

# Privatiseren is een kwestie van zakelijk en vooruitziend contracteren

Eind jaren '80, begin jaren '90 was er een ware 'privatiserings-hausse'. Het enthousiasme om bepaalde overheidsdiensten los te koppelen en te verzelfstandigen of te privatiseren, is in de afgelopen twee jaar aanzienlijk getemperd, mede als gevolg van een aantal teleurstellende resultaten van privatiseringsoperaties. Toch hoeft privatisering door gemeenten niet op voorhand te worden afgewezen.

**V**eel gehoorde kritiek op de privatisering van overheidsdiensten heeft betrekking op de onmogelijkheid om (volgende) waarborgen te krijgen voor het algemeen belang en/of bescherming van sociaal-economisch zwakkeren, het verlies van overheidsinvloed en controle op geprivatiseerde overheidsdiensten, alsmede het achteruitgaan van de kwaliteit van de geprivatiseerde voorzieningen.

De kritiek op privatisering is echter niet altijd terecht. Evenmin behoeft privatisering te allen tijde ongunstig uit te pakken. De kans op een tegenvallende privatisering wordt immers in verregaande mate bepaald door:

- 1 Een gedegen gemeentelijke voorbereiding.
- 2 Een strak (gevoerd) contracteringsproces.
- 3 Het vermogen en de wil om in het voorkomende geval daadwerkelijk te kunnen (en willen) afrekenen met een wanpresterende wederpartij.

In deze tijd, waarin het economisch niet voor de wind gaat, kan het aanbeveling verdienen om (weer) gemeentelijke kerntakendiscussies te voeren. Zulke discussies worden thans niet alleen beïnvloed door budgettaire (bezuinigings-) motieven, gemeenten worden immers de laatste jaren meer en meer geconfronteerd met verdergaande kostenverhogende wensen en behoeften van burgers ten aanzien van voorzieningen als zwembad, cultureel centrum en/of begraafplaats. Hierdoor worden gemeenten gedwongen de vraag te stellen of men een voorziening (nog wel) wil en kan exploiteren. Privatisering kan in zo'n afweging het antwoord zijn.

Privatisering is geen juridisch begrip

en kent geen eenduidige juridische noch consultancy definitie. In dit artikel wordt derhalve uitgegaan van drie gebruikelijke 'verschijningsvormen' van privatisering van gemeentelijke voorzieningen:

- 1 Uitbesteden
- 2 Verzelfstandigen
- 3 Afstoten.

Bij het begrip *uitbesteden* kan men denken aan het verlenen van opdrachten tot dienstverlening aan commerciële dienstverleners. De gemeente blijft volledig verantwoordelijk voor de gemeentelijke voorziening, doch besteedt de werkzaamheden uit. Aandachtspunten zijn onder meer: het aanbestedingstraject, de wijze waarop het dienstverleningscontract (overeenkomst) tot stand komt en de mate van invloed die de gemeente door middel van sturing krachtens het contract aan zich wil (en kan) houden, alsmede de hoogte van de door de gemeente aan de dienstverlener verschuldigde vergoeding, waarbij vooral gelet dient te worden op de fiscale (BTW) component.

Bij *verzelfstandigen* kan men denken aan 'het op afstand zetten' van de exploitatie van de voorziening. Een en ander kan door middel van de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon (BV/NV of stichting), waarin de voorziening, inclusief kapitaalgoederen, wordt ingebracht. De verzelfstandigingsgedachte houdt veelal in, dat de gemeente een blijvende statutaire of aandeelhoudersband behoudt met de op te richten rechtspersoon. Men verwacht meestal door deze vorm van verzelfstandiging bedrijfsmatiger en marktconformer te kunnen gaan werken in de markt, waarbij de mogelijk-

heden van samenwerking met derden ten volle benut zouden kunnen worden. Verzelfstandiging kan ook inhouden dat meer gemeenten in samenwerking – of wel krachtens het privaatrecht, of wel krachtens het publiekrecht op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen – gezamenlijk een rechtspersoon (stichting, BV/NV of openbaar lichaam) oprichten waaraan zij de exploitatie van de gemeentelijke voorzieningen laten. Er is sprake van 'op afstand zetten', maar de band met de voorziening en de exploiterende rechtspersoon wordt niet volledig verbroken. Niet zelden houdt verzelfstandiging dan ook in, dat het er op neer komt dat de gemeente feitelijk financieel verantwoordelijk blijft voor de rechtspersoon die de exploitatie van de voorziening van de gemeente heeft overgenomen.

*Afstoten* betekent het daadwerkelijk

op afstand zetten van een voorziening, waarbij er geen financiële of statutaire band meer met de gemeente bestaat. Men verkoopt de gemeentelijke voorziening aan een marktpartij of verleent de marktpartij een langdurig recht van exploitatie, gekoppeld aan bijvoorbeeld een beperkt zakelijk recht, bijvoorbeeld erfpacht. Deze vorm van privatiseren moet ertoe leiden dat de exploitant volledig verantwoordelijk wordt voor de exploitatie van de gemeentelijke voorziening. Het spanningsveld bij deze vorm van privatisering betreft vaak de kwestie hoe de gemeente 'grip' kan blijven houden op bepaalde aspecten die haar – vanwege bijvoorbeeld de aan haar toebedeelde behartiging van het openbaar belang – aangaan. Een gemeente wenst in dit verband bijvoorbeeld het zwembad financieel toegankelijk te houden. De gemeente zal in beginsel hoogstens door middel van contractuele (bijv.

verkoop- of erfpacht-) bepalingen kunnen sturen op kwaliteitsaspecten van de door de exploitant te verrichten dienstverlening aan het publiek.

### Motieven voor privatisering

Richtsnor bij privatisering is veelal, dat alle diensten die niet noodzakelijk door de overheid behoeven te worden uitgevoerd, voor privatisering in aanmerking komen. Men onderscheidt op gemeentelijk niveau doorgaans een tweetal motieven voor privatisering:

- 1 Het budgettaire motief *het beperken van overheidsuitgaven bezuinigingen en 'outsourcing'*.
- 2 Het bestuurlijk motief *stroomlijning, afslanking en het flexibel maken van de overheidsorganisatie*.

Deze twee motieven kunnen waar-schijnlijk gelden voor alle drie eerder



genoemde verschijningsvormen van privatisering.

Als andere – al dan niet terecht – motieven voor privatisering kunnen worden genoemd:

- 3 De bevordering van een bedrijfsmatige exploitatie en de toename van de effectiviteit, waarbij innovatieve aspecten eerder een kans krijgen. *Dit motief geldt waarschijnlijk voor alle drie genoemde verschijningsvormen.*
- 4 Met een beroep op het 'prestatiebeginsel': De kosten van voorzieningen komen beter in beeld ter vergelijking met de geleverde prestaties, en kunnen worden beoordeeld in verhouding met eventuele opbrengsten. *Dit motief geldt waarschijnlijk met name bij 'verzelfstandiging' en 'afstoten'.*
- 5 Met een beroep op het 'profijtbeginsel': De kosten van voorzieningen die (voorheen) uit de algemene middelen worden (werden) betaald, worden afgewenteld op degenen die er daadwerkelijk gebruik van maken. *Dit motief geldt waarschijnlijk met name bij 'verzelfstandiging' en 'afstoten'.*
- 6 Rechtspositionele motieven (verkleining ambtelijk apparaat/afname wachtgeldverplichtingen). *Dit motief geldt waarschijnlijk bij alle drie genoemde verschijningsvormen van privatisering.*
- 7 Het verwerven van eenmalige inkomsten. *Dit motief geldt waarschijnlijk met name bij 'afstoten'.*

### Argumenten tegen privatisering

Als te doen gebruikelijke al dan niet terecht tegenargumenten terzake van privatisering, kunnen worden genoemd:

- 1 De verminderde kans op de waarborging van het algemeen belang en/of de algemene publieke taak van een overheid.
- 2 Gevaren voor de continuïteit van bepaalde slecht renderende voorzieningen.
- 3 Het verlies van overheidsinvloed en daaraan gekoppeld het ontbreken van democratische controle op privaatrechtelijke machtsuitoefening.
- 4 Onvoldoende waarborging voor de bescherming van sociaal zwakke groepen.
- 5 Het achteruitgaan van het peil en de kwaliteit van de voorziening.

6 De negatieve effecten voor organisatie en personeel.

Het is in de praktijk vooral de kunst om vorengenoemde *argumenten tegen* weg te nemen. Voorts dienen de motieven die pleiten voor privatisering gewaarborgd te worden. Het contract (de privaatrechtelijke overeenkomst) is daarbij de meest aangewezen weg. Daarnaast kan bij de verzelfstandiging eveneens gemeentelijke invloed en controle worden gecreëerd door middel van bijvoorbeeld statutaire banden met de verzelfstandigde entiteit.

### Zakelijk en vooruitziend contracteren

Teneinde de gemeentelijke doelstellingen met betrekking tot een succesvolle privatisering te waarborgen, dient zakelijk en vooruitziend gecontracteerd te worden.

De totstandkoming van een contract is doorgaans te onderscheiden in drie fasen:

- 1 initiatief
- 2 contract
- 3 uitvoering.

#### De initiatiefase

De initiatiefase is de periode vóórdat met een contractspartij wordt gesproken. Het is in deze fase vooral van belang dat duidelijkheid wordt verkregen omtrent de gemeentelijke uitgangspunten, wensen, randvoorwaarden en verwachtingen ten aanzien van het te sluiten contract met de wederpartij. De gemeente stelt derhalve bestekken, programma's van eisen, begrotingen en een (maximaal) budget vast. Een en ander vereist onder meer een goede gemeentelijke interne overleg- en communicatiestructuur, alsmede vaktechnische (product-) expertise.

Voorts is het in deze fase van belang aandacht te besteden aan de politiek-bestuurlijke beleidsmotieven, de interne bevoegdheidstoedeling en de financiële, personele, organisatorische, juridische (denk bijvoorbeeld aan: Gemeentewet, Wet FIDO, Europees (aanbestedings-) recht, staatssteun etc.) en fiscale aspecten en consequenties van het contract. Dit vraagt om een goede coördinatie en communicatie tussen de betrokken afdelingen en eventuele adviseurs, alsmede een goed besef van de eigen gemeentelijke expertise.

Daarnaast dient anticiperend te

worden omgegaan met mogelijke contractswensen en/of (specifieke) gebruiken van een toekomstige wederpartij. Ook dienen eventuele risico's en valkuilen geïnventariseerd te worden. Op voorhand dient hierbij stelling te worden ingenomen en/of dienen oplossingen en alternatieven te worden aangedragen. Voorts dient een gemeente te bepalen hoe hetgeen zij van de wederpartij verlangt, feitelijk 'aanbesteed' zal, dan wel dient te worden. Een en ander vergt onder meer analytisch inzicht en specifieke markt- en productkennis.

Gemeentelijke aandachtspunten in de initiatiefase bij 'uitbesteden' betreffen bijvoorbeeld:

- Het opmaken van een goed bestek, programma van eisen of opdrachtbeschrijving. *Wat willen wij als gemeente precies inkopen?*
- Een gedegen budget- en kostenraming. *Wat wensen wij en kunnen wij als gemeente maximaal uitgeven voor hetgeen wij wensen in te kopen?*
- Een verantwoorde selectiemethodiek van een opdrachtnemer. *Wat verwachten wij (minimaal) van een opdrachtnemer?*
- Een weloverdachte gunningsmethodiek. *Wij kiezen voor die opdrachtnemer vanwege < >.*
- Een vooraf wel overdachte risico-inschatting en risico-allocatie. *Deze risico's nemen wij als gemeente, deze leggen wij (contractueel) sowieso bij de opdrachtnemer.*
- Te formuleren (serieuze) prikkels in het op te stellen contract met de opdrachtnemer. *Hoe houden wij (gedurende het de looptijd van het contract) de opdrachtnemer aan zijn offerte (aanbieding/inschrijving)?*

Bij de verschijningsvorm *verzelfstandigen* bepaalt de gemeente in deze fase onder meer:

- De (statutaire) invloed die de gemeente op de verzelfstandigde entiteit wenst te behouden.
- De maximale financiële gemeentelijke betrokkenheid bij de verzelfstandigde entiteit.
- De activa (en eventueel de passiva) die in eigendom (kunnen) overgaan op de verzelfstandigde entiteit.
- De positie van het personeel (dat eventueel over moet naar de verzelfstandigde entiteit).
- De fiscale consequenties van de verzelfstandiging.
- De aanbestedingsrechtelijke aspecten van de verzelfstandiging.
- De concrete prestaties die (blijvend)



verlangd worden van de verzelfstandigde entiteit en de meetpunten (indicatoren) daartoe.

Gemeentelijke aandachtspunten in de initiatiefase bij de verschijningsvorm *afstoten* zijn bijvoorbeeld:

- Het vaststellen van de verkoopprijs van/voor de gemeentelijke voorziening.
- Het vaststellen van de zogenaamde doelgroepenbepaling(en) (bijv.: de hoogte van de tarieven, de openingstijden, en het gebruik door belanghebbenden (doelgroepen) etc.).
- De concrete (overige) prestaties die (blijvend) verlangd worden van de wederpartij en de meetpunten (indicatoren) daartoe.
- Het vaststellen van instandhoudingsverplichtingen voor de wederpartij met betrekking tot de voorziening.
- De verslaglegging jegens gemeente (omtrent de verplichtingen van de wederpartij jegens de gemeente).
- De condities en randvoorwaarden omtrent de overname van personeel.

### ***De contractfase***

De contractfase kan worden onderscheiden in:

- Een aanbestedingsfase.
- Een contractvaststellingsfase.

In de *aanbestedingsfase* vindt het eerste verkennende contact met de potentiële contractspartij plaats. Bij de verschijningsvorm *uitbesteden* wordt het te volgen aanbestedingsproces doorlopen en vinden eventueel reeds onderhandelingen tussen partijen plaats. Bij *verzelfstandigen* is de contractspartij natuurlijk bekend; de verzelfstandigde entiteit. De 'onderhandelingen' kunnen feitelijk op intern gemeentelijk niveau plaatsvinden. Bij de verschijningsvorm *afstoten* zal veelal ook een vorm van selectie, of eventueel aanbesteding, plaatsvinden. Daarop volgend zullen eveneens onderhandelingen plaatsvinden.

Tijdens de onderhandelingen met de wederpartij is het van groot belang zorgvuldig vast te houden aan de in de initiatiefase gemaakte keuzes, uitgangspunten en (rand-)voorwaarden ten aanzien van de privatisering.

In de *contractvaststellingsfase* wordt het contract met de wederpartij definitief uitgewerkt, opgesteld en tussen partij en vastgelegd.

Aandachtspunten bij het opstellen van een contract zijn onder meer:

- Het duidelijk vastleggen van prestatie-afspraken met de wederpartij en de formulering van prestatie-indicatoren.
- Een heldere en eenduidige formulering van contractsbepalingen (de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen), bijvoorbeeld door het werken met definities en begrippen in en bijlagen bij het contract.
- Het vasthouden aan eerder vastgestelde uitgangspunten en (rand-)voorwaarden.
- De eventueel geldende specifieke wettelijke bepalingen.
- De vastlegging van de gewenste risico-allocatie tussen partijen.
- De vastlegging van de sanctie- en beëindigingsbepalingen in het contract.
- Het inspelen op (eventuele) toekomstige (onverhoopte) gebeurtenissen.
- Het eventueel inschakelen van externe adviseurs.

### ***De uitvoeringsfase***

In deze fase, die aanvangt bij de in-

gangsdatum van het contract, dient een gemeente nauwkeurig na te gaan of en hoe het contract door de wederpartij wordt nageleefd. Een en ander kan bijvoorbeeld zijn uitwerking vinden in het kader van 'juridische kwaliteitszorg'.

Aandachtspunten in deze fase zijn bijvoorbeeld:

- De controle op de nakoming, coördinatie en het beheer van het contract.
- De communicatie met de wederpartij.
- De systeemregistratie van het contract.
- De decentrale en centrale organisatieoedeling(en) met betrekking tot de uitvoering van het contract..
- Het concrete risico-management ten aanzien van het contract.
- Het tijdig reclameren bij de wederpartij wanneer er sprake is van (drievoudige) niet-nakoming.
- Het tijdig benutten van de sanctie- en beëindigingsmogelijkheden van het contract.

Als het goed is, heeft de gemeente in de initiatief- en contractfase van de totstandkoming van het contract met een vooruitziende – op de uitvoeringsfase gerichte – bril exact bepaald en vastgelegd:

- Wat ze met de privatisering wil bereiken.
- Wat haar invloed is en blijft ten aanzien van de geprivatiseerde voorziening.
- Welke prestaties van de wederpartij blijvend verlangd kunnen en mogen worden.
- Wat de prestatie-meetpunten concreet inhouden.
- Wat de sanctie-mogelijkheden betreffen bij niet-naleving van het contract.

De kans is dan ook groot dat de uitvoeringsfase van het contract – feitelijk de privatisering zelf – met een gerust hart kan worden ingegaan. De gemeentelijke belangen zijn immers gewaarborgd en de kans op teleurstelling is in beginsel tot een minimum beperkt. Met recht kan gesteld worden: *Succesvol privatiseren is feitelijk een kwestie van zakelijk en vooruitziend contracteren.*