

Van belemmeringen naar kansen: Europees recht beleidsmatig benaderd

prof. mr. A. Gerbrandy en mr. W.A. Janssen¹

1. Inleiding

In het Tijdschrift voor Staatssteun heeft Bart Hessel regelmatig gepubliceerd, over – natuurlijk – staatssteun, vooral in relatie tot decentrale overheden.² Dat paste bij de leerstoel die hij aan de Universiteit Utrecht bekleedde tot aan zijn emeritaat: Europees recht en decentrale overheden. Uit die titel blijkt direct al dat de belangstelling van Bart Hessel zich niet beperkt tot het staatssteunrecht. Integendeel: heel het Europese recht, bezien vanuit het perspectief van het effect daarvan op, en gebruikmaken daarvan door, decentrale overheden, kan op zijn belangstelling rekenen. Daarbij groeide de overtuiging dat het Europese recht, dat vaak als lastig of vervelend wordt ervaren en als belemmering van de uitvoering van plannen, juist kansen biedt aan decentrale overheden.³ Met zijn publicaties en in zijn contacten tracht Bart Hessel te bewerkstelligen dat decentrale overheden zullen inzien dat zij de ruimte van het Europese recht juist kunnen benutten: het Europese recht staat niet recht tegenover de decentrale overheden. Om van die kansen echter gebruik te kunnen maken is het wel nodig dat er voldoende kennis is, zowel bij de decentrale

overheden zelf als bij instellingen zoals het Kenniscentrum Europa decentraal en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten. Deze brede blik maakt dat het werk van Bart Hessel van grote betekenis blijft. Daarom staan wij bij die benadering, waarbij de keuzemogelijkheden voorop staan, en niet de belemmeringen van het Europese recht, in deze bijdrage kort stil.

2. Fundamentele keuzes

Decentrale overheden, net als de centrale overheid, treden op in het algemeen belang.⁴ Hoewel dergelijke algemene, publieke belangen lastig te definiëren zijn en de noodzakelijke beleidskeuzes die daaruit volgen zowaar nog moeilijker te nemen zijn, blijft het uitgangspunt dat slechts daarin een reden voor handelen van de overheid is gelegen. Dat betekent niet dat overheden niet gevoelig zouden kunnen zijn voor (vergaand) lobbyïsme, maar dat voorbeelden van 'capture' – waar de overheid 'gevangen' wordt genomen door zich de belangen van private partijen eigen te maken – als anomalie en als onwenselijk worden beschouwd. Daar staat het traditionele uitgangspunt tegenover dat van private partijen wordt verwacht dat zij met name in het eigen, private, belang handelen. Zij functioneren in het marktdomein. Naast deze twee partijen fungeert het maatschappelijk midden als ruimte waarin de verschillende belangen eveneens vorm krijgen. Maatschappelijke organisaties vertegenwoordigen over het algemeen een specifiek algemeen belang, maar in gezamenlijkheid is de ruimte van het maatschappelijk midden die waarin de drie partijen met elkaar vorm geven aan de inrichting van de samenleving. Markt en overheid – private en publiek sfeer – hebben derhalve verschillende rollen. Maar die dichotomie tussen de publieke sfeer en de marktsfeer is niet helemaal vastomlijnd en is de afgelopen jaren weer sterk in beweging.⁵ Zo is er soms sprake van een terugtrekkende overheid, die inzet op liberalisering, privatisering en deregulering en meer

1. Anna Gerbrandy is hoogleraar Mededingingsrecht aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht. Willem Janssen is docent Economisch Publiekrecht bij dezelfde universiteit en tevens verbonden als onderzoeker aan het Public Procurement Research Centre (PPRC). De auteurs bedanken Guus Visman voor zijn ondersteuning bij de totstandkoming van dit artikel.

2. B. Hessel, 'Geïntegreerde gebiedsontwikkeling als mogelijkheid om staatssteun te voorkomen', *Tijdschrift voor Staatssteun*, 2017, nr. 1, pp. 3-4. B. Hessel, 'Enkele gedachten over de verfijnde economische benadering van staatssteun en de sociale markteconomie van de EU', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2016, nr. 1, pp. 5-14.

3. Zie met name B. Hessel & A. Gerbrandy, *Mededingingsrecht voor decentrale overheden, in hun rollen als onderneming en als overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2004. B. Hessel (et al.), *Pluk de vruchten van de interne markt*, Nijmegen: Sdu Uitgeverij 2011. B. Hessel et al., *De Europese staatssteunregels 2015, een handleiding voor het benutten van de beleidskansen*, Nijmegen: Juridische Uitgeverij Ars Aequi 2015. B. Hessel et al., *Het recht van de EU voor decentrale overheden*, Nijmegen: Juridische Uitgeverij Ars Aequi 2016.

4. Zie ook WRR-rapport, Het borgen van publiek belang, 2000.

5. A. Gerbrandy, 'Toekomstbestendig mededingingsrecht', *Markt & Mededinging*, 2016, nr. 3, p. 103.

ruimte laat voor het marktdomein. Door privatisering en marktwerking wordt ruimte gegeven aan ondernemingen om (mede) in het publiek belang te handelen. In zijn proefschrift besteedde Bart Hessel al aandacht aan het fenomeen van maatschappelijk verantwoord ondernemen.⁶ De nadruk op de ruimere verantwoordelijkheden van ondernemingen is sindsdien alleen nog maar versterkt. Zo staan sociale ondernemingen momenteel volop in de belangstelling. Interessant is dat in de Nederlandse context het maatschappelijk verantwoord ondernemen ook wel wordt gevoed door de overheid zelf: zie bijvoorbeeld de convenanten die worden afgesloten tussen de overheid en verschillende sectoren over internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen en het beschermen van fundamentele rechten in een internationale verticale handelsketen.⁷ Maar in andere sectoren staat juist privatisering en de (verdere) invoering van marktwerking onder druk, zoals in de zorgsector, bij de woningbouwverenigingen, en bij de inrichting van het vervoer over het spoor. Bovendien trekt de overheid ook weer andere, vooral uitvoerende taken zoals beveiliging en schoonmaakdiensten, naar zich toe, in plaats van marktpartijen te contracteren.⁸ In dit geheel van markt, overheid en maatschappelijk midden – en de vraag waar vorm gegeven wordt aan het publiek belang – is tenslotte noemenswaardig de ontwikkeling waarbij steeds meer de nadruk komt te liggen bij de uitvoering van taken door burgercollectieven in het kader van de participatiemaatschappij. Vooral op decentraal niveau is dit zichtbaar. Steeds meer gemeenten bieden ruimte aan burgers om aan te geven dat zij zelf in plaats van de overheid een taak willen uitvoeren (het zogeheten ‘right to challenge’).⁹ Dit alles overziend is er dus sprake van een kleurrijk pallet aan instituties die verantwoordelijk zijn, worden gemaakt, of willen zijn voor taken in onze samenleving. Vanuit de economische wetenschap wordt duidelijk dat een van de fundamentele vragen van economische ordening is wie goederen en diensten aanbiedt. De welbekende ideale ordeningstypes geven hierop een antwoord: dat kan worden overgelaten aan de markt (een markteconomie), aan de staat (een geleide plan-economie) of aan een tussenvorm (een ‘mixed economy’). Aangezien in Nederland, zoals in vrijwel de meeste landen, van een dergelijke mengvorm sprake is, bewegen ook decentrale overheden,

als zij keuzes maken over het verlenen van goederen en diensten, zich in de ruimte die dan overblijft. Die is groot; maar het uitgangspunt blijft dat de overheid handelt in het publiek belang. Als de overheid een publiek belang identificeert en daartoe wil handelen – het maakt op dit vrij abstracte niveau niet zo veel uit waar het om gaat: zorgen dat de woningvoorraad op orde is, dat er openbaar vervoer is, dat er sportvoorzieningen zijn, scholing voor nieuwkomers wordt aangeboden, de straatverlichting goed werkt, dat er een goed lopende vuilnisophaaldienst is of jeugdzorg wordt aangeboden – heeft de overheid altijd keuzes. Binnen de door de centrale overheid gestelde randvoorwaarden (en de voorwaarden uit het staats- en bestuursrecht; ook daarvoor had Bart Hessel al vroeg een scherp oog) gaat het daarbij om te kiezen voor een punt op de lijn tussen het handelen geheel in de publieke sfeer te houden, of het geheel overlaten aan de markt. De overheid kan het *zelf* doen (daaronder valt ook de mogelijkheid voor overheden om onderling samen te werken), ze kan er voor kiezen *niets* te doen, omdat er vertrouwen is in markttuitkomsten, maar de overheid kan het ook aan *anderen* opdragen.¹⁰ Deze fundamentele keuze betreft dus enerzijds de vraag of het handelen in het publiek belang is en welk publiek belang dat precies betreft, en ten tweede hoe dat vervolgens vorm te geven.¹¹ Het is de stellige overtuiging van Bart Hessel dat in met name de tweede stap – hoe geef ik het vorm – het Europese recht een leidraad vol met kansen voor het maken van beleidskeuzes kan bieden.

3. Europees marktrecht

De keuzes van decentrale overheden worden mede ingekleurd door het Europese marktrecht. Dat omvat twee grote bouwstenen: het internemarktrecht, waaronder de bepalingen van vrij verkeer en meer specifiek het aanbestedingsrecht, en het mededingingsrecht, met bepalingen omtrent concurrentie tussen ondernemingen. Beide bouwstenen zijn van belang wanneer keuzes worden gemaakt omtrent de fundamentele vraag van economische ordening. Het Europese recht zegt echter verder weinig over de *richting* van die keuze. Er zijn slechts enkele principes. Belangrijke principes van het marktrecht, zijn enerzijds dat er een ‘level playing field’ moet zijn, of moet worden gecreëerd (binnen de interne markt), en anderzijds het non-discriminatie beginsel. Toegang tot de markt moet mogelijk

6. B. Hessel, *Rechtsstaat en economische politiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987.

7. Zie deze website voor een overzicht: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationaal-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen-imvo/imvo-convenanten>.

8. Zie bijvoorbeeld de Kamerbrief betreffende de uitwerking inbesteding schoonmaakwerkzaamheden, 23 juni 2014.

9. Zie bijvoorbeeld het ‘bewonersbod’ van de Gemeente Utrecht. Meer informatie via <https://www.utrecht.nl/bestuur-en-organisatie/initiatief-en-invloed/uw-initiatief/geld/bewonersbod/> (laatst geraadpleegd: 2 maart 2018).

10. Zie voor deze keuze binnen het aanbestedingsrecht, E.R. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, in J.M. Hebly, E. Manunza & M. Scheltema (eds.), *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, pp. 49-123.

11. Er zijn allerlei limiterende elementen: de taken die aan decentrale overheden zijn opgelegd, financiële randvoorwaarden etc.

zijn, ook voor aanbieders uit andere lidstaten. Het Europese recht is verder neutraal ten aanzien van publieke ondernemingen (art. 345 VWEU), maar is natuurlijk wel gegrondvest in een 'markteconomie, met vrije mededinging' (art. 119 lid 1 VWEU). De ruimte van lokale en regionale overheden om zichzelf te organiseren is overigens sinds het Verdrag van Lissabon expliciet vastgelegd in primair recht (art. 4 lid 2 VWEU). Dit betekent dat het Verdrag de keuze op de lijn tussen (volledige) markt en (volledig) aanbod door de overheid grotendeels vrij laat. Voor sommige sectoren is dat anders. In veel netwerksectoren – energie en telecom voorop – heeft de Europese Unie een proces van liberalisering en introductie van marktwerking ingezet, met gebruikmaking van richtlijnen op basis van de internemarktharmonisatie-bepaling (art. 114 VWEU). Maar over het algemeen laat het Europese recht het voor een groot deel aan de lidstaten over hoe bepaalde sectoren vorm te geven, van gezondheidszorg tot kinderopvang, sportvoorziening en onderwijs.

Die ruimte geldt in principe eveneens voor de vaststelling van wat in het publiek belang is. Hoewel de Europese Unie is gegrond op een markteconomie, is dat wel een 'sociale markteconomie' (art. 3 VEU). Daarbinnen wordt de waarde van publieke diensten en voorzieningen – diensten van algemeen economisch belang – expliciet erkend. Zo bepaalt art. 14 VWEU dat '...gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, (...), zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en, met name economische en financiële, voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen'.¹² Het begrip 'dienst van algemeen (economisch) belang' heeft vervolgens invulling gekregen in verschillende documenten van de Commissie.¹³ Toch hebben de lidstaten hierin een zekere ruimte, aangezien wat als publiek belang wordt aangemerkt tussen de lidstaten kan verschillen. Het Hof van Justitie toetst die keuze, die wél expliciet gemaakt moet worden, vervolgens met een zekere afstand.¹⁴ De Europese Unie kenmerkt zich dus door beide elementen in zich te verenigen: marktwerking én bescherming van publieke belangen. Maar als er vervolgens keuzes worden gemaakt, ook op decen-

traal niveau, dán volgt uit het EU-recht een aantal randvoorwaarden.

4. Keuzes en randvoorwaarden

In het vormgeven van het aanbieden van goederen of diensten is – in theorie, althans – een groot aantal keuzes mogelijk. We noemen er een aantal en verwijzen daarbij naar juridische aandachtspunten zonder de intentie te hebben om daarbij volledig te zijn.

De keuze kan zijn om, als decentrale overheid, zelf zorg te dragen voor het aanbieden. Het aanbestedingsrecht is dan bijvoorbeeld niet aan de orde, en vormt dus ook geen belemmering, omdat overheden taken met hun eigen middelen mogen uitvoeren.¹⁵ Over de afbakening van deze mogelijkheid in relatie tot de Staat als uitvoerende partij is wel veel discussie. Het is namelijk de vraag of de Staat binnen de Europese context deelbaar is of niet.¹⁶ Kort gezegd betekent dat, als de Staat niet deelbaar is en dus één aanbestedende dienst is, dan kan een onderdeel van de Staat (zoals een ministerie) taken voor een ander onderdeel van de Staat uitvoeren zonder te voldoen aan de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012.¹⁷ Als de Staat deelbaar is en dus uit meerdere aanbestedende diensten bestaat, dan kunnen er tussen onderdelen van de Staat aanbestedingsverplichtingen bestaan.

Binnen het mededingingsrecht is het daarbij wel van belang om marktactiviteiten van niet-marktactiviteiten te onderscheiden. Bij het (zelf) uitoefenen van een *economische* activiteit, ook al is dat in het algemeen belang, zijn de mededingingsregels van toepassing. De overheid handelt dan als *onderneming*, in de zin van het (Europese) mededingingsrecht. Zij moet zich houden aan de regels van het de Mededingingswet en – indien van toepassing – het Verdrag: het kartelverbod en het verbod op het maken van misbruik van machtspositie zijn daarvan de belangrijkste. Daarnaast zijn de nationale regels van de Wet Markt en Overheid van toepassing. Dit vergt van de overheid dat zij zich aan de vier gedragsregels houdt voor het uitoefenen van economische activiteiten. Zo dienen de *integrale kosten* doorberekend te worden aan de consument, mogen overheidsbedrijven geen *bevoordeling* plegen ten opzichte van de concurrentie (bijvoorbeeld door binnen de overheid lagere tarieven te hanteren), is *gegevensgebruik* uit bestuursrechtelijke activiteiten alleen toegestaan indien deze ook beschikbaar

12. Zie ook Protocol (nr. 26) betreffende de diensten van algemeen belang bij het VWEU en art. 36 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

13. Europese Commissie, *Communication from the Commission, A Quality Framework for Services of General Interest in Europe, Services of General Economic Interest*, 2011.

14. Zie voor een overzicht: EU Commissie, *Werkdocument van de Diensten van de Commissie, Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang*, Brussel, 29.4.2013 SWD(2013) 53 def/2.

15. HvJEU, 1 januari 2005, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), par. 50.

16. Zie bijvoorbeeld recentelijk Rechtbank Den Haag, 24 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:316 en voor een kort overzicht van de discussie, W.A. Janssen, 'De Inbestedende Staat binnen de Europese Context: (On) deelbaar?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2017, nr. 6, pp. 220-225.

17. Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), *Stb.* 2012, 542.

worden gesteld aan derden, en moeten personen betrokken bij de bestuurlijke rol gescheiden zijn van de bestuursleden voor de economische activiteit de *functiescheiding*.¹⁸

De gedragsregels zijn niet van toepassing als de economische activiteit 'in het algemeen belang' is. Dat betekent dat het vaststellen van wat in het publiek belang (het algemeen belang) is, en welk belang dat is, noodzakelijk is. Uit de evaluatie van deze wet blijkt overigens dat gemeenten dit concept 'algemeen belang' erg ruim lijken te interpreteren. Zo bleek dat 90% van de gemeenten economische activiteiten, zoals de exploitatie van jachthavens en het beheer van sporthallen, uitzonderde van deze gedragsregels op basis van art. 25h in de onderzochte periode.¹⁹ Het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat is inmiddels voornemens om deze voorafgaande algemeen belang toets verder in te vullen.²⁰

Bart Hessel zou hierbij benadrukken dat deze regelgeving niet een hindernis is, voor decentrale overheden, maar inherent aan hun taakuitoefening: zij dienen zich immers steeds af te vragen of hun handelen in het publiek belang is. Dat expliciteren komt transparantie in de afweging van het optreden van de overheid alleen maar ten goede, en het biedt de kans om daarover helderheid te verschaffen.

In het verlengde van uitvoering van een taak door één decentrale overheid ligt de samenwerking tussen meerdere overheden.²¹ Omdat de contractuele relaties tussen overheden ook aanbestedingsplichtig kunnen zijn, zijn er – na jaren van onzekerheid²² – specifieke uitzonderingen opgenomen in de Aanbestedingswet 2012. Als voldaan is aan de genoemde voorwaarden wordt bijvoorbeeld ruimte geboden om samen te werken met een aparte rechtspersoon

(de institutionele uitzondering in art. 2.24a-2.2.24b) of onderling tussen overheden voor 'de openbare diensten die zij moeten uitvoeren' (de non-institutionele uitzondering in art. 2.24c).²³ Ook kan er een exclusief recht worden gegund om dergelijke samenwerking tot stand te brengen zonder in strijd te handelen met een mogelijke aanbestedingsplicht (art. 2.24(a)). Deze uitzonderingen bieden ruimte aan deze erg populaire vorm van taak uitoefening door decentrale overheden.

De decentrale overheid kan – aan de andere kant van het spectrum – ook vaststellen dat er met de uitoefening van de taken geen publiek belang gediend wordt. Of oordelen dat dat publiek belang in voldoende mate wordt behaald, of beschermd, als het aanbieden van die dienst of goed aan de markt wordt overgelaten. De overheid kan ook menen dat het in het publiek belang is dat er méér (of minder) wordt aangeboden, maar het aan de markt overlaten om dat doel te bewerkstelligen. De markt wordt uitgenodigd om tot zelfregulering over te gaan, al dan niet met een lichte *nudge* die uitgaat van de dreiging dat de overheid alsnog regels zou kunnen stellen. Bij zelfregulering dienen de marktpartijen, ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht, de grenzen van het mededingingsrecht (met name art. 6 Mw/art. 101 VWEU) in acht te nemen. De overheid moet oppassen de Europese nuttig effect-regel niet te overtreden: zij mag niet meewerken aan de totstandkoming van een kartel of haar eigen marktregulerende bevoegdheden overdragen aan een marktpartij als dat kan leiden tot de totstandkoming van een kartel (art. 4 lid 3 VEU).²⁴ Een andere optie is om specifieke ondernemingen te belasten met een dienst van algemeen economisch belang, bijvoorbeeld in de vorm van een concessieovereenkomst. Daarbij kan een opdracht worden gegeven om zorg te dragen voor een universele dienstverplichting: de verplichting dat vervoer ook wordt aangeboden in perifere gebieden, of op minde rendabele tijdstippen, bijvoorbeeld. Bij het verlenen van een concessie kan de Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn; bij het opdragen van een dienst van algemeen economisch belang kan art. 106 VWEU in beeld komen. Dat laatste is van toepassing bij het verlenen van een exclusief recht. Zo'n exclusief recht kan noodzakelijk zijn, om de taak (rendabel) te kunnen uitoefenen. De regel van art. 106 VWEU is simpel: het mededingingsrecht is van toepassing. Dat betekent dat de verlening van een exclusief recht niet mag leiden tot misbruik

18. Art. 25 Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiek-rechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid).

19. Ecorys, *Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015*, Rotterdam/Den Haag, 6 augustus 2015, p.

20. De internetconsultatie van de aanstaande wetswijziging sloot op 27 oktober 2017. Zie voor het voorstel: Wijziging van de Mededingingswet in verband met wijziging van de bepalingen over markt en overheid en wijzigingen in het concentratietoezicht, en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

21. Een recente telling laat zien dat gemeenten deelnemen aan gemiddeld 27 samenwerkingsverbanden. F. Theissen, M. Noordink & J. Westerbeek, 'Inventarisatie samenwerkingsverbanden decentrale overheden', *Kennisbank Openbaar Bestuur*, juni 2017.

22. Duidelijkheid moest sinds 1999 komen van de uitspraken van het Hof van Justitie. Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 18 november 1999, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal*); HvJ EU, 9 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:357 (*Commissie/Duitsland*).

23. Voor een overzicht van deze voorwaarden, zie W.A. Janssen, 'De implementatie van de inbestedingsdoctrine in de Nederlandse Rechtsorde', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2015, nr. 3, pp. 134-144.

24. Voorbeelden waarbij vastgesteld werd dat de decentrale overheid deze regel had overtreden biedt de zaak van de Heeswijkse Kampen. ACM, Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van het bezwaar van Nederzand B.V. en zeven zandwinbedrijven gericht tegen zijn besluit van 13 augustus 1999, met kenmerk 620/21, 21 augustus 2001.

van een machtspositie. De jurisprudentie hierover is niet eenduidig, wat het lastig kan maken voor de overheid om vast te stellen of dat het geval is. Maar art. 106 (2) VWEU biedt uitkomst: op grond van dat artikel kan het exclusief gerechtvaardigd zijn, indien het nodig is om de dienst van algemeen economisch belang te kunnen uitoefenen. Zo werd bijvoorbeeld het exclusieve recht dat een gemeente verleende aan drie bedrijven voor de verwerking van bouw- en wegafval rechtvaardig geacht door het Hof.²⁵

Maar de overheid heeft nog meer mogelijkheden: de taak kan worden uitgeoefend door een marktpartij, maar wanneer dat niet onder normale marktomstandigheden kan, kan de overheid subsidie verlenen. Lezers van dit blad weten dat dan sprake kan zijn van staatssteun, die wellicht aangemeld moet worden – we laten dat derhalve hier verder buiten beschouwing. Wat ook voorkomt is dat de publieke taak wordt opgedragen aan een bepaalde onderneming, maar dat die wordt gefinancierd niet door staatssteun te verlenen, maar door een heffing op *alle* marktpartijen, die gezamenlijk de publieke dienst financieren. Ook hier gelden de grenzen van art. 106 (2) VWEU.

Ten slotte heeft de overheid de mogelijkheid het publieke belang bij wet- of regelgeving te beschermen. In plaats van zelfregulering te stimuleren, een publieke taak aan een specifieke onderneming opleggen, staatssteun te verlenen of een exclusief recht, kan wetgeving een optie zijn. Voor de decentrale overheid wordt de ruimte daartoe beperkt door staatsrechtelijke beperkingen – en ook van die markt was Bart Hessel thuis, getuige zijn proefschrift – maar ook door het vrij verkeerrecht. De op de verdragsbepalingen, die slechts van toepassing zijn als er sprake is van een grensoverschrijdend effect, gebaseerde secundaire regelgeving kan een zeer verstrekkende invloed hebben (zie ook het artikel van Paul Hogenhuis en Sybe de Vries in dit nummer). Maar ook hier geldt, indien er goede, geëxpliciteerde en gedocumenteerde, redenen zijn, gelegen in het publiek belang zoals dat wordt gedragen door de democratie en gearticuleerd in wet- of regelgeving, er mogelijkheden zijn op grond waarvan belemmeringen zijn uitgezonderd van toepassing van het verbod.

5. Tot slot: beleidsmatige benadering en weging van marktbelang en publiek belang

Binnen de Universiteit Utrecht was Bart Hessel tot zijn emeritaat een bevlogen collega, mentor, en vriend. Zijn brede kennis van de verschillende rechtsterreinen, zijn overtuiging dat juristen die-

nen bij te dragen aan het vormgeven van een goede maatschappij, zijn sociale bevlogenheid en aandacht voor degenen zónder macht, maar ook zijn soms scherpe humor maakt hem nog steeds geliefd. Diezelfde eigenschappen zijn terug te zien in zijn academische werk. Bij Bart Hessel staat aandacht voor de soms complexe positie van decentrale overheden, in het Europese recht al lange tijd voorop. Hij benadrukt dat de Europese marktregels, het vrij verkeerrecht, het aanbestedingsrecht, het staatssteunrecht en het mededingingsrecht, weliswaar grenzen stellen aan overheidshandelen, maar dat er voldoende ruimte is om voor het publiek belang te staan. Over het algemeen dan, want in sommige opzichten is die ruimte, door doorgeschoten marktdenken, volgens hem natuurlijk veel te beperkt. In meer recent werk wijst hij dan ook op de kansen die het begrip 'sociale markteconomie' biedt. Het verheugde hem zeer dat dit concept door de Europese Unie centraal werd geplaatst. Hij roept de Europese en de Nederlandse overheid op dat begrip serieus vorm te geven.²⁶ Daarbij grijpt hij steeds terug op beginselen van de democratische rechtsstaat en beginselen van economisch publiekrecht: vrijheid, gelijkheid én – voor Bart Hessel niet onbelangrijk – solidariteit. Deze wat abstractere bespiegelingen zijn gekoppeld aan een pragmatische benadering van de (on)mogelijkheden van het Europese marktrecht. Decentrale overheden dienen zich steeds bewust te zijn van welke publieke belangen zij voorstaan, wát ze daartoe precies willen doen, en dienen – met de regels van het Europese recht als richtingsborden – keuzes te maken met welk instrument zij dat doel willen bereiken. Daarvoor is kennis nodig van de rechtsregels en hun toepassing, maar ook van hun inbedding in de bredere context van Europese integratie. Maar steeds is aandacht nodig voor de sociale structuur waarin decentrale overheden functioneren, en binnen die structuur voor het voldoende waarborgen van het publiek belang.

25. Het exclusieve recht was beperkt voor de periode van afschrijving van de relevante investeringen: HvJ EU, 23 mei 2000, ECLI:EU:C:2000:279 (*Entrepreneurforeningens Affalds-Miljøsektion (FFAD) Københavns Kommune*).

26. A. Gebrandy & R. Rampersad (eds.), *De sociale markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland. Gedachten over de toekomst vanuit de niet-positivistische driesporen benadering van Bart Hessel*, Den Haag: Boom Uitgevers 2016.