken steeds sterker gereguleerd of worden zelfs generationaliseerd. Overheidsinterventies gebaseerd op het eerder beschreven ‘traditionele’ paradigma vormen een verklaring hiervoor. Ontevredenheid over de efficiency, de klantgerichtheid en de innovativiteit van ondernemingen in de infrastructuurgebonden sectoren zorgt dan in de loop van de jaren zeventig en tachtig voor een volgende verandering in vele landen, waarbij het accent wordt verlegd van de overheid terug naar de markt. Een golf van privatisering, liberalisering en deregulering gaat over de wereld. Het hiervoor reeds toegelichte ‘nieuwe’ paradigma vormt de basis daarvoor. Het is alsof deze beweging past in een historische ontwikkeling die zich kenmerkt door een penduleachtige beweging (Klein en Roger 1995: 1).

Een volgende ‘swing of the pendulum’ is zeker te verwachten, als we ons bedenken dat privatisering, liberalisering en deregulering weliswaar beloftevolle perspectieven mogen bieden voor de infrastructuurgebonden sectoren, maar dat er ook aanzienlijke risico’s mee verbonden zijn. Het is één ding om te verkondigen dat er concurrerende markten moeten komen in de infrastructuurgebonden sectoren, het is iets geheel anders om daar in de praktijk ook daadwerkelijk invulling aan te geven. Hier zien we dat geen enkele toekomstwens, hoe veelbelovend ook, zich laat realiseren zonder dat eerst een aantal obstakels en belemmeringen wordt overwonnen.

Wanneer er onder het mom van deregulering in feite sprake is van (re-)regulering, als liberalisering in werkelijkheid allesbehalve een vrijmaking van de markt behelst en privatisering gepaard gaat met een beweging die precies het tegendeel bewerkstelligt, kan van een penduleachtige beweging maar moeilijk sprake zijn. Deze conclusie wordt nog eens versterkt door het besef dat de paradigmaverschuiving die zich nu voordoet in het denken over de infrastructuurgebonden sectoren, meer omvat dan een ideologisch getinte herontdekking van het klassieke marktdenken. Het omvat, zoals gezegd, zeker óók een intellectuele vooruitgang in het denken over de mogelijkheden voor marktwerking in infrastructuurgebonden sectoren. Hoewel soms met grote stelligheid het tegendeel wordt beweerd (o.a. Hoogerwerf 1995: 78), betekent de herontdekking van de markt zeker niet zonder meer een terugkeer naar de samenleving van de vorige eeuw.

### 6.5.3 DE COMPLEMENTAIRE VERHOUDING VAN OVERHEID EN MARKT

Concurrentie dient zorgvuldig te worden ontworpen en gereguleerd. Hiervoor is een complementaire verhouding tussen overheid en markt benodigd en niet de monopolisering van één ordeningsprincipe ten koste van de ander.

Wanneer de overheid zich terugtrekt als eigenaar van de infrastructuren en als eigenaar van de dienstverlenende bedrijven over de infrastructuren, brengt dit met zich mee dat de overheid vervolgens een nieuwe rol moet gaan vervullen. Deze rol betreft het ontwerpen en reguleren van een markt die door investeerders geloofwaardig en door klanten eerlijk en legitiem wordt bevonden en die bovendien voor de economie als geheel efficiency kan garanderen. Het is immers onmiskenbaar zo dat de introductie van marktwerking en concurrentie in potentie niet alleen verdiensten maar ook risico's met zich brengt (Kettl 1993: 164).

Een potentieel gevaar is bijvoorbeeld dat particuliere bedrijven de markt van publieke nutsfuncties trachten te penetreren, door onder de kostprijs te gaan zitten, in de verwachting dat ze die prijzen later weer kunnen opvoeren als eenmaal een monopoliepositie is verworven. Het gevaar is hier dus dat zich na privatisering, liberalisering en deregulering in de infrastructuurgebonden sectoren bedrijven ontwikkelen die geleidelijk aan een positie als monopolist weten te verwerven of die zich als conglomeraat met andere bedrijven (oligopolie) in staat weten het eigen aandeel in de markt te misbruiken om toetreding door nieuwe concurrenten te voorkomen. Wanneer overheden zich wenden tot ondernemingen om via bijvoorbeeld aanbesteding publieke doelen langs private weg te realiseren, maken deze ondernemingen soms onderling informele afspraken om niet op prijs te concurreren – een terugkerend probleem in wegeaanleg. Ten slotte is er het gevaar van fraude. Bij inschakeling van de markt kan zich corruptie voordoen. Een historische reden om de bureaucratie in te schakelen aan het begin van de twintigste eeuw was de bescherming van publieke belangen tegen corruptie door private partijen.

De veelgeprezen disciplinerende werking van de markt bestaat slechts als en voorzover er sprake is van onderlinge concurrentie tussen marktpartijen die succes beloont en falen bestraft (Kettl 1993: 180). Wanneer deze disciplinerende werking van de markt om welke reden dan ook niet gerealiseerd wordt, ontstaan onvermijdelijk problemen, variërend van botsende belangen en misbruik van economische machtsposities tot fraude. Markten moeten zorgvuldig worden ontworpen en gereguleerd, om goed te kunnen functioneren (Osborne en Gaebler 1992: 104-106). Of het nu gaat om openbaar vervoer of om telefonie, bedrijven die hier opereren kunnen de neiging gaan vertonen de meest winstgevendende segmenten van de markt af te romen: de meest rendabele busroutes of de klanten die het meeste voor de telefoondiensten willen en kunnen betalen. Wanneer markten niet zorgvuldig ontworpen en gereguleerd zijn, kan de concurrentie worden ondermijnd. Als private ondernemingen bijvoorbeeld concessies krijgen om voor periodes van twintig tot dertig jaar een elektriciteitscentrale te exploiteren, zijn er redenen genoeg om aan te nemen dat hier nauwelijks sprake is van een disciplinerende werking van de markt door de introductie van concurrentieprikkels.

Zelfs wanneer private bedrijven geen monopoliepositie hebben kunnen ze genoeg politieke en economische macht ontwikkelen om concurrentie tegen te ondermijnen (Osborne en Gaebler 1992: 106). Indien de concurrentie niet vol-

doende zorgvuldig is ontworpen en gereguleerd, zullen bijvoorbeeld private busmaatschappijen in de verleiding kunnen komen om grote sommen geld te spenderen aan lobby-activiteiten bij de wetgever en/of aan smeergeld voor het verkrijgen en behouden van hun contracten. Ondernemers die betrokken zijn bij vuilophaaldiensten, zouden bij een verkeerd ontworpen markt in de verleiding kunnen komen hun politieke invloed te gebruiken tegen maatregelen om de hoeveelheid huisvuil te reduceren, zoals recycling en brongericht beleid.

Concurrentie die wel zorgvuldig is ontworpen en gereguleerd, kan hiertegenover weer mogelijkwijs maatschappelijk gezien eerlijker resultaten geven dan een overheidsmonopolie (Osborne en Gaebler 1992: 105). Van private partijen kan worden geëist dat zij vergelijkbare lonen en prijzen verstrekken of bepaald gewenst gedrag stimuleren. Het is belangrijk te beseffen dat wezenlijke waarden en normen en publieke doelen van overheden niet verloren hoeven te gaan door de introductie van concurrentie. Van private contractanten kan heel goed worden geëist dat ze alle segmenten van de markt dienen. Zo kan afroming worden voorkomen.

Een zorgvuldig ontworpen en gereguleerde marktwerking kan de publieke zaak dienen en is hiermee het tegenovergestelde van de uitverkoop van publieke taken aan de 'vrije markt'. De vrije markt bestaat niet, ten minste als hiermee een markt vrij van overheidsregulering wordt bedoeld. Alle legale markten worden gestructureerd door overheidsregels.

#### **6.5.4 OVERHEIDSREGULERING: VAN VERVANGING NAAR VOORWAARDE VOOR MARKTWERKING**

Om een complementaire verhouding tussen overheid en markt tot stand te brengen en duurzaam te behouden zijn nieuwe en innovatieve vormen van regulering noodzakelijk, niet een onvoorwaardelijk geloof in de zelfregulerende werking van de markt of een uitverkoop van overheidsvoorzieningen aan de markt. In dit opzicht is het niet onbelangrijk te constateren dat tot het midden van de jaren tachtig regulering vooral ter vervanging van concurrentie werd ingezet, op het moment dat concurrentie niet mogelijk werd geacht of in de praktijk faalde. Inmiddels wordt hier anders tegenaan gekeken. Regulering wordt nu niet meer zozeer als een substituut voor concurrentie gezien, maar als aanvulling hierop, bedoeld om de mogelijk negatieve effecten van concurrentie, zoals ongelijke toegang voor dienstverleners of grote gebiedsgebonden prijsverschillen, weg te nemen (Bauer 1998: 4). Met de introductie van een meer competitieve benadering van publieke nutsvoorzieningen is het uitgangspunt van de overheidsregulering verschoven in de richting van het faciliteren van competitie (bijv. door vrije toegang en interconnectiebeleid) en het begeleiden van de overgang naar meer competitieve marktstructuren. Traditionele vormen van regulering worden steeds meer vervangen door nieuwe, innovatieve en marktconforme reguleringsinstrumenten. Een voorbeeld hiervan is de vervanging van *rate base/rate of return regulation* door *performance based regulation*.

Een voorbeeld is ook de inzet van groenestroomcertificaten in de stroomvoorziening. Verder kan hier het gebruik van concessievoorwaarden als middel voor het bereiken van publieke doelen worden aangemerkt als een vorm van meer marktconforme regulering. Regulering wordt steeds nadrukkelijker gezien als een voorwaarde voor concurrentie in plaats van als een vervanger hiervan, zoals het doorgaans werd opgevat in het ‘klassieke’ paradigma op de infrastructuurgebonden sectoren als publieke nutsvoorziening (Bauer 1998: 8).

## 6.6 VRAGEN MET BETREKKING TOT ORDENING EN STURING

Essentieel in de gedachtevorming over infrastructuurgebonden sectoren is het besef dat rondom de voortbrenging van nutsvoorzieningen doelstellingen met een zeer hybride karakter gelden. Enerzijds is de voortbrenging van nutsvoorzieningen verbonden met doelen die zich laten typeren als: de levering van goedkope diensten, een deugdelijke kwaliteit van dienstverlening en een goed niveau van productinnovatie. Goedkope energie, goed en goedkoop openbaar vervoer en goedkope telecom worden alom gewenst geacht. Door het accentueren van bedrijfsmatig denken in de nutssectoren moeten deze doelen binnen bereik worden gebracht. Ontwikkelingen als privatisering, liberalisering en deregulering passen hierbij.

Anderzijds zijn aan nutsvoorzieningen ook specifieke maatschappelijke doelen verbonden. Energie moet schoon, betrouwbaar en voor iedereen betaalbaar zijn, gebruik van het openbaar vervoer dient in het licht van milieudoelstellingen te worden gestimuleerd als alternatief voor automobilititeit en telecom is een middel om vorm te geven aan het recht op informatie voor een ieder in onze samenleving. De aanvaarding van deze doelen wijst steeds in de richting van een meer dan gewone overheidsbemoeyenis.

We nemen het hybride karakter van de doelstellingen die rondom de nutsvoorzieningen gelden, hier als vertrekpunt voor een beschouwing over vragen met betrekking tot de ordening en sturing in de infrastructuurgebonden sectoren. Ze komen voort uit enkele belangrijke ontwikkelingen die we hier aan de orde willen stellen, namelijk: internationalisering en het ontstaan van oligopolies.

### 6.6.1 INTERNATIONALISERING

Tot voor kort opereerden infrastructuurgebonden sectoren altijd op nationale basis. Internationale activiteiten waren bij wet verboden in zowel de landen waar potentiële investeerders vandaan zouden kunnen komen als de landen waar geïnvesteerd zou kunnen worden (Bauer 1998: 67). Inmiddels ligt dit wel anders: buitenlandse investeerders worden uitgenodigd om te investeren en de restricties die worden opgelegd voor investeringen van nationale bedrijven in het buitenland, zijn versoepeld.

Privatisering, liberalisering en deregulering dragen bij aan de internationalisering van het bedrijfsleven dat de Nederlandse markt bedient. Privatisering van bedrijven kan ertoe leiden dat de aandelen van het voorheen publieke nutsbedrijf direct of op termijn geheel of gedeeltelijk in buitenlandse handen terechtkomen. Liberalisering van de markt kan impliceren dat de Nederlandse markt open moet voor buitenlandse bedrijven. Deregulering schept ruimte voor initiatieven van binnenlandse en buitenlandse ondernemingen om allianties te vormen, fusies aan te gaan of overnames te initiëren. Tezamen tekenen de ontwikkelingen voor de internationalisering die nu in de nutssectoren op gang komt.

Internationalisering kan meerdere gedaanten aannemen. Het kan gaan om buitenlandse giganten die onder eigen naam de Nederlandse markt betreden. Voorbeelden hiervan in de afvalsector zijn BFI en Waste Management. In de bussector gaat het onder meer om Arriva en Vancom en in de haven spreken we hier bijvoorbeeld over Hutchison Whampoa. Verder kan het gaan om buitenlandse giganten die het ‘vermomd als David’ opnemen tegen de Nederlandse incumbent (Goliath). In de telecomsector is Telfort hier een voorbeeld van. Ten slotte kan het gaan om buitenlandse giganten die een Nederlands bedrijf overnemen. Dit speelt op het spoor, zowel bij het goederenvervoer (DB-cargo koopt NS-cargo) als bij het personenvervoer (CGEA koopt aandelen in Lovers).

Rondom internationalisering in de voortbrenging van nutsvoorzieningen spelen in termen van ordening en sturing ten minste de volgende twee vragen:<sup>4</sup>

- Dient het ‘level playing field’ op nationaal of op internationaal niveau te worden vorm gegeven?
- In hoeverre is het gewenst of acceptabel dat infrastructuren en nutsbedrijven in buitenlandse handen komen?

Natuurlijk speelt het zoeken naar een antwoord op deze vragen zich niet in het luchtledige af. Er is regelgeving, met name Europese, die de beantwoording van deze vragen inkadert. Maar in de praktijk blijken landen bij de uitvoering van deze regelgeving uiteenlopende strategieën te kunnen volgen. Ze kunnen vooruitlopen op regels, maar er ook voor kiezen juist achterop te lopen. Wie de situatie in diverse Europese landen op een bepaald moment vergelijkt, ziet dat ze sterk van elkaar kunnen verschillen. Het ene land is veel verder met privatisering en/of liberalisering dan het andere. In het ene land heeft de *incumbent* nog een veel sterkere positie dan in het andere. Per land verschilt de rol van de toezichthouder sterk, enzovoort. De verschillen tussen landen wijzen erop dat er minimaal enige ruimte is voor strategische keuzes door overheden.

### **Het ‘level playing field’: op nationaal of op internationaal niveau?**

Is de ambitie om op nationaal niveau in Nederland een *level playing field* te creëren, dan is de consequentie hiervan dat de *incumbents* die hier inmiddels actief zijn, minder ruimte krijgen dan nieuwkomers. Het doel hiervan is dat er op den duur op de binnenlandse markt enigerlei vorm van concurrentie ontstaat.

Volgens deze redenering houdt OPTA streng toezicht op KPN en is eerst geprobeerd om VSN op te splitsen, waarna toen dat niet lukte, dit busbedrijf te kennen

is gegeven dat zij in haar huidige vorm niet het marktaandeel in het Nederlandse busvervoer kan behouden dat ze nu heeft (door uitsluiting van aanbestedingsprocedures).

Kiest men ervoor het 'level playing field' op internationaal niveau te bezien, dan leidt dit tot geheel andere strategieën. Internationaal bezien zijn de Nederlandse *incumbents* doorgaans betrekkelijk klein. Om internationaal de concurrentie aan te kunnen zou de Nederlandse incumbent op zijn thuismarkt niet te zeer en zeker niet te snel aan beperkingen onderworpen moeten worden. Volgens deze laatste redenering kwam het plan tot stand om de energieproductiebedrijven met elkaar te laten fuseren tot het grootschalig productiebedrijf. Alleen een bedrijf met een omvang van de Nederlandse productiebedrijven tezamen zou op de internationale markt een faire kans hebben.

### ***Nutsbedrijven en infrastructuren: in binnen- of buitenlandse handen?***

Liberalisering en privatisering kunnen ertoe leiden dat gedeelten van nutsbedrijven en infrastructuur onder buitenlands beheer komen, bijvoorbeeld doordat de aandelen van *incumbents* geheel of gedeeltelijk in buitenlandse handen komen. Denk in dit verband aan Hutchison Whampoa, dat een bod heeft uitgebracht op ECT en hiermee de strategisch belangrijke containerterminal in de Rotterdamse haven in eigendom zou krijgen. Denk ook aan DB-Cargo, dat samengaat met NS-Cargo. Ook kan het zo zijn dat belangrijke gedeelten van de Nederlandse markt in handen komen van buitenlandse *service providers*. Dit laatste is nu al het geval in de afvalwereld.

Natuurlijk maakt het de gewone gebruiker weinig uit of hij zijn elektriciteit betreft uit een Nederlands of een buitenlands bedrijf. Maar omdat met de voortbrenging van nutsvoorzieningen doorgaans publieke doelen verbonden zijn die het nationaal belang betreffen (economisch belang, maar ook staatsveiligheid en de dreigende afhankelijkheid van andere landen voor vitale voorzieningen), wordt de vraag of nutsbedrijven en infrastructuur moeten, of zelfs maar mogen, internationaliseren doorgaans met grote terughoudendheid benaderd. De beantwoording van beide vragen in termen van strategieën voor ordening en sturing hangt nauw samen. Kiest men ervoor om Nederland als het relevante niveau te beschouwen waarop een *level playing field* te organiseren valt, dan leidt dit onvermijdelijk tot internationalisering van nutsbedrijven en infrastructuur via deelname door buitenlandse bedrijven. Indien de inzet daarentegen is om het *level playing field* op internationaal niveau te realiseren, dan is de kans op een dergelijke internationalisering aanzienlijk geringer. Vanwege de samenhang tussen beide vragen worden ze hier als onderdeel van hetzelfde dilemma beschouwd.



Tabel 6.1 Dilemma level playing field/bedrijfseigendom

	level playing field: nationaal bedrijven op binnenlandse markt: internationaal	level playing field: internationaal bedrijven op binnenlandse markt: nationaal
positief	<ul style="list-style-type: none"> <li>• sleutelonderdelen van economie blijven in Nederlandse handen</li> <li>• sterke binnenlandse <i>incumbent</i> krijgt faire kans in het buitenland</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• reciprociteit: de Nederlandse bedrijven krijgen kansen in het buitenland</li> <li>• er komt buitenlands kapitaal en kennis naar Nederland</li> </ul>
negatief	<ul style="list-style-type: none"> <li>• geen concurrentie op de binnenlandse markt</li> <li>• Nederlandse <i>incumbent</i> krijgt geen 'concurrentie training'</li> <li>• onvoldoende prikkels voor verbeteringen in prijs, kwaliteit en innovatie</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• verzwakking van de positie van Nederlandse <i>incumbents</i></li> <li>• ongevaarlijk ogende buitenlandse toetreders blijken (na fusies) gevaarlijke concurrenten</li> <li>• verafhankelijkheid in vitale delen van de Nederlandse economie</li> </ul>

### Op zoek naar een dilemmabestendig arrangement

Als en voorzover Nederland kiest voor een zeer behoudende of getemporiseerde internationaliseringsstrategie door het zolang of zoveel mogelijk afschermen van de binnenlandse markt, heeft dit een aantal consequenties. Te verwachten valt dat infrastructuren die tot de basis van de Nederlandse economie gerekend kunnen worden, in handen blijven van de Nederlandse overheid of van Nederlandse ondernemingen waarover Nederlandse overheden bijzondere zeggenschap hebben. Het wordt buitenlandse bedrijven onmogelijk gemaakt om via een strategische positionering op de infrastructuur concurrentievoordelen te behalen die de Nederlandse economie schade zouden kunnen berokkenen. Een andere consequentie is dat de Nederlandse *incumbent* geen strijd hoeft te leveren op de binnenlandse markt. Op zijn thuismarkt kan hij daarom een stabiele en betrouwbare omzet realiseren, wat hem in staat stelt in het buitenland de concurrentie krachtig aan te gaan.

Er zijn echter ook nadelen verbonden aan de keuze voor deze strategie. Het eerste nadeel is dat de verdiensten van concurrentie aan de Nederlandse consumenten onthouden worden. Indien concurrentie op internationaal niveau bijvoorbeeld leidt tot goedkopere diensten en producten, zal de Nederlandse consument hier niet snel van profiteren. Het tweede nadeel is dat de afwezigheid van concurrentie de drive tot technologische innovatie wel eens zou kunnen wegnemen. Tot slot kan de comfortabele situatie voor de *incumbent* op zijn thuismarkt een reden zijn wat minder scherp te zijn in de bedrijfsvoering dan bij intensieve, dus ook binnenlandse, concurrentie het geval zou zijn.

Als en voorzover Nederland kiest voor een strategie van voortvarende internationalisering, gekoppeld aan het streven om op nationaal niveau een *level playing field* tot stand te brengen, heeft dit opnieuw een aantal specifieke consequenties.

Toepassing van het reciprociteitsbeginsel zal ertoe leiden dat waar Nederlandse markten zich openen voor buitenlandse bedrijven, omgekeerd ook Nederlandse bedrijven toegang krijgen tot buitenlandse markten. Een tweede voordeel is dat de Nederlandse economie baat kan hebben bij goed functionerende buitenlandse bedrijven die investeren in infrastructuur waarvan ook Nederlandse bedrijven gebruik kunnen maken. Een risico is hier wel dat buitenlandse bedrijven die zich op de Nederlandse markt begeven, bijvoorbeeld via allianties of verschuivingen in de eigendom, binnen het bereik kunnen komen van buitenlandse giganten, die in staat zijn Nederlandse bedrijven van de markt te drukken. Via een strategische positionering op de infrastructuur kunnen zij de nationale *incumbents* in een zeer ongemakkelijke positie manoeuvreren. De vrees is in dit verband bijvoorbeeld dat buitenlandse bedrijven de markt zullen afromen (*cream skimming/cherry picking*) en de binnenlandse bedrijven zullen afschepen met de minder interessante delen van de markt. Ook de overweging dat vitale delen van de nationale economie in buitenlandse handen komen, speelt hier een rol.

Een aantal strategieën is denkbaar om uit dit dilemma te geraken. De eerste strategie is om sleutelonderdelen in de sectoren te identificeren die niet of slechts onder stringente voorwaarden buiten het bereik van Nederlandse overheden zouden moeten kunnen vallen. Overwegingen hierbij zijn het belang voor de economie of het belang voor andere essentiële waarden. Hierbij speelt ook een rol of alternatieven voor de desbetreffende infrastructurele voorziening beschikbaar zijn of niet. Indien er alternatieven zijn, zal de behoefte aan bijzondere bescherming minder zijn. Fysieke netwerken vormen veelal de smalste schakel in de productiekolom van nutsvoorzieningen. Er is doorgaans maar één netwerk (het spoor) of er is maar een zeer beperkt aantal fysieke netwerken (telecommunicatie). Stroomafwaarts in de productiekolom verbreden de schakels zich dan weer, met andere woorden: op het netwerk is dan weer concurrentie mogelijk. Het is daarom goed zorgvuldig na te denken over het eigendom van de fysieke infrastructuur, over de regels die gelden voor vervreemding ervan en over de regels die toezien op de toegang tot het netwerk. Voor telecom geldt bijvoorbeeld dat het telefoonnet eigendom is van KPN, het eigendom van kabelnetten is verspreid over een groot aantal partijen, het juridisch eigendom van het spoor is in handen van NS Railinfratrust BV en het economisch eigendom is in handen van NS Railinfrabeheer BV. Het transportnet voor energie is eigendom van de energieproductiebedrijven, die op hun beurt weer in handen zijn van lagere overheden. Recent is besloten dat het rijk 50 procent + 1 aandeel in handen krijgt van dit netwerk. Een andere strategie is om geleidelijk te internationaliseren en steeds in overleg met de sector af te wegen welke risico's op dat moment aan verdere internationalisering zijn verboden en hoe deze risico's afgedekt kunnen worden. Tot slot kan aanvullende regelgeving worden ontworpen en vastgesteld om essentiële belangen te beschermen.

### 6.6.2 OLIGOPOLIEVORMING

In discussies over de gewenste marktform bij de voortbrenging van nutsvoorzieningen is niet zelden de (toen) bestaande situatie van het (publieke) monopolie afgezet tegen een gewenste situatie van een vrije markt, waarin veel bedrijven met elkaar wedijveren om de gunst van de consument. Echter, in de praktijk zal voor veel producten en diensten in de nutssectoren ook na privatisering en liberalisering van een vrije markt geen sprake zijn. De dominante marktform is die van een oligopolie. In een oligopolie kunnen processen optreden die de voordelen van de beoogde concurrentie grotendeels teniet doen. In plaats van elkaar te beconcurreren vertonen de potentiële concurrenten in een oligopolie de neiging om de strijd uit de weg gaan. Dit alles vanuit het besef dat ze door elkaar te beconcurreren hun betrekkelijk comfortabele positie kunnen verliezen. De processen die dit besef oproept kunnen bijvoorbeeld de volgende vormen aannemen:

- potentiële concurrenten fuseren (DB-cargo en NS-cargo);
- potentiële concurrenten gaan allianties aan (Unisource, luchtvaartmaatschappijen);
- collusie tussen marktpartijen in het oligopolie (Libertel en KPN; NS-reizigers en DB-reizigers).

Het is van belang te beseffen dat oligopolies ontstaan waar wellicht is gehoopt op vrije marktachtige constellaties, omdat arrangementen die zijn ontworpen om in een open markt te functioneren, in een oligopolioïde setting een heel andere uitwerking hebben dan in een vrije markt. Een complicatie bij dit alles is dat het veel tijd zal vragen voordat de markten die zich nu ontwikkelen rondom de nutsvoorzieningen, een meer definitieve vorm aannemen.

#### ***Hoe dient het toezicht te worden ingericht en vormgegeven?***

Bij de privatisering van nutsbedrijven en de liberalisering van de markt voor nutsvoorzieningen komt het erop aan bestuurlijke arrangementen te vinden die responsief zijn en hiermee recht kunnen doen aan veranderende en veranderlijke marktconstellaties. Een bestuurlijk arrangement dat geschikt wordt geacht om de risico's van oligopolioïde situaties te mitigeren, is de instelling van een toezichthouder/regulator. In landen waar altijd al private monopolies belast waren met de levering van nutsvoorzieningen (USA) en waar al eerder ervaring is opgedaan met privatisering en liberalisering (UK), is dit arrangement in de nutssector niet onbekend. In Nederland wint de rol van onafhankelijke regulator (toezichthouder en marktmeester) snel aan gewicht. In de telecomsector is OPTA aangewezen als regulator, hierin geflankeerd door de NMA en het Commissariaat voor de Media. In de energiesector is DTE aangewezen als toezichthouder en marktmeester. DTE zal een Kamer bij de NMA worden. De vormgeving van de toezichthouder is een belangrijke en gevoelige zaak. Een van de dilemma's die hierbij speelt, is de positionering van de toezichthouder ten opzichte van de sector en de minister.

Schematisch laat dit dilemma zich als volgt weergeven:

**Tabel 6.2 Dilemma positionering toezichthouder**

	nabij sector	nabij minister
positief	draagvlak goede info	doet recht aan ministeriële verantwoordelijkheid
negatief	niet onafhankelijk	ondeskundig geen gezag in veld

Een toezichthouder die zich nabij de sector bevindt, zal goed geïnformeerd zijn over de sector. Hij kent de economie en de technologie van de sector. Besluiten van de toezichthouder zullen getuigen van deze kennis en van begrip voor de problemen die in de sector leven. De kans op draagvlak van besluiten van de toezichthouder is daarom aanzienlijk. De keerzijde hiervan is dat de onafhankelijkheid van de toezichthouder gemakkelijk in het geding kan komen.

Een positionering nabij de minister heeft als voordeel dat de minister in staat is zijn verantwoordelijkheid te nemen, maar het is dan maar zeer de vraag of de toezichthouder in de ogen van de sector voldoende deskundig is. Indien twijfels bestaan aan zijn deskundigheid zal dat ten koste gaan van zijn gezag in het veld. Er is sprake van een dilemma: een keuze voor nabijheid tot de sector sluit nabijheid tot het veld uit en vice versa. Beide keuzes kennen voor- en nadelen. Nabijheid van de toezichthouder tot de één impliceert afhankelijkheid van de toezichthouder en juist deze afhankelijkheid tast het gezag van de toezichthouder in de ogen van de ander aan.

De oplossing voor dit dilemma ligt besloten in de afhankelijkheidsparadox: door tegelijk vele afhankelijkheden te scheppen, creëer je juist onafhankelijkheid. Door de toezichthouder afhankelijk te maken van zowel de sector als van de minister krijgt hij de gelegenheid informatie uit twee bronnen in te winnen. Hierdoor beschikt hij over meer informatie dan zowel de sector als de minister, wat hem in werkelijkheid in een betrekkelijk onafhankelijke positie plaatst.

### **Beschermen van de concurrentie of van de concurrenten?**

Een vraag die zich onvermijdelijk voordoet bij de introductie van marktwerking is of het regime dat de overgangsfase beheerst, *incumbents* en toetreders op gelijke wijze moet behandelen of dat hier (in beginsel slechts tijdelijk) enige ongelijkheid gerechtvaardigd is. Hierbij valt onder meer te denken aan striktere regulering van de prijsstelling door de voormalige monopolist. Daar waar concurrentiebevordering het beleidsdoel is, lijkt een uniform stelsel van regels voor alle partijen het ultieme doel op de lange termijn, wanneer eenmaal een vrije markt is ontstaan. In de praktijk wordt dat voor de huidige situatie echter geen reële optie geacht. Niet zelden wordt hier de positieve discriminatie van toetreders als noodzakelijk en onvermijdelijk gezien.

Om een eerlijke concurrentiepositie te garanderen dienen toetreders natuurlijk te worden beschermd tegen kruissubsidiëring of tegen pogingen van de voormalige monopolisten om door verticale integratie concurrentie te verhinderen. Bovendien dient eerlijke toegang te worden verzekerd voor nieuwkomers tot de door deze incumbents beheerste, *bottleneck*-faciliteiten. De neiging bestaat echter om verder te gaan dan alleen het garanderen van eerlijke concurrentieposities voor toetreders op basis van hun relatieve efficiency. Voorkeuren die niet aan relatieve efficiency zijn gerelateerd, spelen soms eveneens een rol en soms worden pogingen gedaan om toetreders te beschermen tegen efficiënte reacties van *incumbents* (Kahn 1998: 36). Nieuwe bedrijven worden dan (tijdelijk) afgeschermd in de concurrentieslag met de *incumbents*. Dit betekent bijvoorbeeld dat deze nieuwe bedrijven tijdelijk van al te heftige prijsconcurrentie worden gevrijwaard. Dit om de nieuwe bedrijven gelegenheid te geven ervaring op te doen, zich in een markt te vestigen en hierdoor op lange termijn te kunnen overleven zonder verdere bescherming. Een voorbeeld van hoe dit in de praktijk uitwerkt, is dat de *incumbent* in de telecomsector vaak wordt uitgesloten van meebieden in de veiling van bepaalde spectrumfrequenties. Dat kan zeker ruimte scheppen voor toetreden door nieuwkomers, maar het valt niet te ontkennen dat acties zoals deze op zichzelf anticompetitief zijn. (Kahn 1998: 37).

Dergelijke asymmetrische beperkingen van de initiatieven en reacties van *incumbents* gaan op zichzelf beschouwd verder dan het slechts instandhouden van concurrentie door onderling concurrerende partijen te beschermen tegen concurrentie (Kahn 1998: 39). Doorgaans worden dergelijke acties gerechtvaardigd met de redenering dat het hier om tijdelijke maatregelen gaat die slechts in een overgangsfase gelden en die niet meer nodig zijn bij het volwassen worden van de markt. Zeker in het licht van de dreigende oligopolievorming in de sectoren waarover we hier spreken, zou dit wel eens een al te optimistisch standpunt kunnen zijn. Om te voorkomen dat oligopolies gaan ontstaan op het spoor, op de afvalmarkt en bij de energievoorziening zou het beschermen van nieuwe toetreders tegen prijsefficiënte reacties van de gevestigde partijen op de markt wel eens een zaak van lange adem kunnen blijken.

**Tabel 6.3 Dilemma bescherming concurrentie/concurrenten**

	Beschermen concurrenten	Beschermen concurrentie
positief	behoud van meerdere marktpartijen	prijsefficiënte reacties gevestigde partijen
negatief	klanten draaien op voor de kosten	oligopolievorming door uit de markt drukken van nieuwkomers

Mogelijk ligt de oplossing voor dit dilemma besloten in de onderkenning van de paradox dat concurrentiebevordering in de praktijk vraagt om een situatie waarin eerder de bescherming van bepaalde marktpartijen tegen concurrentie aan de orde is dan een intensieve blootstelling hieraan.

Precies omgekeerd kan de oplossing voor dit dilemma ook wel eens besloten liggen in de onderkenning dat er geen directe samenhang bestaat tussen de hoeveelheid concurrenten en de mate van concurrentie. Het is een misverstand te denken dat een toename van het aantal concurrenten vanzelf meer concurrentie impliceert. De meerwaarde van een concept als ‘contestable market’ is nu juist gelegen in het besef dat zelfs een monopolist gedwongen kan worden om concurrerend te opereren door de dreiging van toetreding alleen.

### **Hybride organisaties: wel of niet toelaatbaar**

Niet alle infrastructuurgebonden sectoren worden tegelijkertijd en in hetzelfde tempo vrijgemaakt en ook binnen de uiteenlopende schakels waaruit een sector is opgebouwd bestaan verschillen naar de mate waarin en de snelheid waarmee concurrentie zijn intrede doet. Hierdoor kan het heel goed zijn dat een onderneming die zich bezighoudt met de voortbrenging van een of meer nutsvoorzieningen, zich op de ene markt in een monopoliepositie bevindt en op de andere markt de concurrentie met andere ondernemingen moet aangaan. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn omdat een onderneming enerzijds als *service provider* met andere partijen concurreren moet, terwijl het tegelijk als monopolist de infrastructuur in eigendom heeft. Het kan ook komen doordat een onderneming als ‘multi-utility’ tegelijk in meerdere sectoren opereert, waarbij de ene sector al wel (telefonie) en de andere nog niet (water) of niet geheel (elektriciteit) is vrijgemaakt.

Een belangrijke beleidsvraag is hoe moet worden omgegaan met dergelijke ondernemingen, die zowel op monopolistische (*regulated*) als concurrerende (*non-regulated*) markten opereren. Moet men toestaan dat ondernemingen die kunnen beschikken over een monopolie ten aanzien van infrastructurele voorzieningen, deelnemen aan de concurrentie op de markt van de *service providers*? Mogen *service providers* die op de thuismarkt als *incumbent* feitelijk over een monopoliepositie beschikken, toetreden in nieuwe, opkomende en concurrerende markten? Is het toelaatbaar dat ondernemingen die zich bevinden in een nutssector die nog niet of niet geheel is opengesteld voor concurrentie, zich gaan begeven op markten waar al wel van een open concurrentie sprake is? Steeds is hier de zorg dat de combinatie van moeten concurreren op de ene markt en het bezit van een monopoliepositie op de andere markt ruimte schept voor ongewenste gedragseffecten, zoals kruissubsidiëring, zelfbevoordeling (*self-dealing*) en prijsdiscriminatie. Ongewenste praktijken zijn in dit verband: ‘limit-entry pricing’, dat wil zeggen: het stellen van prijzen beneden de kostprijs om toegang tot de markt voor anderen onaantrekkelijk te maken en ‘predatory pricing’, dat wil zeggen: het stellen van prijzen beneden kostprijs om concurrenten de markt uit te krijgen.

Uitgaande van het zogenaamde ‘pure utility model’ kan er voor hybride organisaties geen plaats zijn (Bauer 1998: 62-63). Het is vanuit dit model een bedrijf met een monopoliepositie in de ene markt, bijvoorbeeld door het bezit van bepaalde infrastructurele voorzieningen, niet toegestaan te participeren in (de segmenten van) andere markten waar wel concurrentie bestaat. Voordeel van deze benadering is dat niet of althans minder snel het risico bestaat dat bijvoor-

beeld een dienstverlener misbruik gaat maken van zijn monopoliepositie op (bepaalde delen van) de infrastructuur. Nadeel is dat er niet, of althans minder snel, synergie-effecten kunnen ontstaan, die voortkomen uit de koppeling van (kennis over) markten binnen een onderneming.

Het antwoord kan in dat licht ook juist omgekeerd luiden dat hybriditeit wel toelaatbaar is (o.a. In 't Veld 1997). De nutstaak kan goedkoper worden uitgevoerd door de inkomsten die op de (nieuw ontwikkelde) markt worden gegenereerd. De winsten uit de nevenactiviteiten kunnen worden gebruikt om de tarieven van de publieke taken te verlagen. Een wezenlijk argument voor het toelaten (zelfs stimuleren) van hybriditeit is dat hiervan synergie-effecten kunnen uitgaan. De organisatie wordt geprikkeld om klantgerichter, efficiënter en effectiever te functioneren. Onder invloed van de concurrentie in de markt kan ook in de beschermde nutsvoorziening de alomvattende aandacht voor de klant doordringen.

Het voordeel van de benutting van kennis en ervaring in verschillende richtingen kan groot zijn. Bovendien kan de kwaliteit van de professionele expertise weer toenemen wanneer ze in verschillende richtingen toepassing vindt. Samenballing van creatieve potentie in hybride organisaties kan hierdoor voor de samenleving juist weldadig zijn. Het kan innovatie bevorderen. Het getuigt bovendien van goed rentmeesterschap om niet altijd benutte, maar wel noodzakelijke capaciteit te benutten. De totale kosten van de overheid worden hierdoor verlaagd.

**Tabel 6.4 Dilemma hybride organisaties**

	<b>Hybriditeit: niet toelaatbaar</b>	<b>Hybriditeit wel toelaatbaar</b>
positief	- voorkomen van kruissubsidiëring, prijsdiscriminatie, self-dealing	- bevorderen van synergie-effecten: innovatie, klantgerichtheid, enz. - mogelijkheden van subsidies voor maatschappelijk gewenst gedrag
negatief	- belemmeren van synergie-effecten	- risico van kruissubsidiëring, prijsdiscriminatie, self-dealing

Een uitweg uit dit dilemma is gelegen in het verlaten van de dogmatische discussie over het wel of niet toelaatbaar zijn van hybride organisaties en in plaats hiervan op zoek te gaan naar de voorwaarden waaronder deze zinvol kunnen bestaan. Voorbeelden van dergelijke voorwaarden zijn:

- structurele scheiding op het niveau van de onderneming tussen het deel dat over een monopoliepositie beschikt en het deel dat zich op concurrerende markten beweegt: gescheiden management, gescheiden administratie, gescheiden rechtsvormen;
- opstelling van gedragscodes om inefficiënte transacties tussen het nutsbedrijf en de marktonderneming(en) te elimineren.

## 6.7 SLOTCONCLUSIES EN SAMENVATTING

### 6.7.1 ONOPGELOSTE SPANNINGEN, BLIJVENDE DILEMMA'S

Hoewel de veranderingen die zich nu voltrekken in de infrastructuurgebonden sectoren drastisch en verstrekkend zijn, kunnen we tegelijk vaststellen dat veel van de onderliggende beleidsvragen niet wezenlijk veranderd zijn. Ondanks schuivende paradigma's in het denken over de infrastructuurgebonden sectoren, zijn de centrale spanningen en dilemma's in essentie gelijk gebleven.

Dit zou geen verrassing hoeven zijn. We zijn gewend de producten en diensten van infrastructuurgebonden sectoren aan te duiden als publieke nutsvoorzieningen, omdat ze bepaalde waarden vertegenwoordigen en belichamen. Deze waarden zijn onder meer: betaalbaarheid, bereikbaarheid, toegankelijkheid, betrouwbaarheid. De meeste (zo niet alle) van deze waarden zijn vatbaar voor verschillen in interpretatie. Bovendien conflicteren ze met elkaar en met andere waarden die we evenzeer van belang vinden bij de voortbrenging van nutsvoorzieningen: efficiëntie, klantgerichtheid en innovativiteit. Dergelijke waardeconflicten worden door een herstructurering van een sector zelden helemaal opgelost, hoe drastisch de veranderingen ook mogen zijn.

Neem nu de distributieve doelen die met de voortbrenging van nutsvoorzieningen verbonden zijn: betaalbaarheid voor alle inkomensgroepen en bereikbaarheid voor iedereen. De monopoliepositie in de infrastructuurgebonden sectoren verschafte de nutsbedrijven tot voor kort de mogelijkheid om zonder veel problemen diensten onder de kostprijs te verschaffen aan klanten met een laag inkomen of klanten die vanwege hun afgelegen woonplaats met bijzonder hoge kosten zouden worden geconfronteerd. Voorbeelden uit de telecomsector zijn in dit verband de kruissubsidies van stedelijke naar landelijke telefoongebruikers en van langeafstandsbellers naar lokale bellers.

Wanneer monopolies worden opgebroken en concurrentie wordt toegestaan, zullen consumenten die veel hogere prijzen moeten betalen dan de kosten die er voor hen dienen te worden gemaakt, op zoek gaan naar andere aanbieders. En nieuwe toetreders op de markt zullen juist die marktsegmenten willen bedienen waar de prijzen boven de kosten liggen (grootverbruikers, veelverdieners) en zo geleidelijk voor de nutsbedrijven de mogelijkheden voor kruissubsidiëring elimineren. In een situatie waarin marktwerking zijn intrede doet, kunnen en zullen distributieve doelen niet zomaar (hoeven te) worden opgegeven, maar dient men wel op zoek te gaan naar andere, marktconforme instrumenten om deze doelen binnen bereik te brengen; instrumenten waarvan de waarde in de praktijk nog maar moet worden bewezen (bijv. fondsvorming voor minder bedeelden via een algemene opslag op het gebruikstarief van de infrastructuur).

De ontwikkelingen die zich nu voltrekken in de infrastructuurgebonden sectoren, veranderen de context waarin conflicten over de realisatie van bijvoorbeeld



distributieve doelen worden uitgesproken, uitonderhandeld en uitgevochten; zij beïnvloeden bovendien het relatieve gewicht dat door betrokkenen aan bepaalde waarden wordt toegekend. Het vinden van een nieuwe balans kan hier hardnekkige spanningen oplossen, maar zal ook weer andere spanningen veroorzaken of vergeten problemen opnieuw in het leven roepen. Hoezeer een nieuwe balans op een zeker moment ook aanslaat, het eeuwige leven heeft hij niet.

De ontwikkelingen die nu plaatshebben in de infrastructuurgebonden sectoren vinden hun bedding niet (alleen) in grootse en meeslepende betogen, maar (ook) in praktisch beleidsdenken. Het totstandbrengen van veranderingen in de infrastructuurgebonden sectoren blijkt een kwestie van smalle marges. Het gaat bij concurrentiebevordering niet om de principiële en bevlogen keuze tussen markt en overheid, maar om de praktische en genuanceerde afweging tussen 'ja mits' en 'nee tenzij'. Concurrentiebevordering in de infrastructuurgebonden sectoren is niet gelijk te stellen aan een vervanging van de overheid door de markt. Het is in plaats hiervan een kwestie van voorzichtig experimenteren met nieuwe balansen, het organiseren van een leerrijke omgeving door het toestaan van een zekere verscheidenheid hierbij, en het voorkomen van maatschappelijke schade door het zo veel mogelijk vermijden en/of zo lang mogelijk uitstellen van 'points of no return'.

### 6.7.2 SAMENVATTING

Infrastructuurgebonden sectoren leveren producten en diensten die essentieel zijn voor het functioneren van moderne samenlevingen. Deze sectoren produceren en distribueren bijvoorbeeld energie, transport, water en telecomdiensten. Tot recent waren deze sectoren geordend volgens een 'klassiek' paradigma dat kort als volgt is samen te vatten.

Al deze sectoren kennen een fysiek netwerk waarlangs productie, transport en distributie plaatsvindt. Aan dit netwerk zijn twee eigenschappen gekoppeld: hoge verzonken kosten en veel schaalvoordelen bij grotere productie. Dit gaf aanleiding om te spreken van 'natuurlijke monopolies' in deze sectoren. Overheidseigendom of zware overheidsinmenging is noodzakelijk om gebruikers te beschermen tegen misbruik van macht door de monopolisten.

Ideeën over deregulering, marktwerking en privatisering hebben ook deze sectoren niet onberoerd gelaten. Op de golven van deze ideeën is een nieuw paradigma aan het ontstaan dat kort als volgt luidt:

Infrastructuurgebonden sectoren kunnen effectiever en efficiënter opereren, indien het management van deze sectoren prikkels krijgt voor economischer functioneren. Deze prikkels kunnen vorm krijgen door het management op afstand te zetten van overheden, in het uiterste geval zelfs te privatiseren en door concurrentie te bevorderen. Concurrentie kan vorm krijgen in vier, elkaar aanvullende, alternatieven, te weten: concurrentie op de infrastructuur, concurrentie om de infrastructuur, concurrentie tussen infrastructures en concurrentie met de infrastructuur.

Het paradoxale en tegelijk krachtige aan dit nieuwe paradigma is dat het in staat is de ideeën die eraan ten grondslag liggen, om te buigen of in ieder geval een nieuwe invulling te geven. Zo wordt deregulering re-regulering, gaat liberalisering gepaard met een sterke beknotting van de vrijheid van de voormalige monopolist en blijkt de privatisering zich te ontwikkelen tot een 'governmentalizing of the private sector'. In het nieuwe paradigma rijzen nieuwe dilemma's waarvan hier een aantal is besproken: dilemma's rondom internationalisering, rondom de vormgeving van hybride organisaties en rondom de vormgeving van het toezicht.

## NOTEN

- 1 Dr. M.J.W. van Twist en prof.mr.dr. E.F. ten Heuvelhof zijn verbonden aan de Faculteit Techniek, Bestuur en Management van de Technische Universiteit Delft en het Delfts Interfacultaire Onderzoekscentrum voor Ontwerp en Management van Infrastructuren.
- 2 Vergelijk in dit verband Aucion (1990: 116) die stelt: “Ideas which gain ascendancy in political circles are best described as ‘paradigms’ for the simple reason that they combine both intellectual and ideological dimensions. They are models which have appeal because they appear to describe reality, they offer an explanation for the same, and they prescribe ways to change in desired directions. In these respects, they have adherents beyond the explicitly partisan circles of politics. At the same time, they are represented in terms that are simple and easy to digest. As a result, they are ideas which can be communicated to politicians and bureaucrats in forms which do not presuppose that either politicians or bureaucrats will have to read the original sources of the ideas.”
- 3 Andere methoden van veilen zijn: veilen bij opbod, veilen bij afslag, *single sealed bid* veiling en de Vickery-veiling. Het gaat te ver om hier op de afzonderlijke methoden nader in te gaan, maar een weloverwogen keuze tussen deze methoden is voor een goed ontwerp van de markt natuurlijk wel van essentieel belang.
- 4 Een heel ander perspectief op de internationalisering van het bedrijfsleven in de nutssectoren biedt overigens de vraag hoe om te gaan met buitenlandse investeringen van nationale ondernemingen. Een kwestie die hier aan de orde is, is onder welke voorwaarden men investeringen in het buitenland toe moet staan, gezien het risico dat bijvoorbeeld de gebonden gebruikers in eigen land moeten opdraaien voor de kosten en/of verkeerde investeringsbeslissingen?

## LITERATUUR

- Aucoin, P. (1990) 'Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes and Pendulums', *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, vol.3, nr.2, april 1990: 115-137.
- Batten, D.F. and C. Karlsson (eds.) (1996), *Infrastructure and the complexity of economic development*, Berlin:Springer.
- Bauer, Johannes M. (1998) *The role and evolution of public utility regulation. Tasks of regulation in an era of partial competition*, Paper presented at 40th NARUC Annual Regulatory Studies Program at Michigan State University, East Lansing, Michigan, August 3, 1998.
- Baumol, W.J. (1982) 'Contestable markets: an uprising in theory of industry structure', *American Economic Review*, maart 1982: 1-15.
- Baumol, W.J., Panzar, J.C. and R.D Willig (1982) *Contestable markets and the theory of industry structure*, San Diego.
- Bennet, J.T. and M.H. Johnson, *Better Government at Half the Price: Private Production of Public Services*, New York: Caroline House Publishers.
- Biehl, D. (1986) *The contribution of infrastructure to regional development, Final report*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.
- Boston, J. and J. Martin, J. Pallot, P. Walsh (1996) *Public Management: The New Zealand Model*, Auckland: Oxford University Press.
- Bozeman, B. (1987) *All Organizations Are Public, Bridging Public and Private Organizational Theories*, San Fransisco/ London: Jossey-Bass Publishers.
- Carnaghan R. and B. Bracewell-Milnes (1993) *Testing the Market, Competitive Tendering for Government Services in Britain and abroad*, London: The Institute of Economic Affairs.
- Colling, T. (1994) 'Commerce versus Politics, Compulsory Competitive Tendering and the Determination of Employment Policy in a British Local Authority', blz.119-138 in Clarke Thomas, *International Privatisation; Strategies and Practices*, Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- Donahue, J.D. (1989) *The Privatization Decision: Public Ends, Private means*, New York: Basic Books.
- Ferlie, E. and A. Pettigrew, L. Ashburner, L. Fitzgerald (1996) *The New Public Management in Action*, Oxford: Oxford University Press.
- Gabel D. and D.Weiman (1996) *Sustaining Competition in Network Industries through Regulating and Pricing Access*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- George, K.D. and C. Joll, E.L. Lynk (1991) *Industrial Organisation: Competition, Growth and Structural Change*, New York: Routledge, fourth edition.
- Hatry, H.P. (1983) *A Review of Private Approaches for Delivery of Public Services*, Washington D.C.: Urban Institute Press.
- Hoogerwerf, A. (1995) *Politiek als evenwichtskunst, Dilemma's rond overheid en markt*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink.
- Hudson, H.E. *Global Connections: International Telecommunications Infrastructure and Policy*, New York: Van Nostrand Reinhold.
- Israel, A. (1992) *Issues for Infrastructure Management in the 1990s*, World Bank Discussion Papers, Washington D.C.: The World Bank.
- John Johnston (1986) 'Public Servants and Private Contractors: Managing the Mixed Service Delivery System', *Canadian Public Administration*, vol.29, Winter.

- Kahn, A.E. (1998) *Letting Go: Deregulating the Process of Deregulation*, East Lansing, Michigan: MSU Public Utility Papers.
- Kessides, C. (1993) *Institutional options for the provision of infrastructure*, World Bank Discussion Papers, Washington: The World Bank, Washington.
- Kettl, D.F. (1993) *Sharing Power, Public Governance and Private Markets*, Washington D.C.: The Brookings Institution.
- Klein, M. and N. Roger (1995) *Back to the Future: The potential in infrastructure privatization*, Public Policy for the Private Sector Series, World Bank.
- Klein, M. and P. Gray (1997) *Competition in Network Industries - Where and How to Introduce It*, Public Policy for the Private Sector Series, World Bank.
- Kristensen, O.P. (1992) 'Privatization', in J. Kooiman and K.A. Eliassen, *Managing Public Organizations, Lessons from Contemporary European Experience*, London: Sage.
- Marsland, D. (1996) *Welfare or Welfare State? Contradictions and Dilemmas in Social Policy*, London: MacMillan Press.
- Millward, R. (1982) 'The comparative performance of public and private enterprise', in Lord Roll (ed.), *The Mixed Economy*, London: Macmillan.
- Naschold, F. (1996) 'Modernization of the State: Structural reforms and innovation strategies of the public sector', in F. Naschold and C. von Otter, *Public Sector Transformation, Rethinking markets and hierarchies in government*, Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins Publishing Company.
- National Research Council (1995) *Measuring and improving infrastructure performance*, Washington: National Academy Press.
- Niskanen, W.A. (1971) *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago and New York: Aldine-Atherton.
- Noam, E.M. (1995) 'Liberalization is just the beginning, From Competition to Self-Divesture', *ComWeek International*, ITU Telecom.
- OECD (1992) *Regulatory Reform, Privatisation and Competition Policy*, OECD/OCDE, Paris.
- OECD (1994) *Managing with market-type mechanisms*, OECD/OCDE, Parijs.
- Osborne, D. and T. Gaebler (1992) *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Reading, Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company Inc.
- Robinson, C. et al. (1994) *Regulating the Utilities: The Way Forward*, Institute of Economic Affairs.
- Savas, E.S. (1987) *Privatization: The Key to Better Government*, Chatnam: Chatnam House Publishers.
- Simonis, U.E. (ed.) (1977), *Infrastruktur, Theorie und Politik*, Köln: Kiepenhauer & Witsch.
- Stewart, J. and Walsh, K. (1992) 'Change in the Management of Public Services', *Public Administration* 70: 499-518.
- Stiglitz, J.E. (1988) *Economics for the public sector*, New York, blz. 1-23, 61-90.
- Tyler, M. and S. Bednarczyk (1993) 'Regulatory institutions and processes in telecommunications, An international study of alternatives', *Telecommunications Policy*, December: 650-676.
- Veld, R.J. in't (1995) *Spelen met vuur. Over hybride organisaties*, 's-Gravenhage: VUGA.
- Vickers, J. and G. Yarrow (1991) *Privatization: An Economic Analysis*, Cambridge: MIT Press.
- Vickrey, W. (1961) 'Counterspeculation, auctions and competitive sealed tenders', *Journal of Finance*: 8-37.

- Vickrey, W. (1962) 'Auction and bidding games', blz. 15-27 in *Recent advances in game theory; Proceedings of a conference*, Princeton University Press.
- Vogelsang, I. *Welfare consequences of Selling Public Enterprises: The United Kingdom*, Washington D.C.: World Bank.
- Walsh, L. (1991) *Competitive Tendering for Local Government Service - Initial Experiences*, London: HSMO.
- Werkgroep Markt en Overheid (1996) *Tussenrapport van de werkgroep Markt en Overheid*, Project Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.
- Wilson, J.Q. (1989) *Bureaucracy, What Government Agencies Do and Why They Do It*, New York: Basic Books.
- Wolf, C. (1993) *Markets or governments: choosing between imperfect alternatives*, Cambridge: MIT Press, blz.1-35, 59-103.

## 7 Vernieuwing in het spoorvervoer

*I. van Enckevort*<sup>1</sup>

### 7.1 Inleiding

De afnemende bereikbaarheid en leefbaarheid van stedelijke gebieden in combinatie met de beperkte financiële beheersbaarheid waren begin jaren negentig aanleiding tot een ingrijpende herstructurering van het openbaar vervoer (OV). De commissies-Wijffels, -Brox en -De Boer adviseerden achtereenvolgens het kabinet over de uitwerking van deze herstructurering, die tevens uitvoering moet geven aan de relevante EU-richtlijnen. De voorgestelde herstructurering is bekend onder de noemer: ontvlechting, verzakelijking (organisatievraag) en markwerking (sturingsvraag) in het OV.

Deze studie reconstrueert en analyseert de feitelijke redenering die is gevolgd bij het herstructureren van het personenvervoer *per spoor*. Met andere woorden: hoe wordt de uitvoering van het spoorvervoer georganiseerd om de publieke belangen van leefbaarheid, bereikbaarheid en toegankelijkheid te realiseren. Vertrekpunt in de redenering is het advies van de commissie-Wijffels (1992); de beleidsvoornemens uit het regeerakkoord van Paars II (1998) vormen het eindpunt. Ten tijde van de afronding van deze studie verschenen tevens de kabinetsvoornemens voor marktwerking in het spoorvervoer. Deze blijven hier buiten beschouwing, alleen zal ter afsluiting kort op de beleidsvoornemens worden gereflecteerd.

#### **Opbouw studie**

Paragraaf 7.2 start met een beschrijving van de uitvoering van het spoorvervoer in historisch perspectief. Hieruit blijkt dat de betrokkenheid van de overheid met het spoorvervoer tot het midden van de vorige eeuw geenszins vanzelfsprekend was. Paragraaf 7.3 gaat vervolgens in op de publieke belangen van het spoorvervoer en geeft drie redenen voor (toenemende) overheidsbemoeienis met het spoorvervoer: leefbaarheid, bereikbaarheid en toegankelijkheid of het sociale belang. Paragraaf 7.4 beschrijft de beleidskeuzes die leiden tot een ingrijpende herstructurering van de uitvoering van het spoorvervoer, waarbij de exploitatie op afstand van de overheid wordt geplaatst. Paragraaf 7.5 reconstrueert de feitelijke redenering die is gevolgd bij het op afstand plaatsen van de exploitatie van het spoorvervoer. Hierbij worden de expliciete en impliciete vooronderstellingen die zijn gehanteerd, blootgelegd. Paragraaf 7.6 toetst de feitelijke redenering die ten grondslag heeft gelegen aan het verzelfstandigen van de exploitatie van het spoorvervoer aan de ijkpunten van effectiviteit, efficiëntie, democratische legitimatie, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en gaat in op de onvolkomenheden in de redenering. Paragraaf 7.7 gaat vervolgens op hoofdlijnen in op de gewenste redenering. Paragraaf 7.8 rondt af met de belangrijkste conclusies aan de hand van vier vragen. Hierbij zal tevens kort worden ingegaan op de actuele voornemens om de NS te privatiseren.

## 7.2 SPOORVERVOER IN HISTORISCH PERSPECTIEF

Tot 1860 was het spoorvervoer in Nederland een private aangelegenheid. De rol van de overheid beperkte zich tot het verlenen van concessies voor de aanleg en de exploitatie van spoorverbindingen. Actieve steun van de politiek was gering omdat het spoorvervoer aanvankelijk als overbodig en bedreigend werd gezien voor het vervoer over water. Vanaf 1860 nam de overheidsbemoeienis vervolgens toe, vanuit het besef dat een goed werkend spoor de nationale economische ontwikkeling en handel en nijverheid stimuleert. De overheid nam de verantwoordelijkheid op zich voor de aanleg van de infrastructuur; de exploitatie van dit nieuwe deel van het net bleef in particuliere handen.

In 1890 waren de nadelige gevolgen van concurrentie aanleiding voor de overheid te besluiten dat slechts twee maatschappijen hun concessierecht voor de exploitatie konden behouden: Staatsspoor en de Hollandse IJzeren Spoorweg Maatschappij. In 1917 gingen deze twee partijen op in een belangengemeenschap: de Nederlandse Spoorwegen. De 'nieuwe' NS rendeerde door de opkomst van het busvervoer echter zeer matig. Tot 1920 dekte de overheid omwille van het algemeen belang de tekorten af. Omdat dit geen gezonde en structurele oplossing werd gevonden, kreeg de staat in 1920 een meerderheidsbelang in het kapitaal van de NS en een meerderheid in de Raad van Commissarissen. In 1937 werd de staat enig aandeelhouder van het spoorwegbedrijf.

Deze verschuiving in eigendomsverhouding leidde tot een sterk nationaal georiënteerde onderneming en vergaande overheidinmenging met de bedrijfsvoering voor het sociale en economische beleid van de overheid. De nadruk lag met name op de maatschappelijke functie van het bedrijf. Dit kwam tot uitdrukking in de zogenaamde openbare-dienstverplichting en een formele betrokkenheid van de overheid bij ondernemingsbeslissingen over bijvoorbeeld tariefstelling, dienstregeling, investeringsbeleid en financiering. Door deze eenzijdig opgelegde verplichting werd de NS steeds minder op basis van bedrijfseconomische principes geleid. In 1990 ontving de NS ter dekking van de tekorten zo'n 1,4 miljard gulden (Wijffels 1992: II3).

## 7.3 PUBLIEKE BELANGEN EN SPOORVERVOER

De Wet Personenvervoer definieert openbaar vervoer als volgt: voor een ieder open staand personenvervoer per trein, metro, tram, bus of auto volgens een dienstregeling. 'Openbaar' betekent met andere woorden dat het OV voor iedereen open staat, dat het openbaar toegankelijk is. Hiernaast verwijst het bijvoeglijk naamwoord 'openbaar' naar het publieke karakter van het OV, de betrokkenheid van de overheid bij de sector (zie o.a. Groenendijk 1998: 20-25). De betrokkenheid van de overheid bij het spoorvervoer vloeit voort uit drie publieke belangen. Twee hiervan hangen nauw samen met de toenemende congestie in stedelijke gebieden. De drie belangen zijn:



- 1 het sociale belang van het OV: het waarborgen van de toegankelijkheid van het OV voor iedereen die voor zijn verplaatsing is aangewezen op het OV (in alle gebieden en op alle tijden);
- 2 het belang van leefbaarheid: de bijdrage die het OV kan leveren om het aandeel van de auto in de mobiliteit te laten afnemen ten gunste van het milieu, de verkeersveiligheid, het energieverbruik;
- 3 het belang van bereikbaarheid: de bijdrage die het OV kan leveren om het aandeel van de auto in de mobiliteit te laten afnemen ten gunste van de bereikbaarheid van de stedelijke gebieden, de economische centra.

Uit de beschrijving van de drie publieke belangen blijkt hoezeer het spoorvervoer een instrument van overheidsbeleid is. Zo verwijst het sociale belang naar de functie die het spoorvervoer vervult voor het inkomensbeleid. Deze functie heeft het spoorvervoer gemeen met onder meer de andere nutssectoren.

De belangen van leefbaarheid en bereikbaarheid verwijzen naar de functie van het spoorvervoer in het mobiliteitsbeleid van de overheid. Deze tweede functie dateert van begin jaren negentig.

## 7.4 BELEIDSVORMEN VOOR DE SPOORWEGSECTOR

257

In 1991 gaf het kabinet-Lubbers III de commissie-Wijffels opdracht een advies voor te bereiden over de relatie tussen de NS en de rijksoverheid. Dit verzoek vond plaats tegen de achtergrond van het gewijzigde nationale verkeers- en vervoersbeleid en het communautaire spoorwegbeleid gericht op liberalisering van de bedrijfstak. Een uiteenzetting van de voorstellen van de commissie-Wijffels begint dan ook bij voorkeur met een schets van de nationale en Europese beleidscontext (par. 7.4.1). Vervolgens wordt op hoofdlijnen de voorgestelde verandering voor de Nederlandse spoorwegsector in zijn totaliteit beschreven (par. 7.4.2). Tot slot wordt ingegaan op de exploitatie van het personenvervoer per spoor. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen veranderingen in de organisatie en de aansturing van het personenvervoer (par. 7.4.3).

### 7.4.1 DE NATIONALE EN EUROPESE BELEIDSCONTEXT

De voorstellen van de commissie-Wijffels moeten worden begrepen tegen de achtergrond van het gewijzigde (nationale) mobiliteitsbeleid en het communautaire spoorwegbeleid. In het mobiliteitsbeleid wordt voor het eerst sinds jaren prioriteit gegeven aan het versterken van het openbaar vervoer in de strijd tegen de toenemende congestie. De structuurschema's Verkeer en Vervoer I en II (svv) dichtten een leidende rol toe aan het vervoer per spoor bij het terugdringen van de automobiliteit. De doelstelling in het svv II is om het personenvervoer per spoor te laten stijgen van 11 miljard reizigerskilometers tot 18 miljard in 2010. Om deze volumegroei te realiseren is een herstructurering van de sector noodzakelijk.

Naast deze wijziging in het nationale verkeers- en vervoersbeleid is het Europese beleid een belangrijke motor achter de herstructurering van de spoorwegsector.

In 1991 vaardigde de Europese Raad van Ministers een richtlijn uit over de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap (Richtlijn 91/440), waarin liberalisatie van het railvervoer het uitgangspunt vormt. Deze richtlijn diende op 1 januari 1993 te zijn ingevoerd. De richtlijn kent vier kerncomponenten:

- 1 vergroten van de commerciële autonomie van spoorwegbedrijven: spoorwegondernemingen dienen bestuurlijk onafhankelijk te worden ter versterking van hun concurrentiepositie. Vervoersactiviteiten dienen op basis van bedrijfseconomische principes te worden ingericht, de overheidsinmenging met de bedrijfsvoering moet worden teruggedrongen;
- 2 financiële sanering van de spoorwegen – en met name de vereffening van de schuldenlast uit het verleden. Voorwaarde voor autonomie van het management en marktgeoriënteerd gedrag is een gezond financieel beheer dat niet wordt belemmerd door een enorme schuldenlast uit het verleden. De nationale overheden dienen er zorg voor te dragen dat deze last wordt afgebouwd;
- 3 boekhoudkundige scheiding van de exploitatie van vervoersdiensten en het beheer van de infrastructuur. Boekhoudkundige scheiding wordt geacht een efficiënte exploitatie van het spoornet te vergemakkelijken. Iedere lidstaat staat het vrij om verder te gaan dan een uitsluitend boekhoudkundige scheiding (nl. een organisatorische scheiding);
- 4 het creëren van (beperkte) toegangsrechten tot de infrastructuur in de gemeenschap voor internationale samenwerkingsverbanden van spoorwegondernemingen en voor ondernemingen die zich op gecombineerd vervoer willen richten.

Naast deze richtlijn is ook Verordening 1893/91 bepalend voor het Europese spoorwegbeleid. Deze verordening houdt in een wijziging van de regels voor de openbare dienst. Handhaving van eenzijdig door de overheid opgelegde verplichtingen is niet meer toegestaan, behoudens enkele uitzonderingen (voor stads- en regionaal vervoer). De commerciële zelfstandigheid van spoorvervoerders staat voorop. Gelet op die zelfstandigheid dienen de vervoersdiensten die in het kader van de openbare dienst worden verricht in een contract met de overheid te worden ondergebracht, met bijpassende vergoeding (zgn. openbare-dienstcontracten).

#### 7.4.2 VERANDERINGEN IN DE SECTOR VAN HET SPOORVERVOER

De beoogde volumegroei en het Europese spoorwegbeleid vormen de basis voor het advies van de commissie-Wijffels. Dit advies heeft geleid tot een ingrijpende herstructurering van de relatie tussen de NS en de rijksoverheid, een herstructurering die zowel een proces van ontstatelijking als verstatelijking van de spoorwegsector betekende. Van een *ontstatelijking* is sprake bij de exploitatie van het spoorvervoer. Het vergroten van de ondernemingsvrijheid van de NS wordt cruciaal geacht voor het realiseren van de ambitieuze groeitaakstelling en voor het versterken van de rentabiliteit van de spoorwegen. De invloed op het voorzieningenniveau, de tariefstelling, het investerings- en personeelsbeleid is teruggedrongen ten gunste van de NS.

Het beeld van ontstating is echter onvolledig. Op het niveau van de infrastructuurplanning (lange termijn en korte termijn) is juist sprake van een proces van *verstatelijking*. De overheidsinvloed op de aanleg en het beheer van de infrastructuur en de verdeling van de infrastructuurcapaciteit is versterkt. Tot voor kort lag het initiatief voor de ontwikkeling van infrastructuur bij de NS, evenals de uitvoering, het beheer en de verdeling van capaciteit. Continuering van die situatie werd onwenselijk geacht, gezien de voorziene concurrentie op diezelfde infrastructuur.

De processen van verstatelijking en ontstating hebben geleid tot een functiescheiding, waarbij de activiteiten en bevoegdheden tussen de overheid en de NS vergaand zijn ontvlecht. Er zijn vier functies onderscheiden: exploitatie van reizigersvervoer, exploitatie van goederenvervoer, verdeling van infrastructuurcapaciteit en aanleg en beheer van infrastructuur. Deze functies zijn elk in een zelfstandige organisatorische eenheid ondergebracht (zie onderstaand schema voor de verschillende functies/bedrijfseenheden).

**Tabel 7.1** Functies NS in relatie tot de overheid

Functie	Wijziging in relatie tot de overheid
Exploitatie van reizigersvervoer	Voorheen: Dienst Exploitatie: nu bedrijfsmatige en financiële zelfstandiging in een aparte bedrijfseenheid: NS Reizigers BV
Exploitatie van goederenvervoer	Voorheen Dienst Exploitatie: nu bedrijfsmatige en financiële zelfstandiging in een aparte bedrijfseenheid met rechtspersoonlijkheid: NS Cargo BV
Verdeling van infrastructuurcapaciteit	Voorheen Dienst Exploitatie: nu organisatorisch onthecht in aparte bedrijfseenheid van de NS: Railned. Railned opereert in opdracht en voor rekening van de Minister van v&w
Aanleg en beheer van infrastructuur	Nu organisatorisch onthecht in een aparte bedrijfseenheid van de NS: NS Infrabeheer. NS Infrabeheer opereert in opdracht en voor rekening van de minister van v&w

Voorts is de relatie van de overheid tot elk van deze eenheden op een nieuwe leest geschoeid, afhankelijk van de aard van de functie. De eenheden met functies met een rendabel perspectief worden volledig ‘vrij’ gelaten, zodra zij financieel onafhankelijk van de overheid kunnen functioneren. Deze eenheden (met exploitatiefuncties) worden marktorganisaties genoemd. De eenheden zonder rendabel perspectief, werken in opdracht en voor rekening van de overheid (via contracten). Deze eenheden worden wel taakorganisaties genoemd.

Vreemd genoeg adviseerde de commissie-Wijffels ook de taakorganisaties organisatorisch onder te brengen bij NS Holding (dit is overgenomen in het kabinetsstandpunt). Dit is fel bekritiseerd vanuit de wenselijkheid om de onafhankelijkheid van beide taakorganisaties te waarborgen bij toekomstige concurrentie. Wijffels was echter van mening dat de onafhankelijkheid van capaciteits-

management afdoende gewaarborgd zou zijn door deze eenheid onder onafhankelijk toezicht te plaatsen. Voorts oordeelde de commissie dat plaatsing buiten het organisatorisch verband van de NS een te grote aanslag zou plegen op het veranderingspotentieel van de NS (zie o.a. In 't Veld 1992). In het regeerakkoord van het kabinet-Kok II heeft het kabinet dit standpunt herzien: beide taakorganisaties worden buiten de NS geplaatst.

#### **7.4.3 VERANDERINGEN IN DE ORGANISATIE EN AANSTURING VAN HET REIZIGERSVERVOER PER SPOOR**

In het vervolg van deze sectorstudie spitst de aandacht zich toe op de veranderingen in de uitvoering van de exploitatie van het reizigersvervoer. De termen NS en NSR (NS-Reizigers) worden daarbij onderling uitwisselbaar gebruikt. Hierna beschrijven we eerst de veranderingen in de organisatie van het reizigersvervoer om vervolgens in te gaan op de aansturing.

##### ***Organisatievorm***

De voorgestelde verandering in de relatie tussen de NS en het ministerie van Verkeer en Waterstaat (v&w) wordt wel verzelfstandiging genoemd. NS-Reizigers is op afstand van het ministerie geplaatst. Dit komt tot uitdrukking in de overdracht van operationele verantwoordelijkheden van het rijk naar NSR. Hierbij gaat het om de bevoegdheid de dienstregeling te bepalen, de tariefhoogte vast te stellen en om de verantwoordelijkheid voor het investeringsbeleid en het personeelsbeleid van de spoorwegen. NSR ontvangt die bevoegdheden die nodig zijn om als commerciële organisatie een op bedrijfseconomische principes geschoeid product/marktbeleid te voeren. De voorstellen betekenen een financiële en beleidsmatige verzelfstandiging. Deze vertaalt zich organisatorisch in de vorming van een zelfstandige organisatie- of bedrijfseenheid binnen NS-verband, met een eigen financiële verantwoordelijkheid.

De overdracht van deze operationele verantwoordelijkheden aan de NS betekent een inperking van de ministeriële verantwoordelijkheid. De overdracht heeft echter niet geleid tot een wijziging van de organisatievorm van de NS. De NS is en blijft een overheidsvennootschap. Formeel is de NV NS al sinds 1937 een zogenoemde structuurvennootschap. In dat jaar werd de Staat enig aandeelhouder van een voormalig privaat bedrijf. Gezien de vergaande overheidsbemoeyenis met de bedrijfsvoering vertoonde de organisatievorm echter meer kenmerken van een staatsbedrijf dan van een overheidsvennootschap. Schertsend werd wel gesproken van 'staatsexploitatie in vennootsvorm' (Groenendijk 1998:64). Daarmee lijkt feitelijk sprake van een verandering in organisatievorm, namelijk van staatsbedrijf naar overheidsvennootschap.

De vraag is echter of de verandering niet nog groter is. NSR vertoont onmiskenbaar de kenmerken van een privaat bedrijf, gezien de grote mate van zelfstandigheid en winstoriëntatie. Niet voor niets noemt Wijffels privatisering van NSR een reële optie. Verkopen van de (overheids)aandelen acht de commissie echter

pas reëel wanneer NS-Reizigers rendabel opereert. De commissie-Wijffels is wel nagegaan of de overheidsvennootschap met volledig overheidseigendom niet strijdig is met de beoogde zelfstandigheid van NSR. Zij concludeert als volgt:

(...) Als volledig eigenaar van de NV NS heeft de overheid bevoegdheden die voortkomen uit het vennootschapsrecht. De zeggenschap van de algemene vergadering van aandeelhouders is echter beperkt, aangezien de NS een structuurvennootschap is en een belangrijk deel van de bevoegdheden door de Raad van Commissarissen wordt uitgeoefend. In het algemeen doen zich ten aanzien van deze taakverdeling geen knelpunten voor, met dien verstande dat het Rijk als aandeelhouder in wezen geen winst verwacht van de NS en het beleid van de onderneming dan ook niet primair op winst is gericht (...)

(Wijffels 1992: I-16)

### **Sturingsvorm**

De aansturing van de exploitatie van het reizigersvervoer heeft wel een wijziging ondergaan in termen van publieke en private verantwoordelijkheden. Allereerst is het eenzijdige, directe sturingsinstrument van de *openbare-dienstverplichting* vervangen door het meezijdige, directe instrument van de *openbare-dienstcontracten*. Deze verandering is het gevolg van verordening 1893/91, die verbiedt om nog langer openbare-dienstverplichtingen op te leggen aan de NS. De dienstverplichting betekende een plicht om tegen goedgekeurde tarieven, een regelmatige vervoersvoorziening aan te bieden in de vorm van een goedgekeurde dienstregeling. In ruil daarvoor diende de overheid de NS compensatie te verlenen voor de economische nadelen die hieruit voortvloeien. De verordening bepaalt dat vervoersdiensten die in het kader van *de openbare dienst* worden verricht, nu in een contract met de overheid moeten worden ondergebracht, tegen een overeengekomen vergoeding. Dit betekent dat wanneer de overheid treindiensten wil die NSR niet aanbiedt, ze deze kan kopen op contractbasis.

Naast het vervangen van openbare-dienstverplichting door dienstcontracten, werd een tweede sturingsinstrument overwogen: de introductie van marktwerking. Marktwerking in het nationale spoorvervoer is nodig om te voorkomen dat een zelfstandige NS tegen het maatschappelijk belang handelt, bijvoorbeeld door haar monopoliepositie uit te buiten en hoge tarieven te vragen voor te contracteren diensten. De voorgestelde marktwerking gaat nadrukkelijk verder dan de Europese richtlijn, die enkel het ontsluiten van de railinfrastructuur bepaalt voor internationale samenwerkingsverbanden die zich binnen de EG met railvervoer bezig houden. De introductie van marktwerking in het spoor is niet uitgewerkt door de commissie-Wijffels, maar door de commissie-Brokkx (1995) in haar advies 'Marktwerking in het Openbaar Vervoer'.

De commissie-Brokkx is van mening dat bij de introductie en vormgeving van concurrentie in het openbaar vervoer een gedifferentieerde aanpak nodig is naar schaalniveau en naar specifieke marktsituatie. Voor het rendabele nationale netwerk van personenvervoer werd concurrentie *op* het spoor voorgesteld.

Hierbij wordt vervoersondernemingen uit binnen- en buitenland op basis van wederkerigheid, gelijkwaardigheid en non-discriminatie toegestaan gebruik te maken van de beschikbare (rail)infrastructuur voor het naar eigen inzicht aanbieden van treindiensten en/of andere vervoersdiensten. Onderlinge afstemming tussen de onderdelen van dit netwerk vindt uitsluitend plaats op eigen initiatief. De rijksoverheid draagt zorg voor de aanwezigheid en het ter beschikking stellen van infrastructuur (op termijn tegen betaling van een infraheffing). Het toedelen van de infrastructuur vindt plaats via tussenkomst van Railned, waarbij infraheffing als allocatief instrument wordt voorzien. Inmiddels is (voorlopig) afgestapt van het voornemen concurrentie op het nationale net te introduceren. Het regeerakkoord van Paars II bepaalt dat NSR tot 2008 monopolist blijft op het nationale net.

Voor het (grotendeels) onrendabele regionale spoornet stelde de commissie-Broxx concurrentie *om* het spoor voor. Dit wil zeggen het aanbesteden van concessies met een looptijd van meer dan vijf jaar. Bovendien stelde Broxx een integratie voor met de systematiek van concessieverlening voor regionaal openbaar vervoer over de weg. De gedachte was om via een getrappt systeem (eerst een concessieronde voor regionaal spoorvervoer, vervolgens voor busvervoer en tot slot voor aanvullend vervoer) een geïntegreerd regionaal vervoersnetwerk te ontwikkelen. Door gebruik te maken van afzonderlijke concessies voor elke modaliteit en de mate van afstemming op andere modaliteiten als selectie-criterium te hanteren, kan de aanbestedende overheid bevorderen dat de gewenste afstemming tot stand komt. Het voorstel van de commissie is grotendeels overgenomen in het regeerakkoord van Paars II. Het regionale spoor zal in de periode 2000 en 2008 worden gedecentraliseerd en toegevoegd aan het budget voor stads- en streekvervoer. Voor dat totale budget is het streven om in 2003 een derde aan te besteden.

Wanneer in het regionale netwerk, dat door aanbesteding van concessies ontstaat, of het nationale netwerk, dat door directe concurrentie ontstaat, voorzieningen ontbreken die de regionale respectievelijk de nationale overheid maatschappelijk nodig acht, kunnen hiervoor aanvullende contracten op lijnniveau worden afgesloten. Dit wordt de contractsector genoemd. Bij de contractsector gaat het volgens Broxx idealiter om het aanbesteden van de realisatie van door de overheid gewenste, aanvullende voorzieningen. Voor de contractsector vervult de overheid de ontwikkelingsfunctie en zij definieert zelf de ontbrekende verbinding (frequentie, kwaliteit, tarieven enz.). Naast aanbesteden is het ook mogelijk om bilateraal te onderhandelen met de vervoerders. De commissie-Broxx stelde een contractduur voor van 25 jaar.

## 7.5 FEITELIJKE REDENERING

Hieronder reconstrueren we de feitelijke redenering bij het op afstand plaatsen van de exploitatie van het spoorvervoer. Deze is de resultante van een onderhandelingsproces tussen het Kabinet en de Tweede Kamer dat start met het kabinetsstandpunt over de voorstellen van de commissie-Wijffels en voorlopig eindigt in het regeerakkoord voor Paars II. In de redenering is een aantal punten aan te wijzen, waarop de oorspronkelijke voorstellen voor een onafhankelijk, commercieel opererend spoorwegbedrijf in een monopolioïde markt zijn herijkt, ten gunste van het politiek primaat. De opbouw van deze paragraaf volgt de volgende fasen in het denken over het behartigen van het publieke belang:

- 1 naar een commercieel opererend, zelfstandig spoorwegvervoer (commissie-Wijffels; 1992-1995) (par. 7.5.1).
- 2 herstel van het politiek primaat naar aanleiding van de parlementaire behandeling van het overgangscontract 1995-2000 (par. 7.5.2)
- 3 van marktwerking naar prestatiecontracten (1995 – 1998) (par. 7.5.3).

### 7.5.1 VOORSTELLEN VAN DE COMMISSIE-WIJFFELS: NAAR EEN ZELFSTANDIG NSR

Aan de voorstellen van de commissie-Wijffels en het bijbehorende kabinetsstandpunt ligt een aantal vooronderstellingen ten grondslag.

#### *Hypothese 1:*

De ondernemingsvrijheid van de ns moet worden vergroot om de doelstelling van volumegroei van het spoorvervoer (svv I en II) en de doelstelling van een rendabel spoorvervoer te realiseren (Europese spoorwegbeleid).

De redenering dat vergroting van de ondernemingsvrijheid bijdraagt aan volumegroei luidt als volgt. Om een grotere markt aan te spreken is een beter gedifferentieerd vervoersaanbod nodig (naast de noodzakelijke uitbreiding van infrastructuur en een adequaat flankerend beleid). Om deze differentiatie te bereiken moeten de spoorwegen in staat zijn snel en adequaat in te spelen op de gevarieerde behoefte van de klant. Met andere woorden de spoorwegen moeten meer markt- en klantgericht kunnen opereren. Dit vraagt om verantwoordelijkheden/beslissingsbevoegdheden zo dicht mogelijk bij de klant.

De redenering dat het vergroten van de ondernemingsvrijheid bijdraagt aan de rentabiliteit die nodig is om te kunnen concurreren op een internationale markt is als volgt. Concurreren op een internationale markt vraagt erom dat spoorwegorganisaties commercieel en zelfstandig hun product/marktbeleid kunnen voeren. Dit betekent dat zij niet langer verplicht moeten kunnen worden om tegen te lage tarieven of vergoedingen diensten te rijden dan wel onrendabele lijnen te exploiteren. Dit vraagt om autonomie van management in de exploitatie (naast sanering van de schuldenlast om de opgelopen achterstanden te compenseren).

Om de ondernemingsvrijheid te vergroten is het nodig operationele bevoegdheden over te dragen, zoals de bevoegdheid om de tarieven vast te stellen, de dienstregeling te bepalen en autonoom financieel/investerings- en personeelsbeleid te voeren. Uit deze redenering blijkt de vooronderstelling dat de (maatschappelijke) doelstelling van volumegroei en de (ondernemings)doelstelling van rentabiliteit tegelijkertijd te realiseren zijn. Uit de volgende hypothese blijkt hoe beide doelstellingen met elkaar verenigd kunnen worden.

*Hypothese 2:*

Om de maatschappelijke groeidoelstelling op rendabele wijze te realiseren is het nodig dat de overheid zo'n prijsbeleid voert dat de gebruikerskosten van de autoverhoging van de treintarieven toestaan en dat de overheid onrendabele diensten contracteert.

De NS is in internationaal vergelijkend perspectief een doelmatige spoorwegorganisatie (qua kostendekkingsgraad). Om de rentabiliteit te vergroten is een interne herstructurering alleen dan ook onvoldoende. De commissie-Wijffels rekent voor dat daarnaast gedifferentieerde prijsverhogingen nodig zijn, waarbij de NS beter de prijselasticiteit benut voor spits-, dal- en woon-werkverkeer. Verder zal NSR omwille van de rentabiliteit structureel verlieslatende lijnen moeten afstoten (rationaliseren van het netwerk).

Om ervoor te zorgen dat de benodigde prijsverhogingen niet leiden tot een daling van het aantal passagiers, gaat de redenering ervan uit dat de overheid een zodanig prijsbeleid voert dat de gebruikerskosten van de autoverhoging van de treintarieven toestaan. Om te voorkomen dat het afstoten van verlieslatende lijnen de volumegroei in gevaar brengt, moet de overheid de lijnen die zij om maatschappelijke redenen wenst, aanvullend contracteren. Daarmee blijft zij uiteindelijk formeel verantwoordelijk voor het voorzieningsniveau.

In de redenering wordt de suggestie gewekt dat de NS en de overheid wederzijds afhankelijk zijn van elkaar: de overheid is afhankelijk van de NS voor de realisatie van de beleidsdoelstellingen uit het SVV I en II, de NS is afhankelijk van (het prijsbeleid van) de overheid om rendabel te kunnen opereren. De vraag is alleen of die afhankelijkheid wel zo wederzijds is. Met de overdracht van bevoegdheden om tarieven en dienstregeling vast te stellen heeft de NS in elk geval de mogelijkheid autonoom de rentabiliteit te beïnvloeden. Deze 'scheefheid' wordt in het advies van Wijffels erkend (Wijffels 1992: II-8). Daarbij is de redenering als geformuleerd in hypothese 3.

*Hypothese 3:*

Om te voorkomen dat de NS tegen het maatschappelijk belang in handelt, moet sprake zijn van concurrentie. Hiernaast dienen bedrijfseconomische beslissingen te congrueren met het maatschappelijk belang. Wanneer niet aan beide voorwaarden is voldaan, kan regulering nodig zijn.



De redenering ten aanzien van concurrentie is als volgt: concurrentie is nodig om het bedrijf te dwingen tot een redelijk tariefbeleid. Anders gezegd: zonder concurrentie heeft de NS de mogelijkheid haar monopoliepositie uit te buiten door tarieven te vragen die niet marktconform zijn. Deze concurrentie kan direct van andere spoorwegondernemingen komen of indirect van andere (openbaar)vervoersbedrijven die een werkelijk alternatief vormen. Voorlopig valt volgens de commissie-Wijffels deze vorm van concurrentie echter niet te verwachten.

De redenering ten aanzien van congruentie is als volgt: de bedrijfseconomische beslissingen van het bedrijf moeten in lijn zijn met wat maatschappelijk wenselijk wordt geacht. De NS kan bedrijfseconomische beslissingen nemen die strijdig zijn met het maatschappelijk belang. Op basis van het principe van prijs-elasticiteit is het logisch dat de NS als commercieel opererende organisatie de tarieven in de spits verhoogt. Dit staat echter haaks op het streven in het svv I en II om vooral in de spits volumegroei te realiseren.

Wijffels constateert dat aan beide voorwaarden (nog) niet is voldaan en concludeert dat een op winstoptimalisatie gericht bedrijf geneigd kan zijn om – binnen op zich rendabele of door de overheid gecontracteerde treinseries – bepaalde stations of frequenties op te heffen of sterk in prijs te verhogen, hetgeen als maatschappelijk ongewenst wordt ervaren. Om dit te voorkomen kan regulering van het voorzieningenniveau en tariefruimte nodig zijn. Wijffels geeft er echter de voorkeur aan de NS het voordeel van de twijfel te geven. De veronderstelling is dat de publieke opinie, de druk van politici en belangenorganisaties een voldoende corrigerende werking zal hebben (Wijffels 1992: II-9).

### **Beschouwing**

Vertrekpunt in de redenering bij het op afstand plaatsen van de NS zijn de organisatievraag en de economische rationaliteit. De sturingsvraag krijgt ternauwernood aandacht en dan alleen in randvoorwaardelijke zin. Terwijl de vorm en de haalbaarheid van de concurrentie nog onduidelijk zijn (en de haalbaarheid zelfs openlijk wordt betwijfeld), wordt niettemin een verzelfstandigingsproces in gang gezet. Vanuit een historisch sentiment is de hoop dat de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de NS (zelfregulering) ons behoedt voor harde, maar bedrijfseconomisch verantwoorde beslissingen.

## **7.5.2 HERWAARDERING VAN HET POLITIEK PRIMAAT**

Ter uitwerking van het kabinetstandpunt over de commissie-Wijffels is een overgangscontract voorbereid voor de periode 1995-2000. Hierin worden afspraken gemaakt over toename van de ondernemingsvrijheid van NSR, terwijl gelijktijdig de overheidsbijdrage voor de exploitatie van het spoorvervoer wordt afgebouwd. Het overgangscontract geeft NSR reeds gedurende de overgangsperiode tariefvrijheid. Hiernaast zou NSR ook de dienstregeling mogen bepalen, met dien verstande dat de daling van het aantal plaatskilometers niet groter mag

zijn dan 15 procent. Voorts bevat het contract een inspanningsverplichting voor NSR tot groei van het aantal reizigerskilometers. Het overgangscontract heeft tot veel discussie in de Tweede Kamer geleid, met als uitkomst dat de zelfstandigheid van NSR in de overgangperiode aan banden is gelegd. De zelfstandige positie van NSR na de overgangperiode bleef in de kamerbehandeling echter buiten schot.

*Hypothese 4:*

Omwille van de effectiviteit en de democratische legitimatie van het mobiliteitsbeleid moet de tariefvrijheid en de vrijheid om de dienstregeling te bepalen in de overgangperiode aan banden worden gelegd.

De Tweede Kamer was van mening dat de tariefvrijheid en de vrijheid om de dienstregeling te bepalen op gespannen voet staan met de doelstelling van volumegroei uit het svv I en II, omdat de belangen van NSR en het Kabinet niet congruent zijn (zie hiervoor). Met een beroep op de effectiviteit van het mobiliteitsbeleid bracht de minister van Verkeer en Waterstaat op verzoek van de Kamer twee wijzigingen aan (Tweede Kamer 1995-1996, nr. 19: 21-30). In de eerste plaats werd de tariefvrijheid in de overgangperiode beperkt tot een bandbreedte voor stijging van 2-4 procent. In de tweede plaats werd de NS tot 1998 de vrijheid afgenomen om het voorzieningenniveau aan te passen. Pas wanneer duidelijkheid bestaat over de invulling van de contractsector kan de NS treinseries afstoten.

Meer impliciet heeft ook de democratische legitimatie een rol gespeeld. Een andere reden om NSR tot 1998 niet de dienstregeling te laten bepalen, is dat de Kamer op dat moment nog geen enkele duidelijkheid had over de omvang en invulling van de contractsector. In de begroting van v&w was *a priori* een bedrag gereserveerd van jaarlijks 80 miljoen gulden. Het was alleen onduidelijk of dit voldoende is om de openbare nutsfunctie te kunnen blijven garanderen, omdat onbekend was welke treinseries NSR zou gaan afstoten. Het is ook om deze reden dat de Tweede Kamer met succes de voorwaarde bedong dat geen lijnen mogen worden afgestoten totdat duidelijkheid bestaat over de contractsector (Tweede Kamer 1995-1996, nr. 20).

Verder is in de Kamerbehandeling de fundamentele vraag aan de orde geweest of de overheid niet de grip op het mobiliteitsbeleid verliest, wanneer zij NSR tariefvrijheid verleent (Tweede Kamer 1995-1996, nr. 23: 25, 32). Tariefvrijheid voor NSR betekent immers dat de mogelijkheden worden aangetast om door prijsbeleid het gebruik van verschillende vervoersmodaliteiten te beïnvloeden. Wanneer de NS tariefvrijheid heeft, kan zij alleen door de kosten van het auto-gebruik te beïnvloeden de automobilititeit reduceren. Gezien de afspraak in het regeerakkoord om de kosten van het auto-gebruik de inflatie en internationale ontwikkeling te laten volgen, valt er weinig te verwachten op het punt van prijsbeleid.

### **Beschouwing**

In de kamerbehandeling van het overgangscontract werden naast de economische ijkpunten van effectiviteit (in de zin van klantgericht) en doelmatigheid nadrukkelijk ook juridische beginselen naar voren gebracht van democratische legitimatie en rechtszekerheid. Opvallend is dat deze alleen in relatie tot het overgangscontract naar voren zijn gebracht. Of de NS de tariefvrijheid en de vrijheid om de dienstregeling te bepalen na de overgangsperiode (na 2000) behoudt, blijft in de discussie buiten schot.

### **7.5.3 VAN MARKTWERKING NAAR PRESTATIECONTRACTEN**

Hoofddoel van de verzelfstandiging van NSR is het vergroten van de klant- en marktgerichtheid. Introductie van concurrentie is hiertoe een belangrijk instrument. De Europese richtlijn verplicht tot een beperkte toegang tot de infrastructuur voor internationale samenwerkingsverbanden. De lidstaten staat het vrij hierin verder te gaan. De voorstellen van de commissie-Brocx (1995) gaan in de richting van concurrentie op het spoor voor het nationale of kernnet en concurrentie om het spoor of de weg voor het regionale net. Daarmee gaan de voorstellen nadrukkelijk verder dan de Europese richtlijn.

#### *Hypothese 5:*

Marktwerking in het (commerciële) landelijke netwerk en het (onrendabele) regionale net draagt bij aan de effectiviteit en efficiëntie van de uitvoering van het spoorvoer, evenals de efficiëntie van de contractsector.

Voor het nationale (commerciële) netwerk is de redenering als volgt. Concurrentie op het nationale net versterkt de prijs-kwaliteitverhouding van het spoorwegvervoer. Immers als de onderneming niet levert wat de klant vraagt, verliest zij deze aan concurrenten. Hiernaast bevordert concurrentie de efficiëntie. Spoorwegondernemingen met hoge productiekosten prijzen zich uit de markt. De commissie-Brocx gaat ervan uit dat directe concurrentie op het kernnet tussen vervoerondernemingen haalbaar is.

Voor het regionale (niet-rendabele) netwerk is de gevolgde redenering vergelijkbaar. Met dien verstande dat omwille van de integratie en afstemming van de spoordiensten op elkaar en op andere vervoersdiensten, niet voor directe concurrentie is gekozen maar voor een systematiek van aanbesteden van concessies. Door de ontwikkelingsfunctie nadrukkelijk bij de vervoerder neer te leggen wordt bevorderd dat de markt- en klantkennis optimaal wordt gebruikt om het vervoersaanbod te definiëren.

In de redenering achter de introductie van marktwerking in de contractsector is alleen het efficiëntiemotief dominant (de ontwikkelingsfunctie is de verantwoordelijkheid van de aanbestedende overheid). Aanbesteden van onrendabele lijnen betekent voor de vervoersondernemingen concurreren op prijs (of productiekosten). Het biedt de aanbestedende overheid de mogelijkheid de aanbieder met de laagste kosten te contracteren.

De redeneringen achter de introductie van marktwerking gaan allen uit van de vooronderstelling dat concurrentie op elk van deze deelmarkten of sectoren mogelijk is. De haalbaarheid van directe concurrentie op het nationale net is vanaf het begin ter discussie gesteld. Deze discussie heeft er onlangs toe geleid dat voorlopig wordt afgezien van concurrentie op het nationale netwerk. In plaats daarvan wordt naar een prestatiecontract met NSR gestreefd. De redenering daarbij is als volgt.

*Hypothese 6:*

Marktwerking op of om het nationale commerciële net is niet reëel, gezien de starheid en de schaal van netwerk, de technische verwevenheid van spoor en trein en de kapitaalintensiteit van de productiemiddelen.

Directe concurrentie *op* het zelfde kernnet is moeilijk haalbaar vanwege de starheid en de schaal van het netwerk. De starheid sluit mededinging op basis van snelheid goeddeels uit (relevant voor beoogde volumegroei), omdat treinen die gebruik maken van dezelfde infrastructuur elkaar niet kunnen inhalen. Blijft over concurrentie op prijs en comfort. Ook dit blijkt praktisch lastig haalbaar omdat vervoersondernemingen van elkaar afhankelijk zijn voor het verloop van het vervoer. De volheid van ons net versterkt deze afhankelijkheid met gevolgen voor de dienstregeling, aansprakelijkheidsregelingen enzovoort. Tot slot leidt concurrentie op ons (kleine) net tot een versnipperde inzet van productiemiddelen en is het daarmee inefficiënt. Het is om die reden dat van directe concurrentie werd afgezien en het voorstel werd gedaan om (naast regionale lijnen) ook het nationale net aan te besteden.

Maar ook concurrentie om het kernnet (ofwel het aanbesteden van netwerken of lijnen) lijkt voorlopig niet reëel. De toetredingsdrempels voor concurrenten zijn hoog. Deze hangen samen met de geheel eigen karakteristieken van de sector. Een eerste toetredingsdrempel is de technische verwevenheid van infrastructuur en trein: spoor en trein worden vaak als een twee-eenheid ontwikkeld, gebouwd en geëxploiteerd door een onderneming. Hierdoor moet het materieel dat op het spoorwegnet kan worden toegelaten aan een groot aantal technische eisen voldoen. De bestaande exploitant is hierbij in het voordeel tegenover nieuwe toetreders. Dit komt duidelijk naar voren op het gebied van energievoorziening (tractie-energie) en de spoorwegveiligheid (eis van ATB-apparatuur en eisen t.a.v. de ervaring van bedienend personeel).

Een tweede toetredingsdrempel is de kapitaalintensiteit van de productiemiddelen. Het aanschaffen van locomotieven en treinstellen is een miljoenenzaak. Dit is deels een technisch gegeven, maar voor een ander deel het gevolg van de per land specifieke technische eisen die tot maatwerk bij de ontwikkeling en productie hebben geleid. Onder meer om deze reden zijn er geen leasebedrijven voor locomotieven en treinstellen en ontbreekt nagenoeg een tweedehandsmarkt (in tegenstelling tot rijtuigen). Het verwerven van locomotieven en treinstellen is voor nieuwe toetreders een grote belemmering. De concessies die de

overheid zal gebruiken zullen ten opzichte van de levensduur van materieel een korte looptijd hebben.

## 7.6 TOETSEN VAN DE FEITELIJKE REDENERING

Hieronder toetsen we de feitelijke redenering die ten grondslag ligt aan het op afstand plaatsen van de exploitatie van het reizigersvervoer aan de ijkpunten van effectiviteit, efficiëntie, democratische legitimatie, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Uitgangspunt is de voorgestelde uitvoeringsvariant met een zelfstandige, commerciële NSR, met marktwerking in de vorm van concurrentie op het (rendabele) kernnet en aanbesteding op het (onrendabele) regionale net en in de contractsector.

### **Effectiviteit**

Draagt de bovenstaande uitvoeringsvariant optimaal bij aan de realisatie van de publieke belangen van leefbaarheid, bereikbaarheid en toegankelijkheid voor sociale doelgroepen? De *feitelijke redenering* is gebaseerd op de hypothese dat een grotere ondernemingsvrijheid in combinatie met marktwerking de klant- en marktgerichtheid van NSR vergroot en hiermee bijdraagt aan de beoogde volumegroei. We kunnen hier drie kanttekeningen plaatsen.

In de eerste plaats kan een kanttekening worden geplaatst bij de causale relatie tussen klantgerichtheid en volumegroei. De bedoeling is immers dat de volumegroei plaats vindt ten koste van de auto. Uit onderzoek blijkt dat de gewenste substitutie uiterst lastig te beïnvloeden is (SCP 1997; AVV 1996). Substitutie vereist een vergroting van de tijdsefficiëntie en flexibiliteit van het openbaar vervoer (en dan rekenen we ‘irrationele’ motieven voor autogebruik als status en persoonlijke vrijheid niet eens mee). Hiermee is de vraag relevant of verzelfstandiging in combinatie met marktwerking hiervoor afdoende voorwaarde is. Een antwoord hierop relativeert noodzakelijkerwijs de bijdrage die concurrentie en verzelfstandiging kan leveren aan de tijdsefficiëntie en flexibiliteit, gezien de verwevenheid van infrastructuur en trein. Zo ook is het onterecht om de toename van het aantal vertragingen in 1997 enkel te wijten aan de verzelfstandiging. Deze hangen veeleer samen met de omvangrijke werkzaamheden aan het spoornet.

In de tweede plaats wordt er in de redenering te vanzelfsprekend vanuit gegaan dat de belangen van NSR en overheid parallel lopen. Dit wordt verduidelijkt met de stelling dat het belang van NSR het realiseren van omzetmaximalisatie is, terwijl de overheid belang heeft bij volumegroei. Hierbij is gemakshalve vergeten dat een verzelfstandigde NSR met tariefvrijheid die omzet ( $p \times q$ ) niet alleen kan verhogen via een groter volume ( $q$ ) maar ook via een hogere prijs ( $p$ ). De mogelijkheden voor NSR om dit ‘ongestraft’ te doen, zijn groter naarmate de concurrentie geringer is en de vraag inelastischer. Omdat concurrentie op het nationale net, gezien de specifieke kenmerken van de markt, niet reëel is, bestaat de kans dat ‘captive klanten’ (die geen alternatief hebben) hiervan de dupe worden. Dit staat op gespannen voet met de sociale doelstelling van het spoorvervoer.

In de derde plaats houdt de uitvoeringsvariant er geen rekening mee dat een zelfstandige, op bedrijfseconomische principes gerunde NSR op grond van bedrijfseconomische overwegingen keuzes kan maken die ingaan tegen de maatschappelijke belangen van leefbaarheid en bereikbaarheid, ongeacht of sprake is van concurrentie. Bijvoorbeeld het verhogen van de tarieven in de spits op grond van de geringe prijselasticiteit in deze periode versus de SVV-doelstelling van volumegroei in de spits. Dit bezwaar wordt niet opgeheven door concurrentie, omdat ook concurrenten op basis van dezelfde overwegingen tot prijsdifferentiatie zullen besluiten. De tucht van de markt is dan onvoldoende om de publieke belangen veilig te stellen.

*Conclusie:*

Vanuit het oogpunt van effectiviteit is het wenselijk de tariefruimte en het voorzieningenniveau te reguleren. Regulering is nodig om te voorkomen dat een zelfstandige, op bedrijfseconomische principes geënte NSR beslissingen neemt die tegen het maatschappelijk belang ingaan en daarmee de effectiviteit van het mobiliteitsbeleid ondergraven. Regulering door de ‘tucht van de markt’ is onvoldoende omdat concurrentie geen of slechts beperkt correctie oplevert van bedrijfseconomisch gezonde beslissingen die ingaan tegen het maatschappelijk belang.

**Efficiëntie**

In hoeverre is de efficiëntie van de taakuitvoering optimaal gewaarborgd in de uitvoeringsvariant van verzelfstandiging van NSR en netwerkmanagement? De *feitelijke redenering* is gebaseerd op de hypothese dat zelfstandigheid bijdraagt aan de rentabiliteit van het spoorvervoer (en daarmee indirect de efficiëntie), terwijl marktwerking de efficiëntie bevordert doordat vervoerders met hoge productiekosten zichzelf uit de markt prijzen. Bij deze redenering kunnen uit het oogpunt van efficiëntie de volgende kanttekeningen worden geplaatst.

In de eerste plaats kan de efficiëntieprikkel die uitgaat van marktwerking ter discussie worden gesteld, althans voor het nationale kernnet. Concurrentie op deze deelmarkt valt voorlopig niet te verwachten. De technische verwevenheid van spoor en trein, de kapitaalintensiteit van de productiemiddelen en de centrale rol van de dienstregeling werpen grote barrières op voor potentiële toetreders (zie o.a. Schaafsma 1997). Het verzelfstandigen van de NS onder gelijktijdige introductie van concurrentie betekent daarmee het creëren van een zelfstandige monopolist. Zonder concurrenten heeft deze weinig prikkels om het (rendabele) kernnet efficiënt te exploiteren.

In de tweede plaats beïnvloedt het verzelfstandigen van NSR de financiële beheersbaarheid van de contractsector negatief, zolang het niet reëel is dat concurrenten op de nationale markt toetreden. Omdat concurrentie ontbreekt, is de omvang van de contractsector niet het logische gevolg van een pareto-optimaal vervoersaanbod dat in de markt tot stand komt. In plaats hiervan kan NSR relatief eenzijdig de potentiële *omvang* van de contractsector bepalen. Er bestaat geen gemeenschappelijke definitie van een ‘onrendabele dienst’.

NSR is vrij te besluiten wanneer zij een treindienst afstoot. Dit betekent tevens dat winsten in de commerciële/rendabele sector kunnen wegvloeien uit het spoorvervoer. Daarmee wordt de vraag reëel of de overheid op termijn niet duurder uit is dan bij het afdekken van de exploitatietekorten.

Tot slot valt een kanttekening te plaatsen bij de efficiëntie van de taakuitvoering *binnen* de contractsector voor nationale en voor regionale lijnen. Voor de nationale contractsector is opnieuw het uitblijven van concurrentie problematisch en moet op andere wijze worden gewaarborgd dat de overheid tegen een zo laag mogelijke prijs de diensten inkoopt (dit vraagt inzicht in de opbouw van de kosten en overeenstemming over een ‘passende vergoeding’). Voor de regionale contractsector is concurrentie wel mogelijk, met name concurrentie met andere modaliteiten. De vraag die hier in de toekomst opportuun zal zijn, is hoe de transactiekosten die gemoeid zijn met het proces van aanbesteding, zich verhouden tot de efficiëntiewinst die via marktwerking wordt gerealiseerd.

*Conclusie:*

Het verzelfstandigen van de NS in een monopolioïde markt is vanuit efficiëntie-overwegingen niet gewenst. Zonder een reële kans op concurrentie is de prikkel tot een efficiënte exploitatie van het kernnet beperkt. Bovendien is het nadelig voor de financiële beheersbaarheid van de contractsector (kernnet en contractsector zijn als het ware communicerende vaten). Dit betekent dat voor het kernnet op andere wijze (marktconforme) efficiëntieprikkels moeten worden ingebouwd, bijvoorbeeld in de vorm van arrestatieafspraken en afspraken over wanneer een dienst mag worden afgestoten.

**Democratische legitimatie**

Bij democratische legitimatie gaat het in essentie om de vraag of de overheid voldoende sturings- en controlemogelijkheden behoudt op de prestaties van NSR en hiermee op de realisatie van de publieke belangen. In de *feitelijke redenering* wordt ervan uitgegaan dat de mogelijkheden om de publieke belangen te behartigen voldoende zijn gewaarborgd omdat de overheid verantwoordelijk blijft voor het voorzieningenniveau. Via de contractsector kan zij die lijnen inkopen die zij om maatschappelijke of sociale redenen wenselijk acht (en daarbij gedetailleerd het in te kopen product definiëren – frequenties, kwaliteit enz.).

De sturing en controle op de prestaties van de NS zijn vergaand teruggedrongen. Dit is juist het achterliggende doel van de hele operatie: het vergroten van de ondernemingsvrijheid. De vraag is echter of het ijkpunt van democratische legitimatie hiermee niet is veronachtzaamd.

In de eerste plaats moet de betekenis van de verantwoordelijkheid voor het voorzieningenniveau worden genuanceerd, vanwege de afhankelijkheid van de overheid tegenover NSR. Weliswaar kan de overheid besluiten welke onrendabele lijnen zij contracteert, er is echter geen enkele (markt)sturing op NSR bij het bepalen welke lijnen zij afstoot. Zij is volledig vrij zelf te bepalen welke diensten zij wil afstoten. Wanneer de overheid vervolgens alleen de keuze heeft tussen

wel of niet contracteren, kan dit nauwelijks sturing worden genoemd (zie ook effectiviteit, redenering 2).

In de tweede plaats zijn met het overdragen van de bevoegdheid om tarieven vast te stellen de sturingsmogelijkheden in het mobiliteitsbeleid sterk beperkt. De overheid heeft in haar prijsbeleid nog slechts de mogelijkheid om de variabele autokosten te beïnvloeden om substitutie te bevorderen. De invloed op de treintarieven heeft zij immers uit handen gegeven. Wanneer de NS de treintarieven verhoogt, is de overheid als het ware ‘gedwongen’ de autoprijzen te verhogen om realisatie van de doelstellingen uit het SVV I en II te waarborgen (denk maar aan de discussie die ontstond in de Tweede Kamer toen NSR binnen de bandbreedte van de ruimte van het overgangscontract de tarieven verhoogde).

In de derde plaats zijn ook de sturings- en controlemogelijkheden via de organisatievorm van de overheidsvennootschap beperkt. De overheidsvennootschap is juist bedoeld om de ondernemingsvrijheid van de organisatie te vergroten en de bemoeienis van de overheid met de bedrijfsvoering te minimaliseren. Een interessante vraag is dan hoe de suggestie van In 't Veld (1992: 294-295) om de overheidsaandelen te verkopen aan de klanten van de NS moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van democratische legitimatie (waarschijnlijk kritisch vanwege strijdigheid van individuele belangen met het collectieve belang).

#### *Conclusie:*

De democratische legitimatie voor het nationale kernnet is voornamelijk gewaarborgd via het overheidseigendom en voor de contractsector/regionaal spoorvervoer via de rol van opdrachtgever (omdat de aanbestedende overheid de vervoersdienst definieert, inclusief tarief enz.). Dit moet echter als onvoldoende worden beoordeeld gezien de maatschappelijke doeleinden die de overheid met het spoorvervoer beoogt. Deze veronderstellen dat de overheid invloed heeft op de tarieven en de dienstregeling.

#### **Rechtszekerheid**

In hoeverre is de rechtszekerheid van het spoorvervoer voor burgers en bedrijven optimaal gewaarborgd bij de voorgestelde uitvoeringsvariant? In tegenstelling tot bijvoorbeeld onderwijs heeft de burger geen recht op openbaar vervoer. Wel kan dit ‘recht’ indirect worden afgeleid van andere grondrechten (zie o.a. Nabben 1996). De feitelijke redenering gaat ervan uit dat de rechtszekerheid gewaarborgd wordt via de contractsector en via een wettelijke regeling van de consumentenbescherming.

In de eerste plaats leidt het aanbesteden van treindiensten voor de contractsector per definitie tot een grotere rechtsonzekerheid. Enerzijds omdat de overheid niet alle lijnen die de NS afstoot, per definitie zal contracteren. Anderzijds omdat onrendabele lijnen periodiek onderwerp van een politiek-bestuurlijke afweging zullen zijn. De mate van rechtsonzekerheid die hierdoor ontstaat, neemt toe naarmate de looptijd van de contracten of concessies korter is.



Omdat de ‘spoorwegmarkt niet perfect is’ zal de consumentenbescherming na een ervaringsperiode van twee jaar (van 1995-1997) worden verankerd in wet- en regelgeving. In deze ervaringsperiode is het de bedoeling dat producenten- en consumentenorganisaties zelfstandig en actief naar oplossingen zoeken, zodat bij voorkeur op basis van een voorstel van de betrokken actoren tot regelgeving kan worden gekomen. Hiermee lijkt de rechtszekerheid *na* de overgangperiode voldoende gewaarborgd.

Tot slot kan worden opgemerkt dat de rechtsonzekerheid met name in de overgangperiode groot is/was, vooral voor de spoorwegvervoerders (potentiële concurrenten van de NS en de NS zelf). Er heeft lang onduidelijkheid bestaan over de invulling van het netwerkmanagement. Dit heeft de minister van V&W er niet van weerhouden te experimenteren met marktwerking zonder dat sprake was van enig wettelijk kader (vgl. de concessieverlening aan Lovers, inclusief de concessies waarvan Lovers geen gebruik maakte).

*Conclusie:*

De rechtszekerheid van consumenten en vervoerders lijkt met name in het geding in de overgangperiode tot de relevante wettelijke regelgeving tot stand komt. Daarna lijkt de rechtszekerheid redelijk gewaarborgd, met dien verstande dat het recht op openbaar vervoer beperkt via de contractsector kan worden afgedwongen. Via de introductie van vraagafhankelijk vervoer probeert de overheid hier bij te sturen.

**Rechtsgelijkheid**

In hoeverre is de rechtsgelijkheid optimaal gewaarborgd in de voorgestelde uitvoeringsvariant? Hier wordt een onderscheid gemaakt tussen de rechtsgelijkheid van de burger en van de potentiële toetreders tot de spoorwegmarkt.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het eerst nodig vast te stellen dat materiële gelijkheid van consumenten niet bestaat, omdat deze per definitie wordt beperkt door de ligging van het netwerk. De bewoners uit Noordoost-Groningen hebben niet dezelfde toegangsmogelijkheden tot het spoor als de bewoners uit de Randstad. Niettemin neemt de rechtsongelijkheid in de nieuwe situatie licht toe omdat bij de totstandkoming van het kernnet de rentabiliteit centraal staat (en niet de rechtsgelijkheid) en bij de totstandkoming van de contractsector de effectiviteit. Het voornemen is om via vraagafhankelijk vervoer met name de toegang voor sociaal zwakkeren tot het spoor te waarborgen.

De rechtsongelijkheid van potentiële toetreders tot de markt is vooral in materiële zin groot door de technische verwevenheid van spoor en trein. Hiervoor is al aangegeven dat de NS in het voordeel is omdat zij over het juiste materieel beschikt (met tractie-energie; ATB-beïnvloeding enz.) en over mensen met de juiste opleidingseisen enzovoort. De verschillen zijn zelfs zo groot dat ze een substantiële toetredingsdrempel vormen. Deze conclusie heeft wel tot het commentaar geleid dat een veel verder gaande functiescheiding binnen de NS nodig

was geweest (ofwel: een andere marktordening). In plaats van de scheiding infrastructuur en exploitatie is voorgesteld (Schaafsma 1997) een onderscheid te maken tussen vervoerders (producenten van vervoer met wagons, conducteurs enz.), verplaatsers ('sleepbedrijven' met machinisten, locomotieven die ruimte op het spoor aanbieden) en verkeersmiddelen (zoals infrastructuur, locomotieven enz.).

Voor concurrenten die deze materiële ongelijkheid weten te overwinnen is de vraag of de formele rechtsgelijkheid afdoende is gewaarborgd bij het toedelen van de infrastructuurcapaciteit. In dit verband is met name de positionering van Railned (verantwoordelijk voor het capaciteitsmanagement) van belang. De organisatorische positionering van Railned (met onafhankelijk toezicht) binnen de holding van de NS kan de schijn van partijdigheid niet vermijden. Deze oplossing is dan ook terecht bekritiseerd. Zoals eerder aangegeven, is het tweede kabinet-Kok voornemens Railned buiten het organisatorisch verband van de NS te plaatsen.

#### *Conclusie:*

De rechtsgelijkheid van consumenten lijkt niet substantieel in gevaar en geeft daarmee weinig aanleiding voor een andere organisatievorm voor NSR of instrumentatie. De formele rechtsgelijkheid van de vervoerder daarentegen vraagt om een andere organisatievorm voor NS Railned, waarbij de onafhankelijkheid wordt gewaarborgd. Het voornemen van het kabinet-Kok II om NS Railned uit de Holding te plaatsen is een stap in de goede richting.

#### **Tot slot**

Uit de bovenstaande analyse blijkt dat in de nieuwe situatie met name de democratische legitimatie, de effectiviteit en de efficiëntie onvoldoende zijn gewaarborgd. Dit hangt samen met een aantal onvolkomenheden in de feitelijke redenering.

- 1 *Het loskoppelen van de organisatie- en sturingsvraag van de publieke belangen.* Hoewel de herstructurering wel is beargumenteerd vanuit de gewenste volumegroei van het spoorvervoer, is de doelstelling van de veranderingsoperatie al snel 'verengd' tot het vergroten van de rentabiliteit en klantgerichtheid van NSR. Dat klantgerichtheid niet zonder meer tot volumegroei leidt, dat rentabiliteit strijdig kan zijn met de doelstelling van volumegroei en dat bedrijfs-economisch verantwoorde beslissingen maatschappelijk ongewenst kunnen zijn, is onvoldoende overweging geweest bij het uitwerken van de organisatie- en sturingsvorm. De keuze voor een organisatievorm die nagenoeg geen invloedsmogelijkheden biedt, getuigt hiervan. Zo ook de aanvankelijke keuze voor een sturingsvorm (directe marktwerking) die geen oplossing biedt bij incongruentie van gezonde bedrijfsbelangen met maatschappelijk belangen.
- 2 *Loskoppelen van de organisatievraag van de sturingsvraag.* Vanaf het begin heeft de organisatievraag centraal gestaan bij het bepalen op welke wijze de publieke taak van spoorvervoer het beste kon worden uitgevoerd. Het antwoord op deze vraag luidde: het vergroten van de ondernemingsvrijheid door een zelfstandige bedrijfseenheid te creëren met financiële verantwoordelijkheid. De sturingsvraag werd alleen beantwoord in relatie tot de contractsector

(hoe stuurt de overheid het voorzieningenniveau), maar niet in relatie tot NSR. Zo kon een situatie ontstaan waarbij een verzelfstandigingsproces werd ingezet, zonder dat duidelijk was op welke wijze deze 'private' monopolist zou worden bijgestuurd. De ondergeschiktheid van de sturingsvraag blijkt ook uit de suggestie van de commissie-Wijffels om te vertrouwen op zelfregulering door NSR.

- 3 *De haat-liefdeverhouding met de NS.* Dit is waarschijnlijk de beste irrationele verklaring achter de hoop dat een zelfstandige NSR die op bedrijfseconomische principes is geschoeid, ook een maatschappelijke functie vervult. Een grotere afstandelijkheid tegenover NSR zou tot de conclusie hebben geleid dat van een nagenoeg autonome NSR niet zonder meer maatschappelijk verantwoord gedrag kan worden verwacht. Vanuit een zakelijkere houding was wellicht meteen tot regulering van het voorzieningenniveau en de tariefruimte besloten. De dreiging van concurrentie (van overheidszijde – vgl. de concessie aan Lovers) versus de dreiging van een drastische sanering (van NS-zijde) is waarschijnlijk de echte verklaring dat NSR in de overgangperiode al te drastisch in het netwerk saneerde.
- 4 *De overschatting van de mogelijkheden om concurrentie in de spoorwegmarkt in te voeren.* De spoorwegmarkt is een markt met unieke karakteristieken die de introductie van marktwerking lastig maken. Dit hangt samen met de technische verwevenheid van spoor en trein, de starheid van het spoor en de kapitaalintensiteit van de productiemiddelen. Deze karakteristieken werpen hoge toetredingsdrempels op voor potentiële concurrenten en maken concurrentie op of om het spoor op het nationale net onwaarschijnlijk. Alleen op de regionale markt lijkt concurrentie voorlopig een reële mogelijkheid en dan met name met andere vervoersmodaliteiten zoals de bus. De vraag is dan ook waarom het kabinet hier nadrukkelijk verder ging dan de Europese richtlijn. De grote populariteit van het concept marktwerking en het geloof in de maakbaarheid van (betwistbare) markten speelt hier waarschijnlijk een grote rol.
- 5 *Het Europese beleid.* De Europese richtlijn is de stuwende kracht achter de organisatorische verzelfstandiging van de NS (en in mindere mate het voor-nemen om marktwerking te introduceren). De inhoud van de richtlijn en de druk om de richtlijn te implementeren is waarschijnlijk ook een verklaring voor de dominantie van de organisatievraag. De vereisten uit de richtlijn zijn met name gericht op de organisatie van de spoorwegen en stelt het vergroten van de rentabiliteit van de spoorwegen nadrukkelijk voorop (leefbaarheid en bereikbaarheid zijn in de richtlijn veeleer afgeleide doelen).

## 7.7 GEWENSTE REDENERING

Uitgangspunt bij de gewenste redenering is het EU-beleid. Voor onze redenering lijkt vooral de bepaling relevant die autonomie van management van de spoorwegvervoerder verordonneert. Deze bepaling lijkt de weg naar de organisatievorm van het staatsbedrijf af te sluiten. Hiernaast beperkt verordening 1893/91 de keuzemogelijkheden voor de sturingsvorm. De verordening verbiedt immers om nog langer eenzijdige dienstverplichtingen op te leggen aan spoorwegvervoerders. De gewenste redenering dient aan deze twee randvoorwaarden te vol-

doen. Hieronder volgt een mogelijke wenselijke redenering, die een volgtijdelijkheid van ijkpunten inhoudt (gebaseerd op de afweging welke ijkpunten met name in het geding zijn).

*Welke (mate van) invloed is nodig om de publieke belangen adequaat te kunnen behartigen?*

Bij de gewenste redenering wordt het behartigen van de publieke belangen als uitgangspunt genomen. De eerste vraag bij het op afstand plaatsen van de uitvoering van een publieke taak luidt dan ook: welke invloed op de uitvoering is nodig om de publieke belangen adequaat te behartigen? De redenering neemt hiermee de ijkpunten van democratische legitimatie en effectiviteit tot vertrekpunt. Voor de redenering zijn de volgende twee overwegingen relevant:

- 1 het feit dat het spoorvervoer instrument van overheidsbeleid is; in combinatie met
- 2 de strijdigheid van publieke belangen met het bedrijfs- of organisatiebelang van NSR.

Op grond van beide overwegingen had de conclusie moeten zijn dat directe invloed is gewenst op het voorzieningenniveau en de tariefruimte van NSR en andere toekomstige spoorwegvervoerders. De combinatie van een verzelfstandigde NS (met tariefvrijheid en vrijheid van dienstregeling) en directe concurrentie op het nationale net voldoet niet aan deze voorwaarde. Zelfs niet al zou directe concurrentie reëel zijn.

*Op welke wijzen kan deze invloed worden uitgeoefend zodanig dat de organisatie niet tegen het maatschappelijk belang in handelt?*

De tweede vraag is die naar de wijzen waarop het handelen van de organisatie kan worden beïnvloed. Hiermee verwijst de vraag naar (combinaties van) mogelijke sturings- en organisatievormen. Gezien de Europese richtlijn valt de mogelijkheid van het directe eenzijdige instrument van de openbare-dienstverplichting af. De volgende directe invloedsmogelijkheden blijven over:

- via netwerkmanagement in de vorm van het aanbesteden van concessies. De overheid behoudt dan in de rol van opdrachtgever (formuleren van concessievereisten) invloed op, onder meer, het voorzieningenniveau en de tariefruimte;
- via directe meerzijdige regulering, waarbij de tariefruimte en het voorzieningenniveau worden vastgelegd in bilaterale contracten tussen vervoerder en overheid;
- via verandering van de organisatievorm van een overheidsvennootschap naar een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO).

*Welke (combinatie) van invloedsmogelijkheden draagt bij aan de meest efficiënte uitvoering van de publieke taak?*

Bij de afweging welke van deze invloedsmogelijkheden het meest geschikt is, is vervolgens de efficiëntie het relevante ijkpunt. Op grond van dit ijkpunt gaat (in theorie) de voorkeur uit naar directe invloed via aanbesteding, zowel voor

het nationale kernnet als voor het regionaal spoor/contractsector. Bij deze keuze dienen echter de volgende twee overwegingen te worden betrokken:

- 1 haalbaarheid van concurrentie/marktwerking in het spoorwegvervoer; in combinatie met
- 2 de transactiekosten gemoeid met het netwerkmanagement.

Bovenstaande betekent voor het regionale net dat aanbesteden de gewenste en een haalbare optie lijkt. Voor het regionale net is de wenselijke redenering daarmee in zekere zin conform de feitelijke redenering. Voor het regionale net is concurrentie immers reëel. De wenselijkheid van deze optie wordt pas ondermijnd op het moment dat de transactiekosten die gemoeid zijn met het organiseren van de aanbesteding, groter zijn dan de efficiëntiewinst als gevolg van deze vorm van marktwerking. De praktijk zal dit moeten uitwijzen. Wel is aannemelijk dat naarmate de overheid meer directe invloed wil behouden, de transactiekosten hoger zullen zijn.

Voor het nationale kernnet ligt de situatie anders. Op grond van het eerste criterium had de conclusie voor het nationale net moeten zijn dat, gezien de specifieke karakteristieken van de spoorwegmarkt, (voorlopige) toetreding van concurrenten tot het nationale netwerk niet realistisch is. De optie van aanbesteden valt hiermee af. Een verdere marktordening, zoals hiervoor is voorgesteld, zou de toetredingsdrempels kunnen verlagen maar heeft ongetwijfeld hogere transactiekosten tot gevolg (vgl. de UK waar bijna 10 instanties met een regulerende, verdelende taak in het leven zijn geroepen). Blijft over het sturingsinstrument van de bilaterale contracten.

Op grond van de ijkpunten efficiëntie, effectiviteit en democratische legitimatie is het wenselijk om in zo'n bilateraal contract (marktconforme) prikkels in te bouwen ter bevordering van de efficiëntie en de effectiviteit van NSR (in termen van de mobiliteitsdoelstellingen). Zo'n prestatiecontract is naar alle waarschijnlijkheid ook de uitkomst van de feitelijke redenering (vgl. de beleidsvoornemens van Paars II in het regeerakkoord), echter niet dan nadat een omzwenning is gemaakt langs sturing via directe concurrentie en via aanbesteding.

*Hoe kunnen rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratische legitimatie tot slot worden geoptimaliseerd?*

Bij het optimaliseren van het sturings- en organisatiearrangement spelen overwegingen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van burgers een rol.

Hieronder wordt een aantal relevante aandachtspunten genoemd:

- de duur van het contract/concessie: omwille van de rechtzekerheid gaat de voorkeur uit naar een lange doorlooptijd. Vanuit het oogpunt van democratische legitimatie is niettemin een korte doorlooptijd gewenst. Deze spanning kan wellicht worden opgeheven door in het contract of de concessie een bepaling op te nemen die het de overheid toestaat om eenzijdig het contract open te breken;
- wettelijke regeling van consumentenbescherming en waarborgen van invloed/inspraak van burgers op het opstellen van concessievoorwaarden bij aanbesteden;
- onafhankelijk toezicht op regionale OV-markt.

## 7.8 DE VRAGEN

In deze slotparagraaf worden aan de hand van vier vragen de belangrijkste conclusies samengevat. Waar zinvol wordt verwezen naar het voorgaande.

### 1 *Wat zijn de publieke belangen van het spoorvervoer?*

Het spoorvervoer dient drie publieke belangen. De publieke belangen van leefbaarheid en bereikbaarheid zijn expliciet vastgelegd in de Structuurschema's Verkeer en Vervoer I en II en hiermee hecht verankerd in het mobiliteitsbeleid (volumegroei als bijbehorend doel). Het publieke belang van toegankelijkheid voor zij die zijn aangewezen op het openbaar vervoer is reeds decennia lang een belangrijke reden voor de betrokkenheid van overheid. Gezien deze publieke belangen is spoorvervoer nadrukkelijk een instrument van overheidsbeleid (zie verder par. 7.3).

### 2 *Welke keuzen zijn de afgelopen jaren op het onderhavige terrein gemaakt ten aanzien van organisatie/aansturing van de uitvoering van het spoorvervoer?*

De centrale keuze in de *organisatie* van de exploitatie van het reizigersvervoer is om deze functie beleidsmatig en financieel te verzelfstandigen in een aparte bedrijfseenheid met een eigen financiële verantwoordelijkheid: NS-Reizigers. Deze keuze betekende in strikte zin geen verandering in organisatievorm, omdat NSR een overheidsvennootschap blijft. Feitelijk is niettemin sprake van een afname van de ministeriële verantwoordelijkheid omdat de overheid de bevoegdheden om de tarieven, dienstregeling, personeelsbeleid en investeringsbeleid te bepalen, overdraagt aan NSR. Voorts kunnen voortaan ook private partijen spoorwegdiensten verrichten. (zie verder par. 7.4.3).

De centrale keuze in de *aansturing* van de exploitatie van het reizigersvervoer is om netwerkmanagement te introduceren in de vorm van een gedifferentieerde aanpak van marktwerking naar deelmarkt en schaalniveau: directe concurrentie op het spoor voor het nationale (rendabele) kernnet; aanbesteding van concessies voor het regionale (onrendabele) net en aanbesteding van onrendabele lijnen in de contractsector. Dit laatste verwijst naar lijnen die de NS afstoot en de overheid omwille van sociale of maatschappelijke doelstellingen op contractbasis inkoop bij de spoorvervoerder (zie verder par. 7.4.3).

### 3 *Welke redenering lag aan deze keuzen ten grondslag? In welke mate was het Europese recht hier bepalend?*

Aan de organisatorische verzelfstandiging van NSR lagen vooral overwegingen van efficiëntie en effectiviteit (vgl. economische rationaliteit) ten grondslag. Centrale vooronderstelling was dat het nodig was de ondernemingsvrijheid van NSR te vergroten om de rentabiliteit en klantgerichtheid (en daarmee de volumegroei) van de spoorwegen te laten toenemen. Met andere woorden de redenering gaat ervan uit dat de doelstellingen tegelijkertijd te realiseren zijn en geen incongruentie van organisatie- en maatschappelijk belang opleveren. De Europese Richtlijn 91/440 is zeer bepalend geweest

voor de verzelfstandiging van de exploitatiefunctie (in bijzonder de vereiste van autonomie van management) (zie verder par. 7.5).

Aan de keuze om marktwerking te introduceren liggen opnieuw vooral overwegingen van efficiëntie en effectiviteit ten grondslag. Centrale vooronderstelling is dat marktwerking de effectiviteit en efficiëntie vergroot. Achter deze vooronderstelling gaat de hypothese schuil dat marktwerking op de verschillende deelmarkten van het spoorvervoer mogelijk is. Ook de keuze voor marktwerking is waarschijnlijk door de Europese richtlijn beïnvloed, al gaan de voorstellen nadrukkelijk verder. De keuze lijkt dan ook vooral beïnvloed door de grote populariteit die marktwerking de eerste helft van de jaren negentig geniet (zie verder par. 7.5).

4 *Hoe had op grond van de vijf ijkpunten de organisatie- en sturingsvraag (in samenhang) beantwoord moeten worden?*

De ijkpunten van maatschappelijke effectiviteit (in relatie tot de publieke belangen), efficiëntie (in de zin van financiële beheersbaarheid van de contractsector) en democratische legitimatie zijn onvoldoende gewaarborgd in de bestaande redenering. Hierdoor kon een uitvoeringsvariant worden voorgesteld die feitelijk neerkomt op de creatie van een private organisatie die als monopolist – in een monopolioïde markt – zelfstandig de dienstregeling bepaalt, de tarieven vaststelt en eenzijdig bepaalt welke diensten zij afstoot. Deze variant kon mede ontstaan omdat de organisatievraag is losgekoppeld van de sturingsvraag en de relatie met de publieke belangen op de achtergrond is geraakt (zie verder par. 7.6).

Hoe hadden de organisatie- en sturingsvraag wel moeten worden beantwoord? In de eerste plaats had omwille van de democratische legitimatie en de (maatschappelijke) effectiviteit moeten worden vastgesteld welke invloed nodig is om de publieke belangen adequaat te behartigen. Hierbij had rekening moeten worden gehouden met:

- a het feit dat het spoorvervoer een instrument van het mobiliteitsbeleid is; en in het verlengde hiervan
- b de incongruentie van (bedrijfseconomische) belangen van de uitvoerende organisatie met de publieke belangen van leefbaarheid en mobiliteit. Op grond hiervan had de conclusie moeten luiden dat directe invloed op het voorzieningenniveau en de tariefruimte nodig blijft.

Deze invloed had op drie manieren gerealiseerd kunnen worden:

- a in de vorm van het aanbesteden van concessies via het formuleren van gedetailleerde concessievoorwaarden;
- b in de vorm van directe meerzijdige regulering, bijvoorbeeld in de vorm van openbare-dienstcontracten; en
- c door van NSR een ZBO te maken opdat voldoende ministeriële invloed op het voorzieningenniveau en de tariefruimte gewaarborgd blijft (een wijziging in staatsbedrijf lijkt niet mogelijk vanwege de Europese vereiste van autonomie

van management; de vraag is echter wat van een wijziging van organisatievorm mag worden verwacht, als feitelijk onder de organisatievorm overheidsvennootschap vergaande overheidsbemoeyenis plaatsvond).

Bij de keuze zouden vervolgens efficiëntieargumenten de doorslag moeten geven. Aanbesteding zou dan de voorkeur verdienen, mits aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:

- a toetreding van concurrenten tot de spoorwegvervoermarkt is reëel; en
- b de transactiekosten die gemoeid zijn met het organiseren van de aanbesteding zijn lager dan de te verwachten efficiëntiewinst.

Gezien de karakteristieken van de sector is toetreding van concurrenten op het rendabele nationale net niet reëel en hiermee niet wenselijk. Voor deze deelmarkt betekent dit directe regulering door een prestatiecontract, met prestatienormen op basis van (internationale) *benchmarking*. Zo'n contract bevat bij voorkeur (marktconforme) prikkels voor efficiëntie en effectiviteit in de vorm van een bonus/malusregeling. Voor de deelmarkt van regionaal vervoer is niet zozeer van spoorvervoerders, maar wel van busbedrijven toetreding te verwachten. Aanbesteding is hier mogelijk en zal uiteindelijk moeten worden afgewogen tegen de transactiekosten van het organiseren van de aanbesteding (en tegen de kosten van niet gebruikt spoor/onbenutte capaciteit).

#### **Tot slot: Privatisering van de NS?**

Hoewel deze studie de actuele kabinetsvoornemens om de NS te privatiseren buiten beschouwing laat, is de verleiding te groot om hieraan geheel voorbij te gaan. Dit geldt temeer wanneer de hoofdconclusie van deze studie luidt dat het adequaat waarborgen van de publieke belangen directe overheidsbemoeyenis veronderstelt, hetzij via opdrachtgeving en/of via marktwerking. Het voorstel om de NS te privatiseren zonder disciplinerende in de vorm van marktwerking, betekent de vorming van een 'private monopolist', met alle risico's van dien. Hoewel via opdrachtgeving (in de vorm van prestatiecontracten in combinatie met *benchmarking*) enige disciplinerende mogelijk blijft, is de hamvraag echter waarom het kabinet privatisering van de NS nastreeft in een monopolioïde markt? Met andere woorden: welke redenering ligt hieraan ten grondslag? Draagt een private organisatievorm meer bij aan het realiseren van de publieke belangen dan een publieke organisatievorm? Hiervoor lijkt weinig ondersteuning te vinden (zie ook Groenendijk 1998). En het argument dat aanbieders een gelijkwaardige en non-discriminatoire kans moeten hebben, houdt in de monopolioïde markt eveneens geen stand. De privatisering lijkt dan ook eerder in het belang (en mede op het verzoek) van de NS dan van de overheid.



**NOTEN**

- 1 Drs. I. van Enkevort is medewerker van B&A Groep.

**LITERATUUR**

- Adviesdienst Verkeer en Vervoer (1996) *Autogebruik te sturen? Begrippenkader Mobiliteit en Gedrag*, Rotterdam.
- Brokx, G. et al. (1995) *Marktwerking in het Openbaar Vervoer*, eindrapport commissie-Brokx Openbaar Vervoer, Utrecht.
- Groenendijk, J. (1998) *Overheidsinvloed in het openbaar vervoer, een vergelijkend onderzoek naar deregulering, privatisering en verzelfstandiging in Europa*, Amsterdam: Thesis Publishers.
- Huijser, R.W (1992) 'De Europese Gemeenschap en de verhouding tussen de spoorwegondernemingen en de nationale overheden', *Tijdschrift voor Vervoerwetenschap*, 3: 336-350.
- ISOTOPE: *Improved Structure and Organization for urban Transport Operations of Passengers in Europe*, research project under the auspices of the Fourth Framework Programme, Brussels (1997).
- Ministerie van Verkeer en Waterstaat (1997) *Marktwerking in het Regionaal Openbaar Vervoer, Implementatienota*, Den Haag.
- Nabben, P. (1996) *Een (grond)recht op openbaar vervoer? Grondrechtelijke consequentie van de verzelfstandiging van de NS*, Wetenschapswinkel Rechten, Universiteit Utrecht, Utrecht.
- Schaafsma A. (1997) 'Liever het ontleedmes dan de botte bijl – radicale scheiding van infrastructuur en exploitatie niet doeltreffend voor concurrentie en innovatie in de spoorwegbranche', *Tijdschrift voor Vervoerwetenschap*, 3: 237-258.
- Steg L. , M. Arnold, M. Ras en E. van Velzen (1997) *Maatschappelijke en Individuele Determinanten van Autogebruik*, Sociaal Cultureel Planbureau, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Tweede Kamer, *Handelingen vergaderjaar 1995-1996*, 18 986, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Tweede Kamer, *Handelingen vergaderjaar 1996-1997*, 18 986, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Veld, R.J. in 't (1992) 'Rond straks sporen', *Tijdschrift voor Vervoerwetenschap*, 3: 285-295.
- Wijffels, H.H.F., et al. (1992) *Sporen voor straks, advies over de toekomstige relatie tussen overheid en Nederlandse Spoorwegen*, Utrecht.

## RAPPORTEN AAN DE REGERING

### Eerste raadsperiode (1972-1977)

- 1 Europese Unie\*
- 2 Structuur van de Nederlandse economie\*
- 3 Energiebeleid  
Gebundeld in één publicatie (1974)\*
- 4 Milieubeleid (1974)\*
- 5 Bevolkingsgroei (1974)\*
- 6 De organisatie van het openbaar bestuur (1975)\*
- 7 Buitenlandse invloeden op Nederland: Internationale migratie (1976)\*
- 8 Buitenlandse invloeden op Nederland: Beschikbaarheid van wetenschappelijke en technische kennis (1976)\*
- 9 Commentaar op de Discussienota Sectorraden (1976)\*
- 10 Commentaar op de nota Contouren van een toekomstig onderwijsbestel (1976)\*
- 11 Overzicht externe adviesorganen van de centrale overheid (1976)\*
- 12 Externe adviesorganen van de centrale overheid (1976)\*
- 13 Maken wij er werk van? Verkenningen omtrent de verhouding tussen actieven en niet-actieven (1977)\*
- 14 Interne adviesorganen van de centrale overheid (1977)\*
- 15 De komende vijftienvintig jaar – Een toekomstverkenning voor Nederland (1977)\*
- 16 Over sociale ongelijkheid – Een beleidsgerichte probleemverkenning (1977)\*

### Tweede raadsperiode (1978-1982)

- 17 Etnische minderheden (1979)\*
  - A. Rapport aan de Regering
  - B. Naar een algemeen etnisch minderhedenbeleid?
- 18 Plaats en toekomst van de Nederlandse industrie (1980)\*
- 19 Beleidsgerichte toekomstverkenning  
Deel1: Een poging tot uitlokking (1980)\*
- 20 Democratie en geweld. Probleemanalyse naar aanleiding van de gebeurtenissen in Amsterdam op 30 april 1980\*
- 21 Vernieuwingen in het arbeidsbestel (1981)\*
- 22 Herwaardering van welzijnsbeleid (1982)\*
- 23 Onder invloed van Duitsland. Een onderzoek naar gevoeligheid en kwetsbaarheid in de betrekkingen tussen Nederland en de Bondsrepubliek (1982)\*
- 24 Samenhangend mediabeleid (1982)\*

\* Uitverkocht

**Derde raadsperiode (1983-1987)**

- 25 Beleidsgerichte toekomstverkenning  
Deel 2: Een verruiming van perspectief (1983)\*
- 26 Waarborgen voor zekerheid. Een nieuw stelsel van sociale zekerheid in hoofdlijnen (1985)
- 27 Basisvorming in het onderwijs (1986)
- 28 De onvoltooide Europese integratie (1986)
- 29 Ruimte voor groei. Kansen en bedreigingen voor de Nederlandse economie in de komende tien jaar (1987)
- 30 Op maat van het midden- en kleinbedrijf (1987)  
Deel 1: Rapport aan de Regering;  
Deel 2: Pre-adviezen
- 31 Cultuur zonder grenzen (1987)\*
- 32 De financiering van de Europese Gemeenschap. Een interimrapport (1987)
- 33 Activerend arbeidsmarktbeleid (1987)
- 34 Overheid en toekomstonderzoek. Een inventarisatie (1988)

**Vierde raadsperiode (1988-1992)**

- 35 Rechtshandhaving (1988)
- 36 Allochtonenbeleid (1989)
- 37 Van de stad en de rand (1990)
- 38 Een werkend perspectief. Arbeidsparticipatie in de jaren '90 (1990)
- 39 Technologie en overheid (1990)
- 40 De onderwijsverzorging in de toekomst (1991)
- 41 Milieubeleid. Strategie, instrumenten en handhaafbaarheid (1992)
- 42 Grond voor keuzen. Vier perspectieven voor de landelijke gebieden in de Europese Gemeenschap (1992)
- 43 Ouderen voor ouderen. Demografische ontwikkelingen en beleid (1993)

**Vijfde raadsperiode (1993-1997)**

- 44 Duurzame risico's. Een blijvend gegeven (1994)
- 45 Belang en beleid. Naar een verantwoorde uitvoering van de werknemersverzekeringen (1994)
- 46 Besluiten over grote projecten (1994)
- 47 Hoger onderwijs in fasen (1995)
- 48 Stabiliteit en veiligheid in Europa. Het veranderende krachtenveld voor het buitenlands beleid (1995)
- 49 Orde in het binnenlands bestuur (1995)
- 50 Tweedeling in perspectief (1996)
- 51 Van verdelen naar verdienen. Afwegingen voor de sociale zekerheid in de 21e eeuw (1997)
- 52 Volksgezondheidszorg (1997)
- 53 Ruimtelijke-ontwikkelingspolitiek (1998)
- 54 Staat zonder land. Een verkenning van bestuurlijke gevolgen van informatie- en communicatietechnologie (1998)

## VOORSTUDIES EN ACHTERGRONDEN

Hieronder worden de publicaties uit de WRR-serie Voorstudies en achtergronden opgesomd vanaf de vierde raadsperiode. Een volledig overzicht van de voorstudies is beschikbaar op de WRR-website (<http://www.wrr.nl>) of aan te vragen bij het bureau van de WRR (070 - 356 46 25).

### Vierde raadsperiode (1988-1992)

- V63 Milieu en groei. Verslag van een studiedag op 11 februari 1988 (1988)
- V64 De maatschappelijke gevolgen van erfelijkheidsonderzoek. Verslag van een conferentie op 16-17 juni 1988 (1988)
- V65 H.F.L. Garretsen, H. Raat (1989) Gezondheid in de vier grote steden
- V66 P. de Grauwe e.a. (1989) De Europese Monetaire Integratie: vier visies
- V67 Th. Roelandt, J. Veenman (1990) Allochtonen van school naar werk
- V68 W.H. Leeuwenburgh, P. van den Eeden (1990) Onderwijs in de vier grote steden
- V69 M.W. de Jong, P.A. de Ruijter (red.) (1990) Logistiek, infrastructuur en de grote stad
- V70 C.A. Bartels, E.J.J. Roos (1990) Sociaal-economische vernieuwing in grootstedelijke gebieden
- V71 W.J. Dercksen (ed.) (1990) The Future of Industrial Relations in Europe. Proceedings of a conference in honour of prof. W. Albeda
- V72 Sociaal-economische gezondheidsverschillen en beleid; preadviezen (1991)
- V73 F.J.P.M. Hoefnagel (1992) Cultuurpolitiek: het mogen en moeten
- V74 K.W.H. van Beek, B.M.S. van Praag (1992) Kiezen uit sollicitanten. Concurrentie tussen werkzoekenden zonder baan
- V75 Jeugd in ontwikkeling. Wetenschappelijke inzichten en overheidsbeleid (1992)
- V76 A.M.J. Kreukels, W.G.M. Salet (ed.) (1992) Debating institutions and Cities. Proceedings of the Anglo Dutch Conference on Urban Regeneration
- V77 H.R. van Gunsteren en P. den Hoed (1992) Burgerschap in praktijken
- V78 F. Bletz, W. Dercksen and K. van Paridon (ed.) (1993) Shaping Factors for the Business Environment in the Netherlands after 1992
- V79 N.T. Bischoff, R.H.G. Jongman (1993) Development of Rural Areas in Europe. The Claim for Nature
- V80 Verslag en evaluatie van de vierde raadsperiode (1993)

- V81 F.J.P.M. Hoefnagel m.m.v. H.G.M. Hendriks en M.D. Verdaasdonk (1993) Het Duitse Cultuurbeleid in Europa
- Vijfde raadsperiode (1993-1997)**
- V82 W.J. Dercksen e.a. (1993) Beroepswijs onderwijs. Ontwikkelingen en dilemma's in de aansluiting van onderwijs en arbeid
- V83 W.G.M. Salet (1994) Om recht en staat. Een sociologische verkenning van sociale, politieke en rechtsbetrekkingen
- V84 J.M. Bekkering (1994) Private verzekering van sociale risico's
- V85 C. Lambers, D.A. Lubach, M. Scheltema (1994) Versnelling juridische procedures grote projecten
- V86 CSOV (1995) Aspecten van hoger onderwijs. Een internationale inventarisatie
- V87 T. van der Meij e.a. (1995) Ontwikkelingen in de natuur. Visies op de levende natuur in de wereld en scenario's voor het behoud daarvan
- V88 L. Hagendoorn e.a. (1995) Etnische verhoudingen in Midden- en Oost-Europa
- V89 H.C. Posthumus Meyjes, A. Szász, Christoph Bertram, W.F. van Eekelen (1995) Een gedifferentieerd Europa
- V90 J. Rupnik e.a. (1995) Challenges in the East
- V91 J.P.H. Donner (rapporteur) (1995) Europa, wat nu?
- V92 R.M.A. Jansweijer (1996) Gouden bergen, diepe dalen: de inkomensgevolgen van een betaalbare oudedagsvoorziening
- V93 W. Derksen, W.A.M. Salet (red.) (1996) Bouwen aan het binnenlands bestuur
- V94 SEO/Intomart (1996) Start-, slaag- en faalkansen van hoger opgeleide startende ondernemers
- V95 L.J. Gunning-Schepers, G.J. Kronjee and R.A. Spasoff (eds.) (1996) Fundamental Questions about the Future of Health Care
- V96 H.B.G. Ganzeboom en W.C. Ultee (red.) (1996) De sociale segmentatie van Nederland in 2015
- V97 J.C.I. de Pree (1997) Grenzen aan verandering. De verhouding tussen reorganisatie en structuurprincipes van het binnenlands bestuur
- V98 M.F. Gelok en W.M. de Jong (1997) Volatilisering in de economie
- V99 A.H. Kleinknecht, R.H. Oostendorp, M.P. Pradhan (1997) Patronen en economische effecten van flexibiliteit in de Nederlandse arbeidsverhoudingen
- V100 J.P.H. Donner (1998) Staat in beweging

- V101 W.J. Vermeulen, J.F.M. van der Waal, H. Ernste, P. Glasbergen (1997) Duurzaamheid als uitdaging. De afweging van ecologische en maatschappelijke risico's in confrontatie en dialoog
- V102 W. Zonneveld en A. Faludi (1998) Europese integratie en de Nederlandse ruimtelijke ordening
- V103 Verslag en evaluatie van de vijfde raadsperiode (1998)
- Zesde raadsperiode (1998-2002)**
- V104 Krijn van Beek (1998) De ondernemende samenleving. Een verkenning van maatschappelijke verandering en implicaties voor beleid

**Overige publicaties:**

Voor de eenheid van beleid. Beschouwingen ter gelegenheid van vijftig jaar Ministerie van Algemene Zaken (1987)

Eigentijds burgerschap. WRR-publicatie onder leiding van H.R. van Gunsteren (1992)

Mosterd bij de maaltijd. 20/25 jaar WRR (1997)







Plein 1813 nrs. 2 en 4, Postbus 20004, 2500 EA Den Haag  
telefoon (070) 356 46 00, website <http://www.wrr.nl>

