

## REDACTIONEEL

# Contracttheorie

*Paul de Bijl*

De ‘Nobelprijs voor de Economische Wetenschappen’ (preciezer: de Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel) is dit jaar toegekend aan Oliver Hart (Harvard University) en Bengt Holmström (MIT).<sup>1,2</sup> Deze economen zijn bekend geworden met hun onderzoek over het maken van afspraken tussen personen met verschillende belangen, wanneer niet alle relevante aspecten contractueel vast te leggen of afdwingbaar zijn. Een mooi maar ingewikkeld vakgebied: dit onderzoek laat zien dat contracten vaak op kritische wijze afhangen van details over welke aspecten van een transactie al dan niet te observeren, juridisch te verifiëren, of ‘contracteerbaar’ zijn.

Partijen die een transactie met elkaar aangaan, in een hiërarchische verhouding tot elkaar staan of samenwerken, hebben vaak verschillende belangen. Zij moeten dan afspraken maken, en eventueel op papier zetten. Dat gaat gepaard met afwegingen: hoe moeilijker het bijvoorbeeld is om (objectief meetbare) prestatie maatstaven te bepalen, hoe ‘vlakker’ beloningsprikkelers dienen te zijn. Een voorbeeld is de thuiszorg, waar de kwaliteit van persoonlijke aandacht moeilijk in normen te vangen is, en prestatiegerelateerde beloning juist verstorend zou kunnen werken voor de intrinsieke motivatie die het verschil kan maken. Holmström verrichtte baanbrekend werk over beloningsprikkelers en prestaties, bijvoorbeeld wanneer er een risico is op *moral hazard*.<sup>3</sup> Het onderzoek van Hart is daar complementair aan: hij verdiepte zich in de analyse van gebrekkige contracten, in situaties waarin niet alle relevante aspecten, zoals mogelijke uitkomsten die zich in de toekomst voor kunnen doen, vastgelegd kunnen worden. Dat maakt een contract ‘incomplete’.<sup>4</sup> Vooral dit concept heeft relevantie voor toezichtvraagstukken, zoals ik hieronder kort zal toelichten.

Contracttheorie is relevant voor een heel algemene beleidsvraag: wat kan de overheid zelf produceren, en wat kan zij beter aan private aanbieders overlaten?<sup>5</sup> Het

- 1 Nobel Prize organization, The Prize in Economic Sciences 2016 - Popular Science Background: Contract Theory, Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014, 17 oktober 2016.
- 2 Voor een uitgebreidere bespreking over de Nobelprijs voor de economie 2016, zie P. de Bijl, Nobelprijs Economie 2016: over contractontwerp bij botsende belangen, Me Judice, 20 oktober 2016.
- 3 B. Holmström, Managerial Incentive Problems: A Dynamic Perspective, in: Essays in Honor of Lars Wahlbeck, Helsinki: Swedish School of Economics, ook verschenen in Review of Economic Studies 1982, 66, p. 169-182.
- 4 O. Hart, *Firms, Contracts, and Financial Structure*, Oxford UK: Clarendon Press 1995.
- 5 A. Shleifer, State versus Private Ownership, Journal of Economic Perspectives 1998, 12(4), p. 133-150.

Paul de Bijl

is niet voldoende om te stellen dat ‘(...) publiek geld, publieke taken en een publieke aansturing maken dat een publieke organisatievorm de enige juiste is’, wat blijktbaar (in eerste instantie) de onderbouwing was van staatssecretaris Sharon Dijksma van I&M om de zelfstandigheid van ProRail terug te draaien.<sup>6</sup> Het gaat er namelijk om wat, vanuit het publieke belang, voorop dient te staan: kostenefficiëntie of de kwaliteit van de dienstverlening. Ofwel, financieel rendement versus maatschappelijk rendement.

Wanneer de kwaliteit van een publieke dienst niet goed afdwingbaar is (door middel van een contract, dan wel wetgeving en toezicht), kunnen financiële doelen het aantrekkelijk maken om in kosten te gaan snijden op zodanige wijze dat dat ten koste gaat van de kwaliteit. Bij private gevangnissen in de Verenigde Staten leidden kostenreducties tot inferieure kwaliteit: financieel rendement kreeg voorrang boven het maatschappelijk rendement. De winstprikkelers waren te sterk. Maatschappelijk gezien zouden ‘zwakkere’ prikkels beter zijn voor het publieke belang van het detineren van gevangenen onder minimumkwaliteitsvoorwaarden. De Justice Department zal daarom het gebruik van private gevangnissen gaan uitfaseren: deze blijken slechter te presteren qua onderwijsprogramma’s voor gedetineerden, en handhaven lagere veiligheidsniveaus.<sup>7</sup> Blijkbaar is de kwaliteit van gevangnissen moeilijk contractueel af te dwingen.

Voor ProRail zou een analyse moeten specificeren wat precies het publiek belang is, welke aspecten daarvan al dan niet contractueel afdwingbaar zijn, welke uitruil er dan is tussen een financiële doelstelling en het maatschappelijk rendement van het borgen van een publiek belang. Op een hoger niveau is dan de vraag wat de voor- en nadelen zijn van de mogelijke opties voor aansturing van het bedrijf.

De mate waarin de kwaliteit van een publieke dienst contractueel vast te pinnen is, tussen overheid en uitvoerende partij, bepaalt de mate waarin een toezicht houder daadwerkelijk het onderliggende publieke belang kan borgen, namelijk door dat af te dwingen. Wanneer een publiek belang op kritische wijze afhangt van een moeilijk afdwingbare kwaliteitsdimensie, dan kan de overheid de betreffende dienst mogelijk beter zelf uitvoeren. Dat gaat wellicht gepaard met wat minder kostenefficiëntie, maar komt ten goede aan het maatschappelijk rendement. Inzicht over wat er wel of niet vast te leggen is, kan politici en beleidsmakers doen inzien dat er vaak geen eenduidig optimale oplossing bestaat. Beleid en regelgeving zijn ‘second-best’ optimalisering. Dan is het goed om scherp in beeld hebben wat de haken en ogen zijn, zodat dat meegenomen kan worden in het ontwerp van marktordening en aansturing.

Tot zover de Nobelprijs voor economie van dit jaar, waarvoor geldt dat het betreffende onderzoek relevant is voor toezichtvraagstukken. De bespreking van de

6 Vrees voor extra kosten bij einde zelfstandigheid ProRail, Het Financieele Dagblad, 4 oktober 2016.

7 America is phasing out the federal use of private prisons, The Economist, 19 augustus 2016.

column door Ferdinand Mertens in dit nummer, die gaat over liefdevolheid in de zorg, illustreert dat overigens (zie hieronder).

Dit nummer bevat bijdragen over uiteenlopende onderwerpen. Het artikel van Sjoerd Goslinga, Maarten Sigle en Lisette van der Hel gaat over een effectmeting van handhaving door de Belastingdienst. De maatschappij vraagt, aldus de auteurs, om steeds meer inzicht in prestaties bij de levering van publieke diensten, dus ook van de Belastingdienst. Effectmeting van deze vorm van toezicht door de overheid is toch wel een vak apart. Dit artikel bespreekt de uitdagingen die daarbij optreden, te weten: het expliciteren van de beleidstheorie, het in beeld krijgen van de juiste determinanten van compliance, het meten van de effecten van acties gericht op preventie, het opzetten van gedegen onderzoek, en de organisatorische inbedding van effectmeting. Een relevante vraag hierbij is natuurlijk of de Belastingdienst dit allemaal zelf zou moeten doen. Zelfevaluaties kunnen nuttig zijn om de eigen operaties te monitoren en verbeteren, maar wanneer het doel externe verantwoording is, kan een buitenstaander zich afvragen of een overheidsdienst zichzelf zou moeten keuren. Deze vraag ligt overigens buiten de scope van het artikel.

Martijn Groenleer heeft een artikel geschreven over grensoverschrijdende samenwerking tussen (nationale) inspecties, wat voorkomt in vrijwel alle beleidssectoren. Wanneer en waarom werken inspecties samen, en hoe doen zij dat dan? Er zijn bijvoorbeeld verschillen in de mate van Europese samenwerking, en in de mate van centralisatie van toezicht op Europees niveau. Internationale samenwerking is niet evident of eenvoudig. De auteur relateert de aard van, en ratio achter, samenwerking aan de beoogde doelen, of strategie. Het startpunt dient te liggen in de maatschappelijke ambities die worden nagestreefd. Dat bepaalt uiteindelijk of samenwerking noodzakelijk of nuttig kan zijn. De vervolgvraag gaat dan over de wijze waarop afstemming en samenwerking plaatsvindt. Het blijkt dat er qua benodigde expertise nog een professionaliseringsslag te maken valt, al zijn er ongetwijfeld uitzonderingen in de vorm van ver ontwikkelde samenwerking in specifieke beleidsdomeinen.

Eerder dit jaar heeft zowel Femke de Vries (Rijksuniversiteit Groningen) als Judith van Erp (Universiteit Utrecht) haar oratie gehouden, over toezicht. De Vries behandelde de vraag 'Leidt transparantie tot meer vertrouwen in de toezichthouder?' (29 maart). Van Erp ging in op het onderwerp 'Toezicht in een open samenleving; maatschappelijke controle op multinationale ondernemingen' (17 maart). Jorgen Schram en Mark van Twist recenserden deze intreeredes in onderlinge samenhang. Zij koppelen beide oraties aan de vraag: 'Is een open samenleving gebaat bij openheid over wat toezicht vermag?' De combinatie van een sterkere roep om transparantie in toezicht en de afgenomen ruimte om te interveniëren onder invloed van vervagende grenzen, confronteert toezichthouders met nieuwe uitdagingen. Van Erp analyseert dergelijke ontwikkelingen vanuit het perspectief van de 'open samenleving', gekenmerkt door globalisering, meer verbindingen, en fragmentatie van macht. Dat leidt tot een ander krachtenveld voor toezichthouders. De Vries bespreekt de toegenomen transparantie in

Paul de Bijl

het licht van vertrouwen in toezichthouders. Misschien leidt meer openheid wel tot een aantasting van gezag. Schram en Van Twist reflecteren hierover, onder meer aan de hand van concrete voorbeelden, en blijven uiteindelijk zitten met de vraag of maatschappelijke ontwikkelingen tot meer reflectie zouden moeten leiden, over de politieke en maatschappelijke tendens c.q. wens voor steeds meer openheid in toezicht. Dat lijkt een dominante tendens te zijn. De auteurs opperen dat de toegenomen openheid van de samenleving de openheid in toezicht juist zou moeten begrenzen, wat volgens hen in overeenstemming lijkt te zijn met voorzichtige suggesties in die richting door Van Erp en De Vries.

De notenkraker komt van Arnt Mein en gaat over 'Peilbakens in het fraudetoezicht'. Een peilbaken is een apparaatje dat men, bijvoorbeeld, op een auto kan bevestigen, en waarmee men (met behulp van een GPS-systeem) kan volgen waar het voertuig zich bevindt, in de regel zonder dat chauffeur of inzittenden daarvan op de hoogte zijn. Toepassing daarvan is niet altijd vlekkeloos. Zo hadden toezichthouders van een Regionale Dienst Werk en Inkomen, die zich met uitkeringsfraude bezighouden, een peilbaken geplaatst op een bestelbus. De verkregen informatie liet zien dat het busje gebruikt werd voor zakelijk internationaal goederentransport, terwijl de eigenaar een uitkering ontving. Deze had de activiteiten daarom moeten melden bij de gemeente. De CRvB oordeelde echter dat er geen wettelijk basis was voor observatie door middel van een peilbaken, in lijn met de regeling voor het gebruik van peilbakens in het Wetboek van Strafvordering. Technologische innovaties die toezicht effectiever kunnen maken, zorgen dan voor een juridisch spanningsveld. Mein concludeert dat toezichthouders daarop dienen te anticiperen.

Ik verwacht dat vraagstukken en spanningsvelden zoals besproken in deze notenkraker zich steeds vaker zullen aandienen, in alle toezichtdomeinen. De reden is dat innovatie in digitalisering en elektronische communicatie (onder meer via het internet) dermate ingrijpend is, dat toezichthouders het zich niet kunnen veroorloven om daar geen gebruik van te maken. In dat opzicht ontkomen zij niet aan een 'digitale wapenwedloop'.

Ferdinand Mertens heeft een column geschreven over 'Liefdevolheid als aangrijpingspunt voor toezicht'. Dit onderwerp heeft een impliciete relatie met het concept van incomplete contracten. De aanleiding voor de column was het signaal dat de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) de zorg blijkbaar op 'liefdevolheid' wil gaan beoordelen als onderdeel van haar toezicht (aldus een artikel in het *NRC*, eerder dit jaar). Mertens merkt op dat dat sowieso sympathiek klinkt, maar stelt vervolgens de vraag of er tegenargumenten zijn. En die zijn er volgens hem. Hij wijst allereerst op de noodzaak om liefdevolheid in indicatoren te 'vangen', zodat het meetbaar wordt. Risico's daarvan zijn, onder meer, dat er bureaucratie ontstaat, dat het moeilijk waar te nemen is, en dat de gehanteerde normen een eigen leven kunnen gaan leiden.

De column door Mertens betreft een voorbeeld van een kwaliteitsdimensie die heel relevant kan zijn – zeker wanneer de maatschappij sterk hecht aan liefdevolle

zorg – maar tegelijkertijd moeilijk contractueel afdwingbaar is. Er is dus een incompleet contract, conform de economische theorie waar de Nobelprijs economie dit jaar over gaat. Waar men haken en ogen kan zien vanwege de noodzaak om de geleverde kwaliteit op objectieve wijze in beeld te krijgen, zou er desalniettemin ruimte kunnen zijn voor een andere aanpak. Bijvoorbeeld door toezicht te baseren op het feit dat sommige kwaliteitsdimensies niet te contracteren zijn (ofwel dat daar geen ‘hard’ toezicht op te houden is), en deze als onderdeel van een algemene kwaliteit te zien. Wanneer de prikkels bij de mensen die de zorg verlenen goed liggen – bijvoorbeeld omdat zij intrinsiek gemotiveerd zijn en niet (of weinig) afgerekend worden op ‘meetbare’ indicatoren – zou juist een dimensie als liefdevolheid kunnen floreren. Een toezichthouder dient dan een andere visie op toezicht en het benodigde instrumentarium te ontwikkelen, wat vervolgens door zou kunnen werken in de interne aansturing en het HR-beleid in zorginstellingen. Dat zou kunnen resulteren in het meer durven vertrouwen op de professionaliteit van de zorgverleners zelf, zodat er minder meetinstrumentarium nodig is. Daar gaat de column overigens niet over, en misschien is zo’n oplossingsrichting nog een brug te ver in het toezichtlandschap.