

Een wat minder incoherent rechtsgebied

Elisabetta Manunza

De incoherente wijze waarop de diverse vormen van marktbenadering zijn gereguleerd of juist geen onderwerp van regulering zijn (geweest), heeft mij beziggehouden sinds mijn kennismaking met het aanbestedingsrecht. Een aantal zijn aan de Europese interne marktregels onderworpen, andere ook aan de richtlijnen overheidsopdrachten, nog een categorie valt onder geen van beide. In diverse publicaties heb ik deze onnodige fragmentatie onderzocht en geprobeerd om een meer consistente benadering te vinden.¹ Het afscheid van Jan-Michiel is een uitgelezen kans om daarin een volgende stap te zetten. Het Europeesrechtelijke perspectief dat ik hierna als vertrekpunt voor mijn analyse hanteer, kies ik niet wegens het nut van de liberalisering van een aantal van deze markten voor de Europese economie. Evenmin is de formele voorrang van het Unierecht boven het nationale recht de voornaamste reden voor dit vertrekpunt. Althans niet alleen. De voornaamste reden van dit vertrekpunt vind ik in de *raison d'être* van de Europese Unie zoals vervat in artikel 3, lid 1 VEU: 'De Unie heeft als doel de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen.' Deze bepaling maakt duidelijk dat het interne marktrecht enkel een middel is om dat hogere doel te bereiken en daaraan in wezen ondergeschikt. Dit uitgangspunt opent natuurlijk de weg naar vragen van meer fundamentele aard. Een daarvan – cruciaal voor de behandeling van dit onderwerp – is: welke andere elementen en uitgangspunten spelen dan een rol naast dit interne marktrecht om ten gunste van een competitieve toedeling- en verdeling van overheidseigendom te pleiten? Welke ontwikkeling hebben deze elementen en uitgangspunten ondergaan? Deze laatste vraag is

¹ Onder andere E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2001, Hoofdstuk 6; E. Manunza, 'Lidstaten niet vrij in privatiseringsbeleid. Voert de Europese Gemeenschap een *neutraal* of juist een *liberaliserings*beleid ten aanzien van privatiseringen?', *Tijdschrift Privatisering*, 2001, afl. 4(8), p. 4-8; E. Manunza, 'De zig-zag koers van de EG op het terrein van verzelfstandigingen' in: H.J. de Ru, J.A.F. Peter (red.), *Verzelfstandiging en marktwerking. Stand van zaken en perspectieven*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 109-135; E. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvis voor de Vereniging van Bouwrecht 2010, p. 49-123; E. Manunza, *Over grenzen. Van verplichtingen voor overheden naar rechten voor burgers*, oratie in verkorte versie uitgesproken op 29 september 2010 ter aanvaarding van de leeropdracht Internationaal en Europees aanbestedingsrecht, Universiteit Utrecht.

te meer relevant nu in onze samenleving de laatste jaren een discussie gaande is over het nut van ‘competitie’ als uitgangspunt bij vele activiteiten waar de mens dagelijks aan wordt onderworpen. Niet alleen als basisuitgangspunt van marktwerking (bijvoorbeeld in de zorg) maar ook bijvoorbeeld als leer- en evaluatiemethode in het lager en hoger onderwijs en zelfs in de wetenschap bij de verdeling van onderzoeksfinanciering en als maatstaf ter beoordeling van de *output* van het universitaire wetenschappelijke personeel.

Wetgever én rechter zorgen voor een gelaagde dynamiek via rechtsbeginselen

Het Europees aanbestedingsrecht wordt als relatief nieuw rechtsgebied gekenmerkt door een sterke dynamiek die in de laatste vijftig jaren gezorgd heeft voor een steeds verdergaande expansie van dit rechtsgebied. Steeds meer soorten van marktbenadering door de overheid zijn gaandeweg aan competitieve *toedelings-* en *verdelings*systemen onderworpen. Voor de meeste grotere overheidsaankopen gelden deze competitieverplichtingen op grond van de Europese interne markt *verdrags*regels. Al gauw na de totstandkoming van het Verdrag van Rome werd duidelijk dat de *verdragsverboden* niet voldoende effectief werkten in de markt voor overheidsopdrachten om de risico's tegen te gaan op protectionistisch gedrag van nationale overheden en dus van discriminerende overheidsbeslissingen. De invoering van liberalisatie- en harmonisatierichtlijnen werd noodzakelijk om de lidstaten *te gebieden* de bestaande handelsbelemmeringen actief uit de weg te ruimen. Achtereenvolgens werden leveringen en werken (jaren zeventig), diensten (jaren tachtig), nutssectoren (begin jaren negentig) en in 2009 ook nog opdrachten op defensie- en veiligheidsterrein via richtlijnen opengesteld voor interstatelijke concurrentie. Tegelijk met dit dynamisch *wetgevings*proces voerde de Europese Commissie een beleid gericht op expansie van het Europees recht op dit terrein via een grote productie aan soft-law documenten en inbreukprocedures.² Met het doel om ook opdrachten onder de Europese drempels en concessies voor openbare diensten aan een minimum van liberalisering te onderwerpen stelde zij bij het Hof – met succes – aan de orde de werking van de vrijheden en van de ‘algemene beginselen van gemeenschapsrecht die gelden voor opdrachten voor het verrichten van dergelijke diensten’, transparantie, gelijkheid en non-discriminatie in het bijzonder.³ Vanuit economische doelmatigheidsoverwegingen is het voordeel van deze geleidelijke openstelling immers snel bewezen, gezien de omvang

2 Interpretatieve mededeling EC over opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de werkingssfeer van de richtlijnen overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02); HvJ EG, 26 april 2007, C-195/04, (*Commissie tegen Finland*): strijd met het vrije verkeer van goederen; HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, (*Commissie tegen Ierland*): strijd met vestigingsrecht, vrije verkeer van diensten en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht.

3 HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676, r.o.1 en 14.

van de Europese markt voor overheidsopdrachten van ongeveer 2155 miljard euro (15-18% van het BNP van de Europese Unie).

Dit proces zette door zelfs onder tegenwerking van de nationale overheden die de steeds verdergaande inperking van hun beleidsbeslissingsbevoegdheden op tal van terreinen vreesden.⁴

Het proces geeft goed weer hoe spanningen tussen de Europese en de nationale bevoegdheidssferen in de Europese rechtspraak niet alleen op *wetgevend* niveau ontstaan maar ook hoe ze bij de Europese *rechter* worden uitgevochten. Niet alleen als gevolg van inbreukprocedures van de Europese Commissie maar ook van rechtszaken die op nationaal niveau door particulieren zijn aangespannen bij gebreke van adequate regels en consistent beleid. In een tijdsbestek van meer dan twee decennia zagen we hoe particulieren zich tot de rechter wendden om een competitieve *toedeling*- en *verdeling* op te eisen van opdrachten die niet onder de werkingssfeer van de richtlijnen overheidsopdrachten vielen. De rechter kan rechtsvragen over dergelijke fundamentele kwesties niet een halt toeroepen, maar moet daarop een antwoord geven. Het Hof van Justitie van de EU deed dat door vanaf 1999 steeds meer aanbestedingsverplichtingen te erkennen voor opdrachten die buiten de werkingssfeer van de richtlijnen vielen, zoals opdrachten onder de drempels, openbare dienstenconcessies⁵ en bepaalde vormen van publieke-private samenwerking (PPS).⁶ Het ging hier om soorten opdrachten die sterke gelijkenissen vertoonden met de door de EU gereguleerde vormen daarvan maar die door niet overtuigende argumenten buiten de liberalisering vielen. Het Hof van Justitie nam die verplichtingen aan op grond van de verdragsrechtelijke vrij verkeersbepalingen en de daaruit afgeleide algemene beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie.

Invloed op aanverwante rechtsterreinen

In het economisch publiek recht – waar het Europees aanbestedingsrecht thuis hoort – is de dynamiek per definitie sterk. Maar de hiervoor bedoelde expansie is

4 Bijvoorbeeld Gerecht van Eerste Aanleg, 20 mei 2010 (T-258/06), Duitsland (gesteund door Nederland, Frankrijk, Polen, Griekenland en Oostenrijk, Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland) tegen de mededeling genoemd in noot 2.

5 HvJ EG 18 november 1999, C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567, (*Unitron Scandinavia A/S*), *Jur.* 1999, p. I-8291 eerste toepassing transparantiebeginsel bij concessie voor leveringen. HvJ EG van 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, (*Telaustria*), *Jur.* 2000, p. I-10745. HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*), 171, m.nt. M.R. Mok; HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*), 226, m.nt. M.R. Mok. HvJ EG 13 november 2007, HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*); HvJ EG 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP*); HvJ EU van 6 oktober 2016, C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747 (*Tecnoedi Costruzioni Srl v. Comune di Fossano*).

6 HvJ EG van 15 oktober 2009, C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628 (*Acoset SpA tegen een viertiental overheden*).

zeer ten dele een gevolg van de regelgevende activiteiten van de Europese en nationale wetgevers. Wat opvalt, is de *invloed* op andere publiekrechtelijke en in toenemende mate ook privaatrechtelijke vormen van marktbenadering door de overheid, die strikt genomen niet onder het aanbestedingsrecht vallen omdat er simpelweg geen sprake is van overheidsaankoop.⁷ In rechtsprocedures vereisten marktpartijen een competitieve verdeling van kansspelen en speelautomaten⁸ én van verkoop van overheidsbezit,⁹ ook in de vorm van een gedeeltelijke verkoop van aandelen¹⁰ en zelfs in geval van verkoop van een televisienet, zoals in de zaak *Coditel*.¹¹ Zodoende zijn in de laatste jaren nieuwe grenzen van het aanbestedingsrecht in het zicht gekomen die bepaald zijn door andere uitgangspunten dan de oorspronkelijke, en die een juridisch meer consistente en systematische benadering mogelijk maken. Maar van een samenhangend systeem kan men bepaald nog niet spreken, zoals zal blijken.

Competitieve verdeling kansspelen en speelautomaten verloopt via interne markt regulering

In de kansspelen- en speelautomatenzaken vereisten (potentiële) gelaedeerde marktpartijen die ook in andere lidstatenkansspelen wilden aanbieden een competitieve verdeling van de schaarse vergunningen door zich onder meer te beroepen op een schending van het vrij verkeer van diensten en het vestigingsrecht uit het EU-Werkingsverdrag waarbij ook het non-discriminatiebeginsel aan de orde kwam en de daaruit voortvloeiende beginselen, zoals het transparantiebeginsel.¹² Terwijl markt-

7 Cfr. R. J.G.M. Widdershoven, 'De olieplekwerking van het aanbestedingsrecht', Universiteit Utrecht 7 mei 2021, <https://www.uu.nl/opinie/de-olieplekwerking-van-het-aanbestedingsrecht>.

8 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Sporting Exchange*); HvJ EU 24 maart 1994, ECLI:EU:C:1994:119, C-275/92 (*Schindler*); HvJ EU 13 september 2007, C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508 (*Commissie v. Italië*). Zie E. Manunza, S. De Vries, W. Janssen, A. Van der Veer, 'Het juridische loterijstelsel in Nederland: EU-proof? Een onderzoek naar de conformiteit van de regulering van loterijen in Nederland met het Europees recht', Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE 2021, file:///C:/Users/Gebbruiker/Downloads/tk-bijlage-2-juridische-analyse-nederlandse-loterijstelsel%20(1).pdf aangeboden aan de Tweede Kamer: *Kamerstukken II 2020/21*, 24 557, nr. 173.

9 Zie bijvoorbeeld in Nederland: Hof Den Haag 19 mei 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4344; Rb Almelo 15 februari 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BC8034; Rb Zutphen 22 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW6294; en Rb Amsterdam 19 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9336.

10 Voor het eerst verduidelijkt in: HvJ EG 23 mei 2000, C-58/99, ECLI:EU:C:2004:236 (*Commissie v. Italiaanse Republiek*); zie ook HvJ EG 1 oktober 2009, C-567/07, ECLI:EU:C:2009:593 (*Staat/Woningstichting Sint Servatius*).

11 HvJ EG van 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel*).

12 Zoals Nederland: zie bijvoorbeeld ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768; ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1467; ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:470 (*NOGA*) en ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:468 (*Sporting Exchange*).

partijen een steeds verdergaande liberalisering vereisten, pleitten lidstaten doorgaans voor een bewaking van de fundamentele doelstellingen die met de regulering werden nagestreefd (kansspelverslaving te voorkomen, consumentenbescherming te bewerkstelligen en fraude en overige criminaliteit tegen te gaan), met een beroep op de rechtvaardigingsgronden in het licht van de verdragsvrijheden (artikel 36, 51, 62 VWEU en de *rule of reason*). In deze zaken verduidelijkte het Hof van Justitie waarom de nationale kansspelen-regulering aan de eisen van de door partijen ingeroepen interne-marktregels is onderworpen.

Nu in Europa populisme, protectionisme en nationalisme weer de kop opsteken,¹³ winnen vragen aan belang zoals de vraag waarom Europees recht op het aanbod van kansspelen van toepassing is, terwijl een wetgevende bevoegdheid voor de EU om de kansspelsector via secundaire regulering – richtlijnen of verordeningen – te liberaliseren ontbreekt. Hoewel die vraag niet expliciet onderwerp is van die rechtszaken, kan op basis van een analyse daarvan wel een antwoord worden geformuleerd. Wanneer de overheid kiest om de *markt* te benaderen in plaats van diensten *zelf* te organiseren of - zoals in die zaken het geval was – de regulering van de verschillende soorten kansspelen, loterijen, speelautomaten e.a. – op incoherente en inconsistente wijze inricht, beperkt dat haar discretionaire bevoegdheid. Het Hof van Justitie bedient zich in zijn interpretatie van het Unierecht immers vooral van de doelgerichte (teleologische) en systematische interpretatiemethoden.¹⁴ De tweede methode die haar grondslag vindt in het ideaal van coherentie en non-contradictie van recht en beleid, geeft uitdrukking aan het basale vereiste dat concepten consistent worden gebruikt en normen niet alleen verenigbaar moeten zijn met de regelgeving waar ze deel van uitmaken, maar ook met andere relevante onderdelen van het recht en van het rechtssysteem in het algemeen, algemene beginselen inbegrepen.¹⁵

Competitieve verdeling overheidseigendom verloopt via algemene beginselen

De tweede ontwikkelingslijn, die van de verkoop van overheidseigendom, is complexer en vereist een nadere onderscheiding tussen de volgende twee groepen situaties. Tot de eerste groep behoort de oprichting van een vennootschap die belast wordt met de uitvoering van een taak, bijvoorbeeld door gemeenten om huishoudelijk afval op te halen en te verwerken of voor het beheer van een

13 M. Viroli, *For Love of Country: An Essay on Patriotism and Nationalism*, Oxford University Press 1995, Chapter 3.

14 E. Manunza, N. Meershoek & L. Senden, 'Het Ecosysteem voor de militair-logistieke capaciteiten van de adaptieve Krijgsmacht: In het licht bezien van het NAVO-verdrag, de EU-verdragen en het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht', *Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE* 2020, par. 2.2.

15 G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 161.

waterdienst of voor de levering van energie. Vaak blijft het totale aandelenpakket in de handen van de oprichtende of andere participerende overheden. Vaak ook niet, en dan plaatst de overheid een gedeelte van het aandelenpakket bij een private investeerder. Bij dergelijke processen spelen de vragen een rol of de uitvoering van het *taken*pakket en of de gedeeltelijke plaatsing van het *aandelen*pakket op de markt aanbestedingsplichtig zijn.¹⁶ Het antwoord op de vraag welk recht van toepassing is op ieder van deze twee situaties verschilt aanzienlijk. Het *taken*pakket dient in de regel openbaar te worden aanbesteed. Het kan namelijk een overheidsopdracht voor werken, diensten of leveringen zijn die als zodanig onder de richtlijnen valt. Een gedeeltelijke plaatsing van aandelen daarentegen valt onder het vrij verkeer van kapitaal en is dus noch dienst noch levering en geen overheidsopdracht zodat die niet onder de aanbestedingsrichtlijnen valt. Toch heeft het Hof van Justitie in de *Acoset*-zaak van 15 oktober 2009 besloten dat de *selectie* van een private investeerder (potentiële aandeelhouder) aan een openbare aanbestedingsprocedure dient te worden getoetst.¹⁷ Bepaalde onderdelen van deze vorm van marktbenadering dienen dus aan de richtlijnen overheidsopdrachten te worden onderworpen, andere weer niet maar die zijn dan wel aan een competitieve procedure onderworpen.

Tot de tweede groep behoort de verkoop van overheidseigendom die uit drie vormen kan bestaan. De eerste is de *afstoting van een staatsbedrijf* en vindt plaats door de *totale* verkoop van aandelen op de effectenbeurs;¹⁸ de tweede is de *bedrijfsverkoop* en vindt plaats door de (totale) verkoop van het (overheids)bedrijf als geheel of in delen aan andere ondernemingen. Verder kan de overheid onroerende zaken als *gronden en gebouwen* verkopen,¹⁹ en roerende zaken. Al deze vormen zijn aan verschillende regels onderworpen. In het hierna volgende verkies ik bespreking van de derde vorm, de verkoop van onroerende zaken als *gronden en gebouwen*,²⁰ omdat dit mij de gelegenheid geeft om de aandacht te vestigen op een fundamentele spanning die de ontwikkeling van het aanbestedingsrecht in sterke mate beïnvloedt, namelijk die tussen twee Europese basisuitgangspunten: de

¹⁶ Manunza 2001 (diss.), hoofdstuk 5.

¹⁷ Omdat er in *Acoset* sprake was van een concessie voor diensten bleven de richtlijnen overheidsopdrachten buiten toepassing; het nationaal (Italiaans) recht voorzag wel in de verplichting om een openbare aanbestedingsprocedure te houden.

¹⁸ Bij een gedeeltelijke afstoting blijft altijd een vorm van publieke-private samenwerking over. Bij een totale afstoting kan dat anders liggen.

¹⁹ Cfr. de verslagen over het mededingingsbeleid van de Commissie in het eerste decennium van deze eeuw (te downloaden op de website van de EC) met die uit het laatste decennium waar steeds minder tot geen informatie over verkopen (toen 'privatiseringen' genoemd) te vinden is. Zie Mededeling 10 juli 1997, *PbEG* 1997 C-209/3, zoals vervangen door die betreffende het begrip staatssteun 19 juli 2016, *PbEU* 2016 C-262/1.

²⁰ E. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvis voor de Vereniging van Bouwrecht 2010, par. 3.3.2.

interne markt als basis van de Europese economie en de vrijheid van de lidstaten om hun interne overheidsorganisatie zelf te bepalen.

Bij de oprichting van de Europese Gemeenschap in 1957 kozen de deelnemende (lid)staten er voor om de regeling van het eigendomsrecht in de Lidstaten buiten het bereik van Europese bemoeienis te laten. Dankzij artikel 345 VWEU, 'het Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de Lidstaten onverlet' bleven lidstaten primair verantwoordelijk voor hun beleid ter zake. Noch het primair noch het secundair Unierecht bevat regels over de verkoop van overheidseigendommen. De vraag is dan hoever het eigendomsrecht strekt.

Artikel 17 EU Handvest voor de Grondrechten verduidelijkt dat eigendom als grondrecht beperkt is. Het beschermt enkel het recht van een eenieder de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen in eigendom *te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken*. Over verwerving en vervreemding als zodanig zwijgt de bepaling. Het is mogelijk dat deze beperking verklaart waarom Europa toch regels heeft ingevoerd voor overheidsaankopen, zoals een aantal strikte voorwaarden aan verkoopprocessen waardoor de overheid haar bezittingen niet rechtstreeks – zonder enige vorm van openbare aanbestedingsprocedure – aan de koper van haar keuze mag verkopen. Indien niet via een open en onvoorwaardelijke biedprocedure (openbare aanbesteding, veiling) wordt verkocht, kan de Commissie onderzoeken of er strijd is met artikel 107 VWEU:²¹ het is via de staatssteuncontrole dat de EU verlangt dat het verkoopproces gericht is op een marktconform resultaat.

Maar dit Europees systeem is niet altijd bevredigend om de rechten van potentiële kopers te beschermen. Immers ook een verkoop zonder competitie kan tot een marktconform resultaat leiden. Vraag is dan op basis van welke rechtsgrond(en) potentiële kopers zich in rechte kunnen beroepen. Hoe zit het op nationaal niveau?

Het Rijk diende volgens artikel 1 Wet van 24 januari 1952, S. 37 roerende en onroerende goederen in het openbaar te verkopen. Het terrein bleef ongereguleerd toen decennia geleden om duistere redenen de wet werd ingetrokken. Anders dan in andere EU lidstaten waar de verkopen wel aan regulering zijn onderworpen,²² stelden klagende partijen in Nederland kwesties op het terrein van de verkoop van overheidseigendom bij de civiele rechter aan de orde door – in afwezigheid van regulering ter zake – zich te beroepen op of (i) het privaatrechtelijke beginsel van redelijkheid en billijkheid en / of (ii) de beginselen van behoorlijk bestuur zoals het beginsel van gelijke behandeling, het daarvan afgeleide transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod van willekeur en / of (iii) de beginselen van Europese oorsprong zoals de aanbestedingsbeginselen waarvan in het bijzonder het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

²¹ Mededeling 10 juli 1997, *PbEG* 1997 C-209/3.

²² Zie art. 822-831 Italiaanse BW. Verder is de materie – gebaseerd op het uitgangspunt van de openbare veiling - in dat land onder de Comptabiliteitswet gebracht vanaf de jaren twintig van de vorige eeuw (R.D. 2440/1923) en is telkens weer aangepast tot aan het meer recente D.L. 98/2011.

Daaruit komt het volgende beeld naar voren. De Nederlandse rechter lijkt het privaatrechtelijke beginsel van redelijkheid en billijkheid in het licht van het gelijkheidsbeginsel te willen inkleuren. Dit beginsel hanteert de rechter als verzamelterm om diverse beginselen aan te duiden van nationale én Europese oorsprong zoals de uit het 'moeder'-beginsel van non-discriminatie afgeleide aanbestedingsbeginselen.

In enkele zaken wordt soms aanvullend ook van algemene beginselen van behoorlijk bestuur gesproken. Daaraan refereren de eerste zaken waarin de Hoge Raad zich van dit beginsel in deze kwesties bedient. Zo weten we dat de overheid ook bij gronduitgifte gebonden is aan het gelijkheidsbeginsel sinds het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Amsterdam v. IKON* van 27 maart 1987,²³ maar daar ging het om de *naleving* van de erfpachtvoorwaarden en niet om de verkrijging van het erfpachtrecht zelf. In *Provincie Zeeland* oordeelde de Hoge Raad in 1992 dat voor rechterlijke controle op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals deels ook vastgelegd in de Algemene wet Bestuursrecht niet voldaan kan worden met 'slechts marginale toetsing'.²⁴ Deze beginselen zijn dus ook van toepassing op privaatrechtelijk handelen van bestuursorganen. Zo dienen bestuursorganen zich bij de voorbereiding van het kiezen van contractpartijen te houden aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Met de invoering van boek 3 van het nieuwe BW in 1992 is het uitgangspunt van de Hoge Raad gecodificeerd in artikel 3:14 BW.

In zaken die hierna volgden verwoordde de rechter telkens weer op verschillende wijze hoe de (bestuurs- én de aanbestedings)beginselen of de redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen in het kader van het sluiten van een contract voor verkoop van grond of gebouwen, maar van een verplichting tot het opzetten van een competitieve procedure was er echter geen sprake wanneer de keuze voor (of afwijzing van) een bepaalde contractpartij deugdelijk gemotiveerd kon worden.²⁵ Zo ook bepaalde de Hoge Raad in 2002 dat wanneer er voor een dergelijke competitieve procedure wordt gekozen, deze keuze de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling en transparantie met zich brengt.²⁶ Deze beginselen vereisen dat selectie- en gunningscriteria en de omvang van de opdracht duidelijk zijn en vooraf bekend worden gemaakt.²⁷ Dit hangt samen met 'de verwachtingen die de (potentiële) aanbieders op basis daarvan redelijkerwijs mochten hebben'.²⁸

23 HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (*Amsterdam/IKON*).

24 HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCO852, (*Provincie Zeeland*).

25 Zie ook Vزر. Rb Den Haag 27 februari 2007, LJN: BB3794; Rb Amsterdam 19 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9336; hof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080 (*Gemeente Noordwijk*). Hof Arnhem 26 april 2011, ECLI:NL:GHARN:2011; Rb 's-Hertogenbosch 10 september 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX7223, r.o. 4.6.

26 Hoge Raad 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ConforMed*).

27 Idem als voorgaande noot, r.o. 3.4.4 en 3.5.2.

28 Hoge Raad 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (*KLM*), r.o. 3.7. In dezelfde zin Rb Zutphen 22 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW6294, r.o. 4.2.

De redelijkheid en billijkheid zijn dus leidend voor de verwachtingen die gewekt worden naar marktdeelnemers met betrekking tot wat voor procedure gevolgd zal worden.

In de recente Didam-zaak van 26 november 2021 gaat de Hoge Raad een aanzienlijke stap verder.²⁹ De gebondenheid van een overheidslichaam bij verkoop van grond aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, specifiek gelijkheidsbeginsel (artikel 3:14 BW) brengen een verplichting mee om mededingingsruimte en transparantie te bieden. De Hoge Raad identificeert het gelijkheidsbeginsel in deze context als het beginsel 'tot het bieden van gelijke kansen'. Deze kans moet niet alleen worden geboden 'indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak' maar ook 'indien redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn'. Met deze laatste verruiming introduceert de Hoge Raad een algemene 'aanbestedings'-verplichting in zaken die niet onder de werking van het aanbestedingsrecht *in stricto sensu* vallen en in afwezigheid van andere regulering ter zake. De hoogste rechter voegt er namelijk aan toe dat 'het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moet opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn' (ro. 3.1.4.). Ik zou daar aan willen toevoegen 'en van tevoren bekend gemaakt'.

Concluderende opmerkingen

Sinds zijn aanstelling in Leiden hebben Jan-Michiel Hebly en ik veelvuldig samengewerkt. Afgezien van ons gezamenlijke redactiewerk voor Tekst & Commentaar,³⁰ hebben wij maar één gezamenlijke publicatie geproduceerd, een preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht in 2010. Dat leidde op één onderdeel van onze separate bijdragen tot een overlapping, namelijk over de wenselijkheid van aanbesteding van verkoop van overheidseigendom. Aan het begin van deze bijdrage merkte ik op dat het afscheid van Jan-Michiel een uitgelezen kans is om aandacht te besteden aan de incoherenties in het aanbestedingsrecht. In het preadvies bleken wij namelijk tot dezelfde conclusie te komen en dat de Hoge Raad aan het einde van de aanstelling van Jan-Michiel voor dezelfde benadering kiest, levert een onvermijdelijke keuze op voor het onderwerp van deze bijdrage.³¹

²⁹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, BR 2022/7/ (Didam); Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911; Rb Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

³⁰ J.M. Hebly, & E.R. Manunza, *Aanbestedingsrecht – de tekst van de Aanbestedingswet 2012 en het Aanbestedingsbesluit voorzien van commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer, 1^e t/m 4^e druk, 2014-2019.

³¹ J.M. Hebly, 'Bewust kiezen voor een nationaal aanbestedingsbeleid', in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht 2010, p. 46. Even later koos ook het Hof Den Haag 26 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080 (*Gemeente Noordwijk*) deze benadering.

De expansie van het aanbestedingsrecht voor zover die het gevolg is van procedures door ondernemingen heeft geleid tot een meer coherent, consistent en rechtvaardig verdelings- en toedelingssysteem. Er zijn veel soorten transacties waarop niet de aanbestedingsrichtlijnen maar wel de basisprincipes uit het Verdrag van toepassing zijn, zoals de artikelen 34 e.v., 56 e.v. VWEU, en de daaruit voortvloeiende beginselen van gelijke behandeling, transparantie en non-discriminatie of artikel 63 e.v. VWEU. Maar niet voor de verkoop van overheidseigendom. Voor zover het de Nederlandse rechter betreft worden incoherenties verminderd door de toepassing van een van de alleroudste juridische concepten: het gelijkheidsbeginsel.³² Datzelfde geldt in feite op Europees niveau. Al deze rechters doen hetzelfde binnen verschillende juridische kaders. Ze zorgen dat burgers en ondernemingen voor zover mogelijk door de overheid gelijk behandeld worden of in ieder geval gelijke kansen krijgen.

De Nederlandse wetgever zou meer initiatief moeten nemen om dat beginsel te waarborgen door een consistente en rechtvaardige regeling voor het in openbaar 'verdelen' op grond van objectieve, transparante en niet discriminerende criteria van gronden en gebouwen en andere vormen van marktbenadering die niet onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen, in plaats van te wachten tot burgers (en ondernemingen) hun recht op gelijke behandeling komen halen via de rechter.³³

32 Aristoteles gaf als eerste het gelijkheidsbeginsel in het recht een centrale plaats. Zie *Ethica Nicomachea*: V. 14, 1137a-32 t/m 1138a in de prachtige Nederlandse vertaling van de *Ethica Nicomachea* van de Historische Uitgeverij in Groningen.

33 De Italiaanse wetgever ging hem voor: zie supra noot nr. 22.