



## Concurrentie als alternatief voor rechtsprincipes

**Auteur(s):**

Bovenberg, A.L.

Teulings, C.N.

*Bovenberg is hoogleraar aan de KUB, Teulings is directeur van het Tinbergen-Instituut en hoogleraar aan de EUR en beide zijn ook verbonden aan het Ocfeb.**Met dank aan leden van de WRR, Marc Bovens, Ad Geelhoed, André de Jong, Theo van de Klundert en Ruud Lubbers voor inspiratie en commentaar.***Verschenen in:**

ESB, 84e jaargang, nr. 4204, pagina 364, 14 mei 1999

**Rubriek:****Trefwoord(en):**

rechtseconomie

*Rechtsprincipes zoals rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zijn een 'fact of life', slechts af en toe betwijfeld door politici na een ongewenste interventie van de rechter. Deze principes hebben grote economische betekenis. Zij dienen om machtsmonopolies aan banden te leggen, met name dat van de overheid. Tegelijkertijd beperken ze echter de mogelijkheid om flexibel met informatie om te gaan. Concurrentie is daarom vaak een betere beveiliging tegen machtsmisbruik.*

**De verhouding tussen juristen en economen is soms gespannen. Juristen bekommeren zich om rechtsprincipes zoals rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Economen daarentegen richten zich op doelmatigheid. De keuze tussen een juridische of economisch invalshoek wordt vaak gereduceerd tot een normatieve keuze. De wetenschap zou daarover niets te zeggen hebben. Dit artikel geeft aan dat deze visie geen stand houdt. Rechtsprincipes bevorderen de doelmatigheid en zijn daarmee van grote economische betekenis. De rechtsprincipes behoren, samen met de parlementaire democratie, tot de belangrijkste institutionele innovaties van de afgelopen driehonderd jaar <sup>1</sup>.**

### Geweldsmonopolie, recht en democratie

De economische theorie leert dat markten onder bepaalde voorwaarden efficiënte instituties zijn. Aan die voorwaarden wordt echter zelden voldaan. De geschiedenis van de mensheid is een zoektocht naar instituties om de doelmatigheid te verbeteren. Diefstal en roof behoren tot één van de voornaamste marktfalen waarmee de mensheid te kampen heeft. Een dief veroorzaakt een negatief extern effect voor de bestolene. De aantasting van eigendomsrechten schaadt de prikkels voor productieve activiteiten omdat mensen de vruchten van hun activiteiten niet kunnen plukken.

Al vroeg in de geschiedenis veroverden vorsten het geweldsmonopolie waarmee ze hun burgers beschermden tegen diefstal en roof. De bloei van vorstendommen is een aanwijzing dat deze institutionele innovatie een belangrijke Pareto-verbetering was. Het geweldsmonopolie van de vorst riep echter nieuwe problemen op. Vorsten benutten het om zelf te roven. Slavernij en tolheffing waren aan de orde van de dag. Deze vormen van belastingheffing hadden dezelfde negatieve gevolgen als die thans de achtergrond zijn van pleidooien voor lagere marginale belastingtarieven. In feite had de samenleving te kampen met een hold-up probleem (zie kader): subjecten van de vorst waren huiverig om te investeren omdat ze vreesden dat de opbrengst van deze investeringen door de vorst zou worden opgeëist.

---

### Hold up

Het 'hold up'-probleem ontstaat wanneer iemand investeringen pleegt die alleen renderen in een relatie met een andere partij. Nadat de investering heeft plaatsgevonden verkrijgt die andere partij een machtspositie waarmee hij zich een deel van de opbrengsten toe kan eigenen. De investeerder ziet dit aankomen en ziet daarom af van zijn investeringen. Beide partijen zouden beter af zijn als de niet investerende partij zich bij voorbaat kon verplichten de opbrengsten van de investering ongemoeid te laten.

---

Er onstonden al snel aanvullende instituties die de burger beschermden tegen de almacht van de vorst. Zo vormden de gilden een belangrijke tegenmacht. Excessieve belastingheffing door een lokale vorst kon worden afgestraft door een handelsembargo van het bedrijfstakgewijze monopolie van het gilde. De gilden, die hun oorsprong vonden in het toenemende belang van internationale handel en arbeidsdeling, maakte zo de belofte van de vorsten om niet te roven geloofwaardig. Paradoxaal genoeg hadden vorsten dan ook belang bij het ontstaan van de gilden <sup>2</sup>.

Latere institutionele innovaties waren de rechtsstaat en de parlementaire democratie. In de rechtsstaat werden de beheerders van het geweldsmonopolie van de staat gebonden aan wetten en regels. De parlementaire democratie verplichtte die beheerders verantwoording

af te leggen aan een gekozen parlement. De vorst werd politicus en de graaf werd ambtenaar. De rechtsstaat bood de vorst de mogelijkheid zich te committeren de vruchten van de investeringen van zijn onderdanen ongemoeid te laten. Dit leidt tot wederzijds voordeel. De rechtsstaat en de democratie leiden echter ook tot een andere inkomensverdeling. Deze innovaties zijn dan ook niet zonder politieke strijd geïntroduceerd. Toen het kiesrecht begin deze eeuw werd uitgebreid tot de gehele volwassen bevolking werden roof en diefstal door de vorst vervangen door herverdeling ten bate van de mediane kiezer. Omdat de mediane kiezer in het algemeen minder verdient dan het gemiddelde inkomen (er is immers meestal een kleine groep met zeer hoge inkomens) leidt democratie tot een politieke vraag naar herverdeling. De herverdelende verzorgingsstaat is efficiënter dan de zich verrijkende vorst omdat meer activiteiten tegen 'hold up' worden beveiligd. Waar vroeger de hele bevolking werd blootgesteld aan 'hold up' als gevolg van de belastingheffing door de vorst, beschermt de democratie de economische activiteiten van de meerderheid van het electoraat.

### **Democratiefalen**

Ook de democratie kent echter gebreken. Ten eerste is het verkrijgen van informatie over het doen en laten van de beheerders van het geweldsmonopolie kostbaar. Een gering aantal parlementsleden moet een omvangrijk ambtenarenapparaat in de gaten houden. Daarnaast dient het electoraat de effectiviteit van individuele parlementsleden te evalueren. Hierbij speelt een 'free rider'-probleem omdat de betreffende informatie het karakter van een publiek goed heeft. Het ambtenarenapparaat en de politici hebben hierdoor ruimte om hun eigen agenda na te streven.

De parlementaire democratie heeft verder te maken met een multidimensionale agenda waarbij het aantal mogelijke combinaties van voorkeuren het aantal partijen verre overtreft. Op vele, vaak minder belangrijke, onderwerpen hebben politici en ambtenaren daarom grote handelingsvrijheid.

Het gebrekkige vermogen om zich voor langere tijd te binden aan een beleidslijn vormt een derde probleem voor de parlementaire democratie. Periodieke verkiezingen disciplineren het parlement zodat haar mandaat slechts tijdelijk is. Het parlement is daarom beperkt in de mogelijkheden om zich voor de volgende verkiezingstermijn te binden. Dit resulteert in een 'hold up'-probleem; het gebrekkige vermogen van het parlement zich te committeren aan een beleidslijn ondergraaft de effectiviteit van het beleid. Burgers houden rekening met toekomstige beleidswijzigingen en investeren daarom minder. Met name goeude minderheden zullen in een democratie huiverig zijn om te investeren omdat hun eigendomsrechten onvoldoende zijn beschermd <sup>3</sup>.

### **De betekenis van rechtsprincipes**

De gebreken van de democratie impliceren dat ook in een parlementaire democratie de rechtsstaat en Montesquieu's trias politica met haar scheiding van wetgevende, uitvoerende en rechtssprekende macht van groot belang zijn. Door de beheerders van het geweldsmonopolie te binden aan wetgeving en principes als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en de controle op de naleving daarvan te delegeren aan onafhankelijke rechters worden de mogelijkheden voor machtsmisbruik ingeperkt.

Het principe van de rechtsgelijkheid beschermt de burger tegen zijtransacties (zie kader). Een ambtenaar of politicus met de bevoegdheid een faciliteit te verdelen (bijvoorbeeld een bouwsubsidie, een rondweg voor de gemeente of een technolease-faciliteit) kan die bevoegdheid ten eigen bate gebruiken door zich door de begunstigde te laten compenseren door zijtransacties. Dit kan bijvoorbeeld de steun van de begunstigde burgemeester op een partijcongres zijn. Het principe van de rechtsgelijkheid werpt een dam op tegen dergelijke praktijken. Een begunstigde zal immers minder snel geneigd zijn ambtenaren of politici te compenseren wanneer anderen zich zonder compensatie voor dezelfde rechten kunnen verzekeren op basis van het principe van rechtsgelijkheid.

---

### **Zijtransactie**

Wanneer bij een transactie tussen twee partijen een deel van de opbrengsten van een transactie terecht hoort te komen bij een derde partij (bijv. de werkgever van de inkoper), dan bestaat het gevaar dat de twee handelende partijen een voor deze derde partij niet waarneembare zijtransactie afsluiten, die het voordeel van de transactie bij de twee handelende partijen laat (bijv. een hogere inkoopprijs in ruil voor omkoping van de inkoper).

---

Rechtszekerheid en de onafhankelijke rechterlijke macht verzachten het 'hold up'-probleem. De overheid kan zijn beloften geloofwaardig maken door zich te binden aan wetgeving en contracten. De rechterlijke macht zal de op contracten of wetgeving gebaseerde afspraken immers afdwingen. Steeds vaker honoreert de rechter ook door de overheid gewekte verwachtingen die niet in wetgeving of contracten zijn vastgelegd. Het aanspreken van de huidige regering op de toezeggingen van voorgaande regeringen biedt de overheid een instrument om zich geloofwaardig te binden aan afspraken. Hierdoor ontstaat overigens wel een spanning met het beslissingsrecht van het toekomstige parlement. Democratie en rechtszekerheid staan dan ook tot op zekere hoogte op gespannen voet met elkaar. De betekenis van de rechtsprincipes voor de overheid is dubbelzinnig. Enerzijds beperken zij de bewegingsvrijheid van beheerders van het geweldsmonopolie. Anderzijds maken ze dat machtsmisbruik wordt gestraft, zodat samenlevingen meer macht en belastingopbrengst aan de overheid toevertrouwen.

### **De beperkingen van rechtsprincipes**

Evenals de markt en de democratie kennen ook de rechtsprincipes hun beperkingen. De moderne technologie en de daarmee samenhangende toenemende arbeidsdeling resulteren in een complexere samenleving met meer specialisatie. Steeds meer kennis is het monopolie van kleine groepen specialisten en is daarmee door derden niet-verifieerbaar (zie kader). Het gaat hierbij bijvoorbeeld om het oordeel van automatiseringsmedewerker en de medisch specialist, maar ook dat van de afdelingschef over iemands functioneren. Hoewel niet-verifieerbare informatie niet kan worden gebruikt in juridische contracten, is het benutten ervan cruciaal voor het doelmatig functioneren van de samenleving.

---

## Niet-verifieerbare informatie

Twee partijen beschikken over niet-verifieerbare informatie als een derde partij de juistheid van die informatie niet kan verifiëren, ook al zouden de betrokken partijen die informatie wel willen overdragen. Juridische contracten kunnen nooit op niet-verifieerbare informatie worden gebaseerd, omdat de rechter achteraf geschillen over de naleving van het contract niet kan beoordelen. In veel gevallen hangt de mate van verifieerbaarheid af van de kosten die met verificatie gemoeid zijn.

---

Niet-verifieerbare informatie impliceert dat gevallen die materieel verschillen juridisch identiek zijn omdat de rechter (een derde partij) de verschillen niet kan verifiëren. Enerzijds voorkomt het principe van de rechtsgelijkheid ongewenste zijtransacties. Anderzijds verhindert het dat niet-verifieerbare informatie kan worden benut. Aan de ene kant willen we dat de medisch specialist niet-verifieerbare informatie gebruikt om te bepalen welke patiënt het eerst moet worden behandeld. Aan de andere kant moet worden voorkomen dat deze specialist zijn macht misbruikt voor zijtransacties. De niet-verifieerbaarheid van informatie stelt dus grenzen aan het bereik van de rechtsstaat. In de rechtsspraak wordt voortdurend geworsteld met dit dilemma, bijvoorbeeld via algemene beginselen van behoorlijk bestuur: enerzijds probeert men beslissingen aan bestuurlijk-juridische principes te binden, anderzijds wordt erkend dat een goede beslissing uiteindelijk is gestoeld op het niet-verifieerbare beoordelingsvermogen van de beslisser.

Niet-verifieerbare informatie resulteert ook in een spanning tussen de politieke vraag naar herverdeling ('rechtvaardigheid') en het juridische principe van rechtsgelijkheid. Rechtsgelijkheid vereist een gelijke behandeling van gelijke gevallen. Hervreiding daarentegen vereist dat ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld, bijvoorbeeld door een vermogende burger meer belasting te laten betalen dan een bijstandstrekker. Een dergelijke ongelijke behandeling is niet strijdig met rechtsgelijkheid zolang de verschillen tussen de burgers zich juridisch goed laten documenteren. Veel materiële verschillen zijn echter nauwelijks juridisch verifieerbaar. In dat geval leidt rechtsgelijkheid tot een materieel onrechtvaardige uitkomst. De WAO-rechten van de spreekwoordelijke bouwvakker die van de steiger is gevallen zijn hiervan een voorbeeld. Het materiële verschil tussen deze bouwvakker en iemand met vage psychologische klachten is niet goed te verifiëren. De bouwvakker komt op grond van de ernst van zijn letsel dan ook niet in aanmerking voor een betere uitkering, omdat de rechter niet in staat is de ernst van de klachten te verifiëren. Hervreiding en rechtsgelijkheid staan dus vaak op gespannen voet <sup>4</sup>.

Een andere reden waarom juridische principes geen afdoende bescherming bieden tegen machtsmisbruik is dat het vaak moeilijk is om van tevoren te omschrijven wat er precies van de overheid wordt verwacht in elke eventualiteit. De rechter kan achteraf dan niet goed verifiëren of de overheid haar verplichtingen daadwerkelijk is nagekomen. Dit beperkt de reikwijdte van het recht in het disciplineren van de overheid.

### Concurrentie in plaats van rechtsprincipes

Ook in de particuliere sector is niet-verifieerbare informatie aan de orde van de dag. Wie een keuken koopt zal niet alle leveringscondities in detail vastleggen. De kosten van een dergelijk contract zijn excessief. Bovendien kunnen bepalingen die niet-verifieerbare informatie gebruiken toch niet door de rechter worden afgedwongen. Het recht kent dus zijn beperkingen. Toch vinden voortdurend transacties plaats waarbij de wederzijdse verplichtingen niet volledig zijn vastgelegd in formele juridische contracten.

Het reputatiemechanisme speelt daarbij een belangrijke rol. Om zijn reputatie van een betrouwbare leverancier (en daarmee zijn klanten) te behouden komt de leverancier zijn verplichtingen na. Het reputatiemechanisme dwingt aldus contracten af die gebruik maken van niet-verifieerbare informatie en daarmee niet juridisch afdwingbaar zijn. Deze zogenaamde 'impliciete' contracten hoeven zelfs niet schriftelijk te worden vastgelegd. Gewoonterecht doet wonderen. Het reputatiemechanisme is niet kosteloos: transacties zouden makkelijker en efficiënter tot stand komen als informatie eenvoudig verifieerbaar was <sup>5</sup>. Gegeven de gebrekkige verifieerbaarheid is het reputatiemechanisme echter het beste alternatief. Ook hier is de markt voortdurend op zoek geweest naar institutionele vernieuwing die de werking van dit mechanisme verbeteren, zoals blijkt uit het ontstaan van merkmaken en keurmerken.

Het reputatiemechanisme vereist een zekere mate van concurrentie. Klanten moeten kunnen uitwijken naar een concurrent wanneer een leverancier zijn reputatie te grabbel gooit omdat hij de klanten onderbedeelt of zich niet houdt aan beloftes. De geloofwaardige dreiging van de burger om met de voeten te stemmen (de exit optie) disciplineert de aanbieder.

Rechtsprincipes afgedwongen door een onafhankelijke rechterlijke macht en concurrentie zijn alternatieve manieren om aanbieders van faciliteiten te disciplineren. Concurrentie kent echter een belangrijk voordeel boven rechtsprincipes: via reputatie is het mogelijk niet-verifieerbare informatie te benutten en flexibel in te spelen op onvoorziene omstandigheden in impliciete contracten.

Alhoewel in de marktsector concurrentie lang niet altijd perfect is, staat de overheid nog minder bloot aan concurrentie. Het reputatiemechanisme werkt gebrekkig in het staatsapparaat. Beleidsconcurrentie en politieke concurrentie bij verkiezingen, waarbij de reputaties van politieke partijen een rol spelen, zijn veelal zwakkere mechanismen dan concurrentie tussen bedrijven <sup>6</sup>. Ook het tijdelijk mandaat van het parlement impliceert dat het parlement zich moeilijk geloofwaardig aan toezeggingen kan binden. Omdat de overheid zich moeilijk geloofwaardig kan binden, spelen rechtsprincipes in de publieke sector een prominente rol. De overheid is gebonden aan rigide, formele regels en juridisch afdwingbare contracten. Dit is een van de belangrijkste redenen voor de spreekwoordelijke starheid en ineffectiviteit van de overheid.

Een belangrijk gevolg van deze analyse is dat grotere beleidsconcurrentie als gevolg van de toenemende internationale integratie een belangrijke bijdrage kan leveren aan het vergroten van de doelmatigheid en flexibiliteit van het overheidsapparaat. Het concurrentiemechanisme neemt de rol van het juridische systeem over in het disciplineren van de overheid. Op die manier kan beleidsconcurrentie tot een grotere overheid leiden omdat burgers bereid zijn meer geld toe te vertrouwen aan de overheid. Dit mechanisme verklaart waarom kleine open economieën die meer gebonden zijn door beleidsconcurrentie een relatief omvangrijke publieke sector kennen.

### Illustratie: keuringen in WAO en bijstand

De voorafgaande analyse suggereert dat het kabinet zichzelf geen dienst heeft bewezen door de keuringsbeslissing in de wao in eigen hand te houden. Veel informatie die voor de uitvoering van de wao cruciaal is kan niet door beroepsinstanties worden geverifieerd. Het kabinet redeneert dat het gebruik van deze niet-verifieerbare informatie het beste aan een publieke instantie kan worden toevertrouwd. Dit om de rechtmatigheid te garanderen. De beheerders van het overheidsapparaat zijn echter niet de belichaming van de rechtsprincipes. Het is eerder omgekeerd: rechtsprincipes dienen om machtsmisbruik van de overheid te voorkomen. Dit impliceert echter dat de zo belangrijke niet-verifieerbare informatie niet kan worden benut. Keuringen door private verzekeraars laten concurrentie toe zodat het reputatiemechanisme beter werkt en gebruik kan worden gemaakt van niet-verifieerbare informatie. Het concurrentiemechanisme dwingt verzekeraars een doelmatige afweging te maken tussen een soepele keuring en een lage premie (wat hun klanten beide willen).

Bij de uitvoering van de bijstand is concurrentie een moeilijker begaanbare weg omdat de bijstand geen verzekering is, maar herverdeling betreft<sup>7</sup>. Contracten voor de uitvoering van de bijstand zullen dus moeten worden aanbesteed door de publieke autoriteiten die voor de herverdeling zorgen. Deze staan minder bloot aan concurrentie dan de particuliere aanbesteders van verzekeringscontracten in de wao. Daarnaast speelt dat de bijstand een vergaarbak is van problematische gevallen waarbij moeilijk van tevoren overeenstemming te bereiken is over hoe elk geval behandeld zal dienen te worden. De uitvoering van de bijstand is moeilijk contracteerbaar omdat de politiek wil kunnen inspelen op onvoorziene omstandigheden.

Dergelijke dilemma's zijn kenmerkend voor de historische zoektocht naar efficiëntere instituties. We staan niet aan het einde van de geschiedenis. Er is nog genoeg ruimte voor institutionele vernieuwing, met name bij herverdelende activiteiten. Het gaat om nieuwe combinaties van concurrentie, rechtsprincipes, en het monopolie van de staat. De niet-verifieerbaarheid van de relevante informatie zal de samenleving tijdens deze zoektocht voor dilemma's blijven plaatsen.

### **De morele geladenheid van rechtsprincipes**

In veel wetenschappelijke beschouwingen zijn de rechtsprincipes boven iedere twijfel verheven. Rechtsprincipes zijn een doel op zichzelf dat geen verdere legitimatie behoeft. Voor een sociale wetenschapper is zo'n deontologische redenering onbevredigend. De betekenis van de rechtsprincipes wordt immers niet verklaard. Zulke redeneringen werken bovendien conserverend; het aanpassen van die principes aan nieuwe omstandigheden is bij voorbaat uitgesloten.

Wij zijn in dit artikel op zoek geweest naar de oorsprong en betekenis van de rechtsprincipes. De daarmee gepaard gaande reductie van die principes tot het streven naar doelmatige instituties roept soms emotionele reacties op: wie waagt het dergelijke hoogstaande principes toe te schrijven aan het platvloerse streven naar doelmatigheid? Ook de emotionele lading van de rechtsprincipes is echter te verklaren. Zij helpt de burger beschermen tegen de staat. De rechtsprincipes die het geweldsmonopolie disciplineren kunnen immers niet door geweld worden afgedwongen. Alleen de morele verontwaardiging van burgers tegen een beheerder van het geweldsmonopolie die deze principes met voeten treedt dwingt de naleving van de principes af. Edith Cresson kan erover meepraten

---

<sup>1</sup> Zie ook M.A.P. Bovens, *De digitale rechtsstaat; beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat*, Samson, 1999.

<sup>2</sup> Deze rol van gilden was vooral relevant tijdens hun ontstaansperiode. Later werd de meer gebruikelijke 'insider outsider'-interpretatie actueel, waarin gilden buitenstaanders uitsloten uit het vak. Zie A. Greif, P. Milgrom en B. Weingast, *Coordination, commitment and enforcement: the case of the merchant guild*, *Journal of Political Economy*, 1994, blz. 745-776.

<sup>3</sup> De theorie van de eigendomsrechten geeft aan dat het 'hold up'-probleem kan worden voorkomen door eigendomsrechten toe te delen aan de partij die de belangrijkste niet-contracteerbare investeringen pleegt. Zie O.D. Hart, *Firms, contracts and financial structure*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

<sup>4</sup> A.L. Bovenberg en C.N. Teulings, [Doelmatigheid, rechtvaardigheid, rechtsgelijkheid en privacy](#), *ESB*, 11 december 1996, blz. 1008-1012.

<sup>5</sup> W.B. MacLeod en J.M. Malcomson, *Implicit contracts, incentive compatibility, and involuntary unemployment*, *Econometrica*, 1989, blz. 447-480. Impliciete contracten vereisen toekomstige waarde in een relatie. Dit impliceert een verlies aan doelmatigheid omdat transacties die onvoldoende waarde genereren niet tot stand komen. Het overdragen van reputaties kan dat verlies beperken.

<sup>6</sup> Het onderscheid tussen de WAO als verzekering en de bijstand als herverdeling is niet scherp. Ook binnen de WAO vindt herverdeling plaats omdat arbeidsongeschiktheidsrisico's verschillen. Dit leidt ook tot averechtse selectie. Daarom moet voorkomen worden dat verzekeraars op de risicosamenstelling van hun klantenbestand gaan concurreren, bijvoorbeeld via een scherpe keuring

<sup>7</sup> Ook binnen het overheidsapparaat wordt overigens veelvuldig met succes gebruik gemaakt van het reputatiemechanisme, via beroepsethiek en professionele codes. De leden van een beroepsgroep worden gedwongen zich te houden aan specifieke gedragsregels op straffe van het verlies van hun reputatie en uitsluiting uit de beroepsgroep.