

OVERHEID, SCHAARSTE EN COMPETITIE

Notitie voor Rondetafelbijeenkomst NILG op 9 september 2010

Chris Jansen (VU) & Frank van Ommeren (VU)

1. Beschrijving van het fenomeen

Het is nog niet zo heel lang geleden dat de overheid een lucratieve vergunning of opdracht kon verlenen aan een goede bekende van het bestuur, louter en alleen omdat de betrokkene formeel aan de wettelijke verleningsvereisten voldeed en er al jaren goede zaken met hem werden gedaan. De tijd dat de overheid vrijelijk allerlei rechten en gunsten kon uitdelen zonder zich af te vragen of bij de toekenning rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat er mogelijk ook andere gegadigden zijn, lijkt evenwel mede door Europese invloeden – grotendeels – voorbij.

De *overheid* creëert, deelt toe en verdeelt allerlei verschillende soorten op geld waardeerbare *exclusieve rechten*. Voorbeelden zijn vergunningen, concessies, subsidies, milieu-emissierechten, ontwikkelingsrechten (in de ruimtelijke ordening), melk- of visquota, gewone overheidsopdrachten en overheidsopdrachten in het kader van een bijzondere wet, bijvoorbeeld de Wet personenvervoer 2000, de Wet maatschappelijke ondersteuning, etc. Het exclusieve recht kan een publiekrechtelijk of een privaatrechtelijk karakter hebben, bijv. het recht om een weg aan te leggen of een bepaalde dienst te verrichten. De toekenning van sommige van die rechten is soms in hoge mate gereguleerd, bijvoorbeeld de aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten, in andere gevallen is daarvan veel minder sprake.

Een eigenschap die veel van dit soort exclusieve rechten gemeenschappelijk kunnen hebben, is dat zij *schaars* zijn: er zijn meer aanvragers dan beschikbare rechten. Schaarse rechten staan in toenemende mate in de belangstelling van de juridische praktijk en wetenschap. Het blijkt dat de verdeling van deze rechten aanleiding geeft tot nieuwe vragen waarop het 'klassieke' privaatrecht of bestuursrecht geen of onvoldoende antwoord geeft. De conclusie lijkt zelfs gerechtvaardigd dat het recht op een aantal punten onvoldoende is toegesneden op de verdeling van schaarse rechten.

Aan de overheid staan voor de initiële verdeling (men zegt wel: de primaire markt) uiteenlopende *verdelingsmechanismen* ter beschikking, zoals de methode van aanbesteding, de veilingmethode, de methode van wie het eerst komt het eerst maalt, enz. Maar daarbij blijft het veelal niet. Bijzondere aandacht verdient ook de *overdraagbaarheid* van de rechten aan derdeverkrijgers (de zogeheten secundaire markt). Het stimuleren van verhandelbare rechten berust op veronderstellingen over de gunstige gevolgen van een overheid op afstand en van het stimuleren van marktwerking.

De wetgever maakt van deze, op marktwerking, gebaseerde technieken gebruik om bepaalde publieke doelen te bereiken zonder dat het openbaar bestuur zelfs rechtstreeks hoeft in te grijpen. Het gebruik van deze verdelingstechnieken past, zo beschouwd, bij het concept van het '*de overheid op afstand*'; het streven is hier met minder (directe) overheidssturing de markt zijn werk te laten doen.

2. Spanningsveld tussen relevante publieke en private belangen

De verdelingsprocedures kunnen gericht zijn op een groot aantal publieke belangen: te denken valt aan het bevorderen van de maatschappelijke welvaart door te streven naar economisch efficiënte, het oproepen van gezonde en eerlijke mededinging en/of duurzame en tot (technische) innovatie leidende uitkomsten van procedures (nut en noodzaak van verdeling), het milieubelang, non-discriminatie naar nationaliteit enz. Naast deze primaire doeleinden zijn er publieke belangen die een grote rol kunnen spelen ter waarborging van het verdelingsproces. Deze laatste publieke belangen functioneren als procedurele

randvoorwaarden bij de inrichting van het toe- en verdeelproces. Te denken valt aan door het creëren van een 'level playing field', gelijke kansen en transparantie of doorzichtigheid enz.

De private belangen betreffen primair de individuele vermogensbelangen van de bij de creatie, toe- en verdeling betrokken burgers en ondernemingen, maar er kunnen ook andere belangen toe worden gerekend.

Gegeven deze publieke en private belangen moeten bij de keuze, inrichting en afwikkeling van de verdelingsprocedure beslissingen door de overheid worden genomen die aan beide typen belangen tegemoet komen of die, gegeven de private belangen van deelnemers aan de procedure, toch de realisatie van de publieke belangen kunnen verzekeren.

Inrichting en afwikkeling van procedures met het oog op het daarmee gemoeide publieke belang (zorgen voor level playing field, etc.) kan zowel ten koste gaan van andere publieke belangen (een doelmatige procedure) als van de private belangen van de deelnemers aan een procedure.

Omgekeerd kan meer focus op het belang van een doelmatige procedure (waarvoor vaak ook meer 'flexibiliteit' en beleidsvrijheid nodig is aan de kant van de overheid) er weer toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan het level playing field-belang.

Dwingendrechtelijke regulering van het bijzondere procedurerecht geschiedt niet uitsluitend met het oog op het in balans brengen van bovengenoemde belangen, als wel met het oog op het borgen van het – complexe, uit meerdere (mogelijk tegenstrijdige) onderdelen samengestelde – publieke belang. Mede daardoor rijzen er tal van onderzoeksvragen.

3. Belangen in balans brengen met behulp van het recht: onderzoeksvragen

Het onderzoek op dit terrein vraagt om beantwoording van een groot aantal onderzoeksvragen. Zonder volledigheid te betrachten volgt hier een opsomming. Omwille van de overzichtelijkheid zijn ze geclusterd in een aantal relevante thema's.

I. Thema: schaarste

1. Mag het aantal te verlenen rechten worden beperkt? M.a.w. is het de overheid geoorloofd een plafond te stellen en hoe kan dat gebeuren?
2. Welke soorten rechten zijn schaars of kunnen naar hun aard schaars zijn?

II. Thema: verdelingsmethoden & overdraagbaarheid

3. Op welke wijze kunnen de schaarse rechten worden verdeeld? M.a.w. welke soorten verdelingsprocedures zijn er en hoe werken die?
4. Wat is een juridisch relevante categorisering van verdelingsmethoden? In hoeverre kennen deze verdelingsmethoden een competitie- / mededingingselement?
5. Is de overheid verplicht ingeval van schaarste meer dan één burger of onderneming in de gelegenheid te stellen het schaarse recht te bemachtigen?
6. In hoeverre zijn de rechten, na de initiële toekenning, overdraagbaar aan derden?

III. Thema: toepasselijke rechtsnormen / rechtsgebieden

7. Welke rechtsnormen zijn op de verdelingsprocedure en de eventuele overdracht van toepassing?
8. Wat is de betekenis van het algemene bestuursrecht?
9. In hoeverre krijgen bekende publiekrechtelijke rechtsnormen, zoals het gelijkheidsbeginsel, op dit terrein een andere inhoud?
10. Hoe werkt het gereguleerde procedurerecht door in het verbintenissenrecht, in het geval dat dat op de rechtsverhouding tussen overheid en burger van toepassing is?
11. Wat is de betekenis van het EG-recht en meer in het bijzonder van het (Europese) aanbestedingsrecht?
12. Vervaaft het onderscheid tussen het (private) aanbestedingsrecht en het (publieke) bestuursrecht bij schaarse publieke rechten, mede in het licht van EG-recht?

IV. Thema: rechtsbescherming

13. Er rijzen vragen van rechtsmachtverdeling. Hoe is de verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter in deze? Beide kunnen immers bevoegd zijn.
14. Is de bestuursrechter, gezien het besluitmodel en de uitspraak bevoegdheden, eigenlijk wel in staat om met deze problematiek om te gaan?
15. De burgerlijke rechter oordeelt bij ons over aanbestedingen, in hoeverre ligt dat wel voor de hand, in andere lid-staten is dat anders.
16. Europese rechter: invloed, activisme op dit terrein; ontwikkelen nieuwe rechtsbeginselen enz.

V. Thema: aansprakelijkheid

17. In hoeverre moet de overheid nadeel compenseren, bijvoorbeeld voor het niet opnieuw verlenen van een vergunning (schade: verlies goodwill)?
18. Vele andere aansprakelijkheidsvragen

4. ‘Vertaling’ naar generieke thema’s

Het onderzoeksterrein van overheid, schaarste en competitie houdt nauw verband met de twee generieke onderzoeksthema’s van het NILG. Het levert allereerst een bijdrage aan het denken over de *Regulatory State* of de *New Regulatory State*, doordat de verdelingstechnieken waarvan hier gebruik wordt gemaakt, gelden als alternatieve reguleringsmethoden, waarop de *Regulatory State* primair is gericht. Met andere woorden het gebruikmaken van schaarste als *alternatief reguleringsinstrument* wordt beschouwd als een alternatief voor de zogeheten ‘command and control’-regulering.

Daarbij is interessant dat als gevolg van de beperkte doelstelling van het bijzondere procedurerecht bepaalde ‘spanningen’ tussen belangen niet worden opgeheven. Met name het belang van doelmatige procedure staat onder druk en vraagt om ‘bijsturing’ van gedrag parallel aan de aansturing van gedrag op het creëren van level playing field. Bijsturing geschiedt door middel van niet-bindende ‘leidraden’, ‘protocollen’ etc., die laten zien hoe de procedure enerzijds juridisch goed wordt ingericht en afgewikkeld en dat anderzijds met die procedure een zo doelmatig mogelijk resultaat wordt bereikt.

Ook is dit onderzoeksveld bij uitstek in staat de problematiek van de verhouding tussen *rechter en wetgever* (ook een bekend item van de *Regulatory State*) te illustreren: in hoeverre is bijvoorbeeld de vraag of een bepaald recht op competitie wijze moet worden verdeeld een door de wetgever dan wel door de rechter te beantwoorden vraag? M.a.w. waar komen de normen aan de hand waarvan deze vraag moet worden beoordeeld, vandaan: wat is de bron?

Dit onderzoeksterrein past ook goed in de governance benadering, waarvoor wezenlijk is dat een minder scherp onderscheid wordt gemaakt tussen staat en openbaar bestuur enerzijds en bestuurden, burgers en ondernemingen, anderzijds en waarin ook de laatsten worden geacht op een behoorlijke manier te besturen. De vraag die in deze benadering bijvoorbeeld rijst is in hoeverre ook commerciële ondernemingen zich kunnen of behoren te bedienen van de aanbestedingsmechanismen die oorspronkelijk uitsluitend voor de overheid (de aanbestedende dienst in de zin van het Unierecht) waren bedoeld.

Voorts levert dit onderzoek een wezenlijke bijdrage aan het generieke onderzoeksthema *De verhouding tussen publieke en private belangen in het recht*. Als gevolg van de naast elkaar bestaande regelsystemen – met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond / regels met een procedureel karakter en vermogensrechtelijke regels – die de rechtsverhouding tussen overheid en proceduredeelnemers beheersen, rijzen veel wisselwerkingsvragen (zoals hierboven al bleek).

De onderzoeksbijdrage heeft betrekking op vragen als:

- Waarvoor staat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht eigenlijk nog?
- Wat is in dat licht bezien de functie van het privaatrecht: een rechtvaardiger samenleving?

- In hoeverre staan publiek- en privaatrecht dan nog voor eigen belangen en eigen normen?
- Is het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht door de steeds grotere verwevenheid van publieke en private belangen in het recht niet achterhaald en op zijn retour of zijn er juist aanwijzingen dat het onderscheid weer aan relevantie toeneemt?
- Wat is de invloed van Europese normstelling bij de beantwoording van bovengenoemde vragen?
- Hoe beïnvloedt de regulering van publieke belangen het privaatrecht?

Dit laatste is tevens het centrale thema van het NILG-jaarcongres 2010: het publieke van het private.

5. Onderzoeksgroep

Een en ander wordt weerspiegelt in de uiteenlopende achtergrond van de onderzoekers. Een groep onderzoekers aan de VU (deelprogramma) verricht naar dit verschijnsel – overheid, schaarste en competitie – juridisch onderzoek, in samenwerking met een aantal andere geïnteresseerden van verschillende universiteiten. Het gaat daarbij om een samenstel van civilisten, bestuursrecht- (algemeen en bijzonder bestuursrecht, zoals milieu- of ruimtelijk ordeningsrecht), Europees recht- deskundigen en aanbestedingsrecht deskundigen.

6. Enige publicaties

- M.R. Botman, *De Dienstenwet: dekt de vlag de lading? Pleidooi voor verdere omzetting van de Dienstenrichtlijn*, *NTER* 2010, nr. 4, p. 109-116.
- M.A.M. Dieperink, *Verhandelbare ontwikkelingsrechten, Grondbeleidsinstrument voor baatafoming en verevening*, diss. VU 2010.
- C.E.C. Jansen, *'De aanbestedingsovereenkomst. Aanbesteden in verbintenisrechtelijk perspectief'*. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, SDU 2009, Den Haag, 147 p.
- C.E.C. Jansen, *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009*, CROW 2009, Ede, 407 p.
- C.E.C. Jansen, 'Uitleg in aanbestedingsverhoudingen', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2008/190, p. 1021-1030.
- C.E.C. Jansen, 'Wisselwerking tussen aanbestedingsrecht en verbintenissenrecht', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2008, p. 526-540.
- E.R. Manunza, Alle aanbestedingen zijn insterstatelijk, in: E. Manunza & L. Senden (red.), *De EU: de insterstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen 2007, p. 71-89.
- E.R. Manunza, 'Nieuwe aanbestedingswet: een gemiste kans voor een betere ordening van de markt voor overheidsopdrachten', *Nederlands Juristenblad* 2010 (te verschijnen).
- S. Mutluer en C.E.C. Jansen, Mogelijke contractenrechtelijke remedies ter correctie van het machtsoverwicht van aanbesteders, *NTBR* (2007) 23, p. 186 e.v.
- S. Mutluer, Onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen en het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW, *Contracteren* (te verschijnen: 2010).
- A.R. Neerhof & M.G.W.M. Peeters, *Mijnwater en CO2 besparing: op zoek naar mogelijkheden voor verzilvering*. Maastricht: Universiteit Maastricht 2008, METRO, pp. 66.

- F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, oratie VU, Deventer 2004.
- F.J. van Ommeren, Uit-, aan- en inbesteden in het publiek- en privaatrecht. De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen, *Gst.* 2007, nr. 7266, 7, p. 29-37.
- F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, (te verschijnen 2010).
- A. Overbeeke & C.J. Wolswinkel, Velen zijn geroepen, maar weinigen uitverkoren. Zendtijdverdeling onder kerken en geestelijke genootschappen in de Mediawet 2008, *Mediaforum* 2009, p. 310-323.
- E. Steyger, Over boeken, procedures en onbehagen: Aanbestedingsrecht in het onderwijs, *School en Wet*, 2008 nr. 4, p. 5-10.
- E. Steyger, Beroepstermijnen aanbestedingsrecht en het effectiviteitsbeginsel, *NTER* 2010, p. 195-200.
- J. Struiksma & M.A.M. Dieperink, De schaarsheid van verhandelbare ontwikkelrechten, in: *Schaarse publieke rechten*, (te verschijnen 2010).
- C.J. Wolswinkel, 'De classificatie van verdelingsprocedures voor radiofrequenties in de Telecommunicatiewet: pleidooi voor een materiële benadering', *Mediaforum* 2009, p. 42-51.
- C.J. Wolswinkel, 'The Allocation of a Limited Number of Authorisations; Some General Requirements from European Law', *Review of European Administrative Law* 2009/2, p. 61-104.