

Tilburg University

Het wetsvoorstel markt en overheid

van Damme, E.E.C.

Published in:
De Wet Markt en Overheid

Publication date:
2003

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Damme, E. E. C. (2003). Het wetsvoorstel markt en overheid: Een economisch perspectief. In H. de Ru, J. Peters, & J. Sylvester (Eds.), *De Wet Markt en Overheid: Beschouwingen over een Omstreden Wetsvoorstel* (pp. 29-42). (Monografieën Overheid & Markt; No. 2). SDU-uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**HET WETSVOORSTEL MARKT EN OVERHEID:
EEN ECONOMISCH PERSPECTIEF**

Eric van Damme¹

CentER en TILEC
Universiteit van Tilburg

11 November 2002

¹ Prof.dr. E.E.C. van Damme, Tilburg University, CentER for Economic Research and Tilburg Law and Economics Center (TILEC), P.O. Box 90153, 5000 LE Tilburg, The Netherlands. Phone +31-13-4663045, Fax +31-13-4663266, e-mail: Eric.vanDamme@TilburgUniversity.nl, <http://center.uvt.nl/staff/vdamme/>

1. INLEIDING

Het wetsvoorstel “Markt en Overheid”² beoogt het marktoptreden van overheidsorganisaties, van overheidsbedrijven en van ondernemingen die van overheidswege over speciale rechten beschikken, te reguleren. De wetgever stelt voor dat de overheid zichzelf bindt met betrekking tot de marktactiviteiten die zij wil ontplooiën, dan wel die zij nu reeds ontplooit. Het wetsvoorstel specificereert aldus toetredingsregels voor overheidsorganisaties die een markt willen betreden, en gedragsregels voor overheidsinstanties die reeds op markten opereren. Dat een overheid zichzelf via wetgeving wil binden is natuurlijk opmerkelijk, temeer daar het wetsvoorstel niet beoogt een alomvattende visie op de rol van de overheid in verhouding tot de markt te geven. Opmerkelijk is ook het hybride karakter van het voorstel: de overheid wil zichzelf op een bepaald terrein, voor bepaalde activiteiten, (zeer) strikte voorwaarden opleggen, terwijl andere activiteiten juist, en bewust, volledig vrijgelaten worden. Wat rechtvaardigt deze asymmetrie?

De economische wetenschap onderscheidt twee motieven voor economische regulering: de overheid kan in het marktproces ingrijpen om marktfalen te corrigeren en het algemeen belang te dienen, of zij kan regels stellen als reactie op het verzoek van particuliere belangenorganisaties om tegen concurrentie beschermd te worden.³ In het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw zwengelden ondernemersorganisatie de discussie over concurrentievervalsing door de eenheid (opnieuw) aan en dit keer vonden zij bij die overheid gehoor.⁴ De discussie met betrekking tot de problematiek van markt en overheid, die tot het wetsvoorstel “Markt en Overheid” geleid heeft, vormt dus een mooie illustratie van het belang van de belangengroepentheorie van regulering.

² Tweede Kamer, 2001-2002, 28050, nr. 1,2 “Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken.

³ Zie E.E.C. van Damme “Marktwerking en herregulering”, in R. van Gestel and Ph. Eijlander (eds.) *Markt en Wet*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, pp. 19-42, voor een nadere beschouwing over deze twee theorieën.

⁴ Zie het RCO-bericht no. 38 “Bijklussende overheid werkt concurrentievervalsend” dat op 26 oktober 1995 door de vertegenwoordigers van het Nederlandse bedrijfsleven aan het parlement verstuurd werd; voor de reactie van de overheid, zie het Eindrapport Werkgroep “Markt en Overheid” van 20 februari 1997, dat op 8 april 1997 aan de Tweede Kamer werd aangeboden, TK 1996-1997, 24036, nr. 45.

In de Memorie van Toelichting⁵ en in het Nader Rapport⁶ wordt desalniettemin gepoogd het wetsvoorstel vanuit het perspectief van het algemeen belang te verdedigen: de overheid wordt gepresenteerd als hoeder van het publiek belang, die als taak heeft vast te stellen wat het publiek belang is en hoe dit belang het best geborgd kan worden. Hoewel toegegeven wordt dat voor het opereren van de overheid geen uniforme norm te geven is en gesteld wordt dat het wetsvoorstel niet beoogd een alomvattende visie op de rol van de overheid in verhouding tot de markt te geven, wordt toch gesuggereerd dat het stellen van regels vanuit dit perspectief te verdedigen is. Bij nadere beschouwing blijkt echter snel dat de poging faalt; zo wordt met betrekking tot de toetredingsregels gesteld:

“Naar ons oordeel wordt door middel van de toetredingsregels een juiste balans gevonden tussen enerzijds het primaat van de politiek om in elk voorkomend geval te kunnen vaststellen wat de aangewezen weg is om een bepaald openbaar belang te behartigen, en anderzijds het streven naar een uniform kader waardoor besluitvorming van overheidsorganisaties inzichtelijk is en waardoor bedrijven worden beschermd tegen te vergaande concurrentie van de overheid”⁷

Opvallend is natuurlijk vooral de laatste zin in dit citaat: er is natuurlijk niets mis met een zorgvuldige en transparante belangenafweging, maar waarom is het beschermen van bedrijven in het algemeen belang? Heeft niet elke burger een gelijk recht op bescherming tegen de overheid? Waarom moeten marktactiviteiten van de overheid extra gereguleerd worden en waaraan hebben bedrijven hun geprivilegieerde positie te danken? Analoog wordt het opleggen van gedragsregels verdedigd omdat dit bedrijven ten goede komt:

“De gedragsregels scheppen een meer gelijk speelveld tussen overheidsorganisaties, overheidsbedrijven en ondernemingen met

⁵ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, nr. 3.

⁶ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, nr. A.

⁷ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, nr. A, p. 4.

uitsluitende of bijzondere rechten enerzijds en “gewone” ondernemingen anderzijds”⁸

De suggestie die in de stukken gewekt wordt is dat een meer gelijk speelveld in het algemeen belang is. De vraag is echter of een gelijk speelveld gewenst is.

Al met al moet gesteld worden dat in de discussie over het wetsvoorstel het algemeen belang dat met de Wet Markt en Overheid gediend zou zijn enigszins buiten beeld geraakt is. In deze bijdrage becommentarieer ik het wetsvoorstel “Markt en Overheid” vanuit het perspectief van de economische welvaartstheorie en ga ik na of een dergelijke wet het algemeen belang dient. In een eerder artikel over deze materie⁹ concludeerde ik reeds dat de rol van de consument onderbelicht was gebleven en stelde ik de vraag of het algemeen belang inderdaad vereist dat overheidsorganisaties van de markt geweerd moeten worden. Vier jaar geleden concludeerde ik dat de beleidsvoornemens niet deugdelijk onderbouwd waren en dat te weinig informatie beschikbaar was om te kunnen oordelen of die voornemens tot een welvaartswinst zouden leiden. Ik moet nu concluderen dat in de afgelopen vier jaar geen enkel nieuw licht op de toen door mij geformuleerde vragen geworpen werd en dat de welvaartseconomische onderbouwing van het wetsvoorstel bijgevolg zwak is.

Het vervolg van deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 ga ik kort in op de geschiedenis van het wetsvoorstel. Paragraaf 3 zoomt in op de vraag wat precies marktactiviteiten van de overheid zijn. Ik stel daarin vast dat ons beeld omtrent de omvang van die activiteiten verre van nauwkeurig is, dat de overheid, middels haar regulerende bevoegdheden, kan bepalen wat wel en wat niet een marktactiviteit is, en dat als gevolg daarvan het wetsvoorstel het bedrijfsleven tegen een kwaadwillende overheid weinig bescherming biedt. Paragraaf 4 laat zien waarom “eerlijke concurrentie” niet noodzakelijk in het algemeen belang is en waarom het wetsvoorstel dus slecht onderbouwd is. In paragraaf 5 trek ik mijn conclusies.

⁸ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, nr. A, p. 4.

⁹ E.E.C. van Damme “Concurrentievervalsing door de overheid?”, *Openbare Uitgaven*, **30** (1998), nr. 4, 194-203

2. GESCHIEDENIS

Het wetsvoorstel heeft een redelijk lange voorgeschiedenis. In het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw zagen, onder druk van bezuinigingen, overheidsorganisaties zich genoodzaakt de markt op te gaan, hetgeen tot klachten over concurrentievervalsing leidde. In het begin van de jaren negentig vonden ondernemingsorganisaties voor hun klachten bij de overheid gehoor. In het kader van MDW-operatie werd eind 1995 de werkgroep Cohen ingesteld die korte tijd later adviseerde een structurele scheiding tussen de marktsector en de overheid aan te brengen. Overheidsorganisaties zou verboden moeten worden op de markt actief te zijn, tenzij die marktactiviteiten onlosmakelijk met de publieke taak verbonden waren. Het toenmalige kabinet nam, in 1997, het door Cohen ontwikkelde analysekader over, maar niet de aanbevelingen van de werkgroep. Aanwijzingen voor marktactiviteiten van de rijksoverheid werden opgesteld en de SER werd advies gevraagd over wetgeving.

De SER kwam tot de conclusie dat het niet zinvol was overheidsorganisaties generiek te verbieden marktactiviteiten te ontwikkelen, maar dat wetgeving om de overheid te binden wel nodig was. In een unaniem advies¹⁰ stelde de SER zowel toetredings- als gedragsregels voor overheidsorganisaties voor. Alvorens de markt te betreden, zou de overheid een kosten-baten analyse moeten doen: alleen als deze positief zou uitvallen, d.w.z. alleen als markttoetreding noodzakelijk zou zijn om de welvaart te maximaliseren, zou markttoetreding door de overheidsorganisatie plaats mogen vinden. Men kan stellen dat zo'n KBA-toets de overheid dwingt over alternatieven (de hoe-vraag uit het WRR-rapport "Het borgen van het publiek belang"¹¹) na te denken en na te gaan of toetreding tot de markt inderdaad de beste manier is om de onderliggende publieke belangen te borgen. Eenmaal toegetreden zouden gedragsregels de overheidsorganisaties moeten beletten de concurrentie te vervalsen. De SER zag hierbij een toezichhoudende rol voor de NMa weggelegd. In feite zou men ook de mededingingswet kunnen aanpassen door daarin een artikel op

¹⁰ SER: "Advies Markt en Overheid", Publicatienummer 12, 17 september 1999.

¹¹ WRR: "Het borgen van het publiek belang", SDU, Den Haag, 2000. Zie Tweede Kamer 2000-2001, 27771, nr. 1 voor de kabinetsreactie op dit rapport.

te nemen dat concurrentievervalsing codificeert en verbiedt. De vraag die zich dus stelt is of ex post toezicht niet voldoende is, waarom het noodzakelijk is ex ante verplichtingen op te leggen.¹²

Hoewel op verschillende plaatsen in de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat overheidsorganisaties slechts in uitzonderingssituaties op de markt actief zullen moeten zijn, maakt het wetsvoorstel “Markt en Overheid” geen principiële keuze betreffende de centrale vraag omtrent de wenselijkheid of onwenselijkheid van marktoptreden door de overheid. De wetgever tracht de fundamentele discussie over de markt-overheid problematiek te omzeilen; de Raad van State merkt hierover op dat in dit kader zo’n fundamentele discussie zowel wenselijk als onmogelijk is, en dat het wetsvoorstel dus wel tekort moet schieten.¹³

Het wetsvoorstel volgt de “Ja, mits”-lijn van het SER-advies, maar legt, zowel qua toetredings- als gedragsregels minder vergaande beperkingen op dan de SER voor ogen stond. Het kernartikel 6 stelt dat de overheid alleen dan marktactiviteiten mag ontplooiën indien dit naar haar mening de aangewezen weg is om het publieke belang te behartigen. Gegeven het principe “alleen in uitzonderingssituaties” zou men eerder een motivatie van de vorm “marktactiviteiten alleen als het publieke belang dit vereist” verwacht hebben, maar zo ver gaat het voorstel niet. In tegenstelling tot de SER, eist het wetsvoorstel dus geen volledige kosten-baten analyse, maar ‘slechts’ een gemotiveerd besluit waarom het publiek belang gediend is met deze marktactiviteit en waarom de eventuele schade aan particuliere belangen daar niet tegenop weegt. Het wetsvoorstel is ook vaag over wat “de aangewezen weg” is en hoe die bepaald zou moeten worden. De Raad van State vindt het wetsvoorstel op dit punt terecht innerlijk tegenstrijdig.¹⁴ Het is inderdaad van tweeën een, ofwel respecteert men het primaat van de politiek ten volle (d.w.z. men interfereert noch met de ‘wat’-discussie, noch met de “hoe”-discussie), of men wil de overheid echt binden, en dan ontkomt men niet aan de uitgebreide kosten-baten analyse die de SER voorstelde. Ook de gedragsregels gaan minder ver dan de SER bepleitte, zo argumenteerde de SER dat bij functievermenging markttoetreding zeker verboden zou zijn, het wetsvoorstel volstaat

¹² In Van Damme (1998) adviseerde ik reeds de mededingingswet aan te vullen met een artikel dat overheidssteun expliciet verbiedt.

¹³ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, A, p. 6-7.

met het eisen van een organisatorische scheiding tussen de publieke en private activiteiten in het geval van risico van functievermenging.

Het wetsvoorstel gaat dus aanzienlijk minder ver dan de eerdere adviezen van de werkgroep Cohen en de SER. Men mag vermoeden dat de aanpassing het gevolg is van de succesvolle lobby van andere partijen, zoals de VNG. Uiteindelijk resulteert een voorstel dat niet alleen is afgezwakt, maar dat ook geen heldere keuzen maakt. De vraag is of zachte heelmeeesters geen stinkende wonder achter laten. In de volgende paragraaf ga ik in op de vraag of een duidelijker keuze mogelijk is, in de daarop volgende paragraaf behandel ik beknopt de vraag of markthandelen door de overheid wel tot verstoringen, tot stinkende wonden, leidt.

3. **OVERHEID, MARKT EN MARKTACTIVITEITEN**

De discussie over wat de rol van de overheid in een markteconomie zou moeten zijn is een oude. Het antwoord op de kernvraag varieert met “the mood of the times”, zoals ook de Raad van State in haar commentaar op het wetsvoorstel stelt. De moderne economische visie is dat een strikte scheiding wenselijk is, waarbij de overheid verantwoordelijkheid neemt voor het spelontwerp (de marktordening) en voor het toezicht op het spelverloop (marktregulering), maar zij het spelen zelf (de daadwerkelijke productie) aan de particuliere sector overlaat. Deze visie resulteert uit uitgebreid theoretisch en empirisch onderzoek dat laat zien dat een strikte scheiding in het algemeen welvaartsverhogend werkt: de particuliere sector werkt, onder de juiste prikkels, efficiënter, terwijl functievermenging een afschrikkende werking op marktpartijen heeft.¹⁵ Eerste conclusies kunnen getrokken worden: strikte scheiding is nastrevenswaardig en wetgeving zou er vooral naar moeten streven om de problemen van functievermenging te voorkomen.

In de praktijk zijn er obstakels die strikte scheiding in de weg staan. Toch is het zinvol helderheid te scheppen door drie vormen van interactie tussen de overheid en de markt te onderscheiden: het gebruik van het marktmechanisme door de

¹⁴ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, A, p. 6.

¹⁵ Voor een overzicht van de argumenten verwijs ik naar E.E.C. van Damme, “Marktwerking vereist Maatwerk”, *Maandschrift Economie* **65** (2001) 185-208.

overheid, de sturing van de markt door die overheid, en het door de overheid opereren als marktpartij. Het huidige wetsvoorstel gaat uitsluitend over het laatste onderdeel, het gaat niet over de vraag hoe een innovatieve overheid optimaal van de markt gebruik kan maken. De discussie blijft beperkt tot de vraag of de overheid zelf op traditionele markten actief moet zijn en men kan zich afvragen of de grootste welvaartswinst niet op het eerste terrein te behalen zou zijn: hoe zou een minimale en efficiënte overheid eruit zien? Zowel bij de beleidsvoorbereiding, als bij de beleidsuitvoering speelt het particuliere bedrijfsleven nu reeds een belangrijke rol. Zou de beleidsvoorbereiding helemaal aan adviesbureaus kunnen worden uitbesteed? Kan een kabinet volstaan met het formuleren van de doelstellingen en de publieke belangen en met het organiseren van een markt voor het ontwerpen van plannen die deze doelstellingen zo goed mogelijk realiseren? De publieke discussie zou dan gaan over de doelstellingen alsmede welk plan geïmplementeerd zou moeten worden.

Het bovenstaande idee kan direct in de huidige situatie worden toegepast. In haar advies op het wetsvoorstel geeft de Raad van State namelijk aan de voorkeur te geven aan beleidsregels m.b.t. de toetredingsbeslissing, gekoppeld aan gedragsregels die staatssteun op nationaal niveau verbieden. Hoe de afweging tussen dit alternatief en het wetsvoorstel te maken? In het Nader Rapport maken de ambtenaren er zich met een Jantje van Leiden vanaf.¹⁶ Als de overheid in staat is de doelstellingen helder te formuleren, zou een markt meer informatie over deze alternatieven, en andere, kunnen opleveren, hetgeen tot betere resultaten zou kunnen leiden.

Het wetsvoorstel definieert marktactiviteiten als “het leveren van goederen en diensten aan derden voor zover daarmee in concurrentie wordt getreden met particuliere ondernemingen”. De kernvraag bij deze definitie is wanneer van concurrentie gesproken kan worden. Mededingingsrechtelijk gezien is het onderscheid tussen feitelijke en potentiële concurrentie van belang. Beide begrippen vereisen een afbakening van de relevante markt, en wel met betrekking tot drie dimensies: productkarakteristieken, locatie en tijd. Is, op een lokale markt, sprake van concurrentie als in een nabijgelegen gemeente een vergelijkbare dienst door een particuliere onderneming wordt aangeboden? Is sprake van concurrentie als, zoals

¹⁶ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, A, p. 6.

bijvoorbeeld uit buitenlandse ervaringen blijkt, de dienst ook hier door een particuliere onderneming zou kunnen worden aangeboden? De Memorie van Toelichting stelt slechts “uiteraard kan niet meer van een overheidsorganisatie worden geveerd dan dat zij zich van een en ander voor zover mogelijk vergewist” en laat het begrip dus open. Dit is ongewenst. Zoals De Ru¹⁷ heeft betoogd biedt, in tegenstelling tot wat de MvT stelt, artikel 7 geen goede voorziening.

Het is ook belangrijk zich te realiseren dat het antwoord op de vraag of er concurrentie is of dat deze mogelijk is, tevens afhangt van regulering. Een overheid kan concurrentie eenvoudig uitsluiten door bepaalde activiteiten voor zichzelf voor te behouden. Zo zou een gemeente op de afvalmarkt de bepalingen van de Wet “Markt en Overheid” eenvoudig kunnen omzeilen door eerst te besluiten dat het ophalen van afval een dienst is die aan de gemeentelijke reinigingsdienst is voorbehouden. Dit besluit wordt niet geraakt door Wet “Markt en Overheid”; als dit besluit eenmaal genomen is, kan er geen concurrentie zijn, blijven de toetredingsregels onwerkzaam (er is immers niet sprake van een marktactiviteit) en leggen de gedragsregels het gemeentebedrijf ook verder niets in de weg. Omgekeerd kan (verstandige) overheidsregulering ook markten die anders niet zouden ontstaan tot ontwikkeling laten komen. De Roozendaalse muziekschool kan hier als voorbeeld dienen. De gemeente had ervoor gekozen het muziekaanbod door de gemeentelijke muziekschool te laten verzorgen. Een alternatief is het competitief aanbesteden van het onderwijs, waarbij (bijvoorbeeld) die school die met het laagste subsidiebedrag genoeg neemt het contract krijgt toegewezen. Mits goed vormgegeven, zal dergelijke concurrentie om de markt (preciezer om het subsidiebedrag) tot muziekonderwijs met hogere kwaliteit tegen lagere kosten leiden. Het punt is dat als de gemeente de subsidie aanbesteedt er concurrentie is, terwijl dat anders niet het geval is. Anders dan het wetsvoorstel lijkt te veronderstellen is concurrentie dus endogeen door het overige overheidsoptreden bepaald, en niet exogeen gegeven.

Het bovenstaande vestigt de aandacht op de interactie tussen regulering en concurrentie. Het algemene punt is dat het wetsvoorstel bepaalde activiteiten (het opzetten en uitvoeren van marktactiviteiten) door de overheid reguleert, maar dat het

¹⁷ H.J. de Ru, “Commentaar op het voorstel voor een Wet Markt en Overheid”, *Markt & Mededinging* 2002-2, 62-67.

andere activiteiten, waarmee die overheid precies diezelfde (potentieel negatieve) effecten kan realiseren volledig vrijlaat. In het Nader Rapport wordt gesteld:

“Het wetsvoorstel beoogt te bevorderen dat overheidsorganisaties zorgvuldig besluiten over het verrichten van marktactiviteiten, waardoor duidelijk wordt op welke wijze de overheid het openbaar belang behartigt.”¹⁸

De doelstelling is nobel, de conclusie echter ongerechtvaardigd; alleen het reguleren van het marktoptreden van de overheid is niet voldoende om het publiek belang te dienen. Tegen een kwaadwillende locale overheid biedt het wetsvoorstel een particuliere onderneming weinig bescherming; in ieder geval kan, in tegenstelling tot wat de Memorie van Toelichting claimt, het wetsvoorstel niet effectiever zijn dan een aanwijzing. In dit opzicht is, voor zover ik kan zien, het wetsvoorstel een duidelijke achteruitgang in vergelijking met het SER-advies dat beoogde de overheid bij alle marktbeslissingen te dwingen steeds een integrale kosten-baten afweging te maken.

Het volgende mag illustreren dat het bovenstaande geen verzinsel is. Tabel 1 is overgenomen uit de Nota naar Aanleiding van het Verslag.¹⁹

	Bovengrens	Reële Schatting	Publieke Taak
Gemeenten	2750	2060	1430
Provincies	61	8	3
Waterschappen	38	28	0
Totaal	2849	2096	1433

Tabel: Omvang marktactiviteiten in 2000 (in miljoen euro's).

De cijfers zijn afkomstig uit een rapport van KPMG²⁰ dat op de website “Markt en Overheid” te vinden is (www.minez.nl). De KPMG-onderzoekers hanteren een heldere definitie van het begrip marktactiviteiten: van een marktactiviteit is sprake als de overheid produceert voor derden op een markt die niet afgeschermd is. De

¹⁸ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, A, p. 8.

¹⁹ Tweede Kamer, 2001-2002, 28050, nr. 5, p. 5.

bovengrens in tabel 1 is gebaseerd op die activiteiten waar ergens in Nederland van mogelijk concurrerend aanbod sprake is. Bij de reële schatting zijn marktactiviteiten die in het algemeen voor private ondernemers onrendabel zijn uit het bedrag van de bovengrens geëlimineerd. Zoals boven gesteld geldt dat wat reëel is afhankelijk is van hoe andere overheidsinstrumenten wordt ingezet. De KPMG-onderzoekers schrijven:

“Inzameling van huishoudelijk afval door een gemeentelijke dienst in de eigen gemeente kwalificeert niet als marktactiviteit. (...) Er is sprake van een gesloten markt, waarbij de decentrale overheid zelf bepaald wie deze mag bedienen. (...) De totale inkomsten van gemeenten die door middel van een eigen dienst de inzameling van huishoudelijk afval verzorgen bedragen bij benadering 230 miljoen tot 350 miljoen Euro per jaar.”

Mijn conclusie is dat ons beeld van de omvang van de marktactiviteiten van overheid verre van nauwkeurig is. Dit geldt in nog sterkere mate voor de mate van de welvaartsverliezen die met dat overheidsoptreden verbonden zijn. Deze welvaartsverliezen staan centraal in de volgende paragraaf.

4. **WELVAARTSVERLIES EN CONCURRENTIEVERVALSING**

De Memorie van Toelichting bij de Wet “Markt en Overheid” stelt

“Beoogd wordt zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheidsorganisaties en ondernemingen met een van overheidswege verleende positie en anderzijds (andere) particuliere ondernemingen tot stand te brengen. Meer gelijke concurrentieverhoudingen tussen marktpartijen voorkomt oneerlijke concurrentie op de markt.”²¹

²⁰ KPMG Consulting: “Marktactiviteiten van gemeenten, provincies en waterschappen: onderzoek naar soort, aantal en omvang”, Eindrapport, 17 april 2002.

²¹ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, nr. 3, p. 2.

De doelstelling is dus eerlijke concurrentie; men kan zich echter afvragen of ‘eerlijk’ ook ‘goed’ is. Is de Nederlandse economie, of de Nederlandse consument erbij gebaat dat het speelveld gelijk is? In de loop van de discussie over concurrentievervalsing lijkt deze kernvraag, en het antwoord daarop, buiten beeld geraakt te zijn. In het rapport van de MDW-werkgroep Cohen werd een gelijk speelveld nog wel in verband gebracht met efficiency; op blz. 20 van dat rapport lezen we

“In sociaal-economische termen kunnen dominante machtsposities van (semi-) publieke organisaties leiden tot inefficiënte productie, onvoldoende prikkels tot vernieuwing met ongunstige effecten op welvaart en werkgelegenheid. Een gelijk speelveld voor de spelers op private markten is daarom in beginsel van belang. Met gelijke concurrentiecondities worden welvaarts- en werkgelegenheidsdoelen meestal het beste gediend”.²²

Overwegingen van dit type brachten de commissie Cohen tot het principe “gelijke monniken, gelijke kappen” en tot de conclusie dat de welvaart het beste gediend is met een strikte scheiding tussen overheid en markt. In het bovenstaande citaat zijn vooral de nuanceringen “kunnen”, “in beginsel” en “meestal” opvallend, en juist deze nuances gaan in het politieke debat vaak verloren. Deze nuances zijn echter van belang, feit is dat bij de toepasbaarheid van het principe “gelijke monniken, gelijke kappen” vraagtekens geplaatst kunnen worden; overheidsorganisaties en –bedrijven zijn immers fundamenteel verschillend van reguliere, particuliere bedrijven.

De verschillen betreffen zowel de omstandigheden waaronder geproduceerd wordt (de technologie) alsook de doelstelling. Overheidsbedrijven hebben diverse voordelen. Zo kunnen ze, vanwege het geringere financiële risico voor investeerders, veelal goedkoper kapitaal aantrekken. De salarissen in de publieke sector zijn ook lager dan in de marktsector, vermoedelijk ook ten dele als gevolg van het geringere risico dat een werknemer bij de overheid loopt. Er is echter geen “free lunch”, tegenover deze voordelen staan ook nadelen. Zo blijken overheidsbedrijven vaak

²² Eindrapport werkgroep “Markt en Overheid”, p. 20.

minder efficiënt georganiseerd dan particuliere ondernemingen.²³ Verklaringen zijn eenvoudig gevonden: de grotere beloning voor de particuliere ondernemer als hij succesvol innoveert, de hogere beloning voor werknemers in de marktsector, die hen prikkelt harder te werken, en de tucht van de kapitaalmarkt. In ieder geval zal de productiefunctie van een overheidsbedrijf over het algemeen anders zijn dan die van een particuliere onderneming.

Belangrijker is wellicht nog het verschil in doelstelling. Een particuliere onderneming wordt geacht de winst (aandeelhouderswaarde) te maximaliseren. Een overheidsbedrijf heeft over het algemeen een andere doelstelling, waarbij ook werkgelegenheid en afzet een rol spelen. In ieder geval speelt winst op zich een minder prominente rol. Dit vindt men ook terug in het wetsvoorstel “Markt en Overheid”

“Onverminderd het eerste lid wordt niet besloten tot het verrichten van marktactiviteiten indien (..) met het verrichten van marktactiviteiten uitsluitend het verwerven van inkomsten wordt beoogd...” (Artikel 6.4)

Dit is overigens vreemd en nodeloos beperkend. Als een particuliere school klusjes verricht om met het verdiende geld extra computers te kunnen kopen, wordt zij geprezen, en terecht. Op basis van dit artikel zou een openbare school dezelfde activiteit verboden kunnen worden. Artikel 6.4 is ofwel onzinnig ofwel overbodig, in beide gevallen kan het beter geschrapt worden. De Memorie van Toelichting is op dit punt niet bevredigend. Zij stelt

“Dit is de keerzijde van één van de uitgangspunten van dit wetsvoorstel, namelijk dat bij het verrichten van marktactiviteiten sprake dient te zijn van de behartiging van een publiek belang. Het verrichten van marktactiviteiten gericht op het verwerven van inkomsten ten behoeve van andere publieke taken kan niet als zodanig worden aangemerkt. Uitgangspunt bij de bekostiging van de publieke taak is dat overheidsorganisaties hun inkomsten primair verwerven door middel

²³ Zie Van Damme (2001, §3) a.w., voor meer detail

van de voor dat doel gebruikelijke middelen, zoals belastingen, heffingen en retributies”.²⁴

Nog afgezien van het feit dat de primaire middelen ontoereikend kunnen zijn om de publieke belangen te borgen, wordt hier over het hoofd gezien dat verwerven van inkomsten bijna altijd met bepaalde verstoringen gepaard gaat. In zo'n situatie is het dan belangrijk deze verstoringen te minimaliseren, en niet uitgesloten is dat het ontplooiën van marktactiviteiten de minst verstorende vorm van het genereren van opbrengsten kan zijn.

Terugkerend naar het algemene punt, de verschillen tussen overheidsondernemingen en particuliere, kunnen we het volgende stellen. Het verschil in kostenstructuur impliceert dat een particuliere onderneming i.h.a. minder concurrentie ondervindt van een overheidsbedrijf dan van een ander particulier bedrijf, dit laatste zal i.h.a. immers efficiënter zijn. Het verschil in doelstelling heeft daarentegen precies het tegengestelde effect: omdat een overheidsonderneming minder op de winst let, zal het meer produceren dan een particulier bedrijf met een vergelijkbaar efficiëntieniveau. In dit opzicht heeft een ondernemer dus meer last van een overheidsbedrijf dan van een andere particuliere ondernemer (de overheid heeft een sterker drukkend effect op de prijs), en zo zijn de klachten van de ondernemers te verklaren.

Economisch beleid richt zich echter bij voorkeur niet op de particuliere belangen van het bedrijfsleven, maar op de totale welvaart of het consumentensurplus. Als de overheid de prijs drukt, is de consument daarbij gebaat. Voor de totale welvaart moeten twee effecten tegen elkaar worden afgewogen. Een (extra) overheidsbedrijf op de markt impliceert een lagere prijs en een hoger consumentensurplus. Een (extra) overheidsbedrijf impliceert ook lagere marges en lagere winsten voor het overige bedrijfsleven, alsmede mogelijk inefficiënte productie door dit overheidsbedrijf. Welk effect domineert?²⁵ Als concurrentie op de markt

²⁴ Tweede Kamer 2001-2002, nr. 3, p. 13-14.

²⁵ De beweringen die volgen kunnen met een eenvoudig “Cournot-model”, waarin een overheidsbedrijf hogere kosten, maar een lagere prioriteit voor winst heeft, onderbouwd worden. Voor een vergelijkbaar “Bertrand model”, zie David Sappington en J. Gregory Sidak, “Incentives for

reeds in redelijke mate ontwikkeld is, heeft het overheidsbedrijf een gering effect op de prijs en is het waarschijnlijk dat het tweede effect domineert: op een effectief competitieve markt heeft een overheidsbedrijf niets te zoeken. Als er echter slechts geringe concurrentie op de markt is, zou het eerste effect kunnen domineren, waarbij de waarschijnlijkheid dat het overheidsbedrijf de welvaart verhoogt, groter is naarmate dat bedrijf efficiënter is. In het bijzonder geldt dat, als er zonder overheidsbedrijf helemaal geen productie zou zijn, het zeer waarschijnlijk is dat het overheidsbedrijf de welvaart verhoogt.

De conclusie is dat de wenselijkheid van marktoptreden door de overheid afhangt van de mate van concurrentie op de markt en dat marktanalyse (met en zonder overheidsbedrijf) bij de toetredingsbeslissing dus een belangrijke rol moet spelen. Hier zit echter een adder onder het gras: de mate van concurrentie is endogeen bepaald. Concreet: het kan best zo zijn dat een markt voor een particuliere onderneming niet rendabel is indien op de markt reeds een overheidsbedrijf actief is, maar dat deze markt wel rendabel wordt op het moment dat het overheidsbedrijf zich teruggetrokken heeft. Men kan zich ook eenvoudig voorstellen dat in deze situatie het overheidsbedrijf inefficiënter is dan de particuliere onderneming en dat alleen de situatie waarin alleen het particuliere bedrijf actief is welvaartsoptimaal is.

Het welvaartsvoorstel “Markt en Overheid” en de Memorie van Toelichting schieten tekort omdat de doelstelling van de wet niet in relatie wordt gebracht met de economische welvaart. Zoals bovengenoemde citaten duidelijk maken gaat het wetsvoorstel uit van de aanname dat overheidsoptreden op de markt veelal ongewenst is, zonder dat overigens expliciet uit te spreken. Deze aanname is echter alleen vanuit het particuliere belang van het bedrijfsleven te rechtvaardigen, niet vanuit het oogpunt van het algemeen belang, of vanuit het perspectief van de consument. Deze tekortkoming uit zich ook daarin dat bij de criteria voor de toetredingsbeslissing (hoofdstuk 2 van het wetsvoorstel) geen handreiking geboden wordt over in welke omstandigheden toetreding wel en in welke omstandigheden toetreding niet gewenst is. Zoals boven betoogd had dit op basis van economische invulling wel kunnen

Anticompetitive behavior by public enterprises”, WP 99-11, AEI-Brookings, Joint Center for Regulatory Studies, Washington DC.

gebeuren, hetgeen tot andere conclusies had geleid dan degene die nu getrokken worden.

Vergelijkbare opmerkingen kunnen met betrekking tot de gedragsregels gemaakt worden. Artikel 22 van het wetsvoorstel stelt dat een overheidsorganisatie alle kosten moet doorberekenen in de producten die het op de markt brengt. De vraag is waarom: is dit gewenst of nodig vanuit welvaartsoogpunt? Opnieuw geldt dat er een trade-off is. Naarmate het overheidsbedrijf een lagere prijs zet, ondervindt een particulier bedrijf meer concurrentie en profiteert de consument meer. Het zou best zo kunnen zijn dat de welvaart (of het consumentensurplus) pas gemaximaliseerd wordt als de prijs beneden het kostenniveau gezet wordt, en dit is waarschijnlijker naarmate het overheidsbedrijf inefficiënter is. Er is echter ook een 'maar', als het overheidsbedrijf de prijs zo laag zet dat de particuliere onderneming van de markt verdreven wordt, dan is de uitkomst met grote waarschijnlijkheid niet efficiënt. Een gedragsregel zoals "de prijs is dusdanig dat alle directe kosten gedekt worden" is in bepaalde omstandigheden, op basis van economische argumenten, best wel te rechtvaardigen, maar niet altijd; soms is "below cost pricing" juist nodig om een welvaartsoptimale uitkomst te garanderen.

De conclusie is dat vanuit economisch oogpunt het wetsvoorstel ernstig tekort schiet. Het voorstel is niet economisch onderbouwd, het geeft geen beschrijving van de doelstellingen van overheidsondernemingen, noch een analyse van de mogelijk averechtse consequenties die overheidsondernemingen voor de welvaart hebben. De Memorie van Toelichting geeft tenslotte in het geheel geen kwantitatieve inschatting van het welvaartsverlies dat de Nederlandse samenleving als gevolg van marktoptreden van de overheid leidt en van de winst die implementatie van het voorstel zou opleveren.

De bovenstaande conclusie is niet nieuw; ik had deze reeds in mijn eerder artikel, in 1998, getrokken. Ik kan slechts vaststellen dat met die kritiek niets gedaan is, en dat we in vier jaar tijd geen vooruitgang hebben geboekt. De vraag is nu of de ambtenaren van EZ de eerdere kritiek terecht genegeerd hebben. Men kan zich inderdaad met recht afvragen of economische inzichten, en in het bijzonder de welvaartseconomie, wel voldoende robuust zijn om een wetsvoorstel te beoordelen. Ik

vind dat de theorie in ieder geval voldoende robuust is om richting aan de discussie te geven; de theorie geeft een relevant kader, dat echter op basis van grondige analyse verder ingevuld moet worden. Ik heb zo'n analyse niet gedaan en sluit me op dit punt aan bij mijn Amerikaanse collega's David Sappington en Greg Sidak die concluderen

“Our research is not designed to deliver broad policy prescriptions regarding the proper scope of public enterprises. Our analysis does suggest, however, that the incentives that public enterprises have to engage in various forms of anticompetitive behavior deserve careful consideration in any comprehensive assessment of the benefits and costs of public enterprises.”²⁶

Ik stel vast dat dergelijke zorgvuldige analyse voor Nederland (nog) niet gedaan is en dat daarom de noodzaak en wenselijkheid van wetgeving voornamelijk niet is aangetoond.

5. CONCLUSIE

Welke conclusies zijn op basis van mijn betoog te trekken?

Allereerst is opvallend hoe weinig we nog steeds weten over de vraag of het overheidsoptreden op de markt inderdaad concurrentievervalsend is en over hoe groot de welvaartsverliezen zijn die met dat optreden verbonden zijn. Men zou mogen verwachten dat twintig jaar nadat de ondernemingen begonnen te klagen en bijna tien jaar nadat de overheid die klachten erkend heeft er toch iets te zeggen zou moeten zijn over de grootte van het welvaartsverlies. De enige cijfers die als kwantitatieve onderbouwing van het wetsvoorstel genoemd worden, zijn die uit een EIM/IOO-onderzoek uit 1998. Dat onderzoek kwam tot de conclusie dat de welvaartsverliezen in de orde van grootte van 3,5 à 6 miljard gulden per jaar liggen, en dus substantieel zijn.²⁷ In mijn artikel uit 1998 betoogde ik reeds dat deze schatting niet serieus genomen moet worden en slechts als een (gemist) schot in de lucht beschouwd kan

²⁶ David Sappington en J. Gregory Sidak, “Incentives for Anticompetitive behavior by public enterprises”, WP 99-11, AEI-Brookings, Joint Center for Regulatory Studies, Washington DC.

²⁷ Tweede Kamer 2001-2002, 28050, nr. 5, p.?

worden. Sindsdien zijn geen nieuwe schattingen meer verschenen. Hoewel verschillende politieke partijen daar diverse malen expliciet naar gevraagd hebben is in geen van de Kamerstukken onder nr. 28050 een kwantitatieve inschatting van het welvaartsverlies te vinden. Sterker nog, het is (zoals ook betoogd in §3) nog steeds onduidelijk wat de omzet is die overheden uit marktactiviteiten halen. Als men de onderzoeken leest die tot deze ruwe cijfers geleid hebben, leest men daarin over de beperkte tijd die onderzoekers ter beschikking stond, en over de korrels zout die dat tot gevolg heeft. Gegeven dat de overheid reeds bijna 10 jaar lang met het wetsvoorstel in de weer is, kan men niet anders dan concluderen dat zij in haar kerntaak, het deugdelijk voorbereiden van wetgeving tekort geschoten is.

De tweede conclusie die men kan trekken is dat de overheid niet in staat is geweest een fundamentele keuze over de markt-overheid problematiek te maken, zoals onder andere uit de vormgeving van de toetredingsregel blijkt. Aan de ene kant stelt de Memorie van Toelichting dat de definitie van het publiek belang een politieke zaak is, waarin het wetsvoorstel niet wil treden. Aan de andere kant worden echter beperkingen opgelegd op de manier waarop bepaalde instrumenten om dat publieke belang te realiseren kunnen worden ingezet. Klaarblijkelijk vertrouwt de centrale overheid er niet op dat lagere overheden in het algemeen belang zullen handelen, in dat geval waren immers aanwijzingen, of informatie over “best practises” voldoende geweest. Opvallend is bovendien dat het wetsvoorstel slechts betrekking heeft op bepaalde instrumenten, en niet op het gehele arsenaal dat kan worden ingezet om de publieke doelen te realiseren. Zoals ik in §3 betoogd heb, impliceert dit dat met betrekking tot een “kwaadwillende lagere overheid” het wetsvoorstel grotendeels ineffectief zal zijn: door andere instrumenten in te zetten kan die overheid de effecten van het wetsvoorstel “Markt en Overheid” neutraliseren.

De derde conclusie heeft betrekking op de voorgestelde gedragsregulering van overheidsdiensten en overheidsbedrijven op de markt. Zoals ik in §4 heb betoogd zijn bepaalde vormen van ex ante regulering (zoals de verplichting om de kostprijs integraal door te berekenen) onder bepaalde omstandigheden inderdaad te rechtvaardigen, maar is onduidelijk of aan die omstandigheden voldaan is. Bovendien is onduidelijk of de NMa de meest geschikte toezichthouder is om dergelijke boekhoudkundige verplichtingen te controleren. De NMa controleert immers ex post

op marktgedragingen, en mededingingsautoriteiten zijn niet bijzonder goed toegerust voor arbeidsintensieve kostencontrole. Het lijkt dat op dit punt het wetsvoorstel nog wel te verbeteren is.

Al met al is niet duidelijk hoe groot het probleem van de concurrentievervalsing door de overheid is, en is niet aangetoond dat er überhaupt een probleem is. Het wetsvoorstel reguleert wel marktactiviteiten van de overheid, maar niet andere activiteiten die daar nauw mee verbonden zijn; het is daarom halfslachtig, en daarmee vermoedelijk ook ineffectief. De te behalen welvaartswinst is niet ingeschat en het kan dus best zo zijn dat de baten kleiner zijn dan de met het voorstel verbonden administratieve lasten. De problematiek “markt en overheid” verdient een beter wetsvoorstel, gebaseerd op harde cijfers, een welvaartseconomische analyse en een heldere politieke keuze.