

1.1 DE UITVOERINGSVERPLICHTING

1.1.1 *Een introductie*

In de tweede helft van de vorige eeuw werd, vooral vanuit de Europese Unie, het concept van vrije marktwerking met zo min mogelijk overheidsingrijpen geïntroduceerd in tal van economische sectoren, waaronder het openbaar vervoer per spoor, als een bekend voorbeeld hiervan.¹ De kerngedachte hierachter is dat het ontbreken van marktwerking in sectoren met een publiek belang de doelmatige besteding van publieke middelen belemmert. Private vervoersbedrijven worden beschouwd als innovatiever en efficiënter in hun bedrijfsvoering dan de overheid zelf.² Tegelijkertijd maakt de overheid zich zorgen over het risico dat een primair commercieel georiënteerd bedrijf wellicht terughoudend is om personenvervoer per spoor te organiseren in minder winstgevende gebieden. Daarom blijft zij een cruciale rol spelen in het waarborgen van een kwalitatief hoogwaardig spoornetwerk dat alle delen van het land bedient. De overheid intervenueert in de markt door via het verlenen van een concessie private vervoerders te verplichten een kwalitatieve, toegankelijke en duurzame vervoersdienst te leveren. Deze uitvoeringsverplichting vereist dat de activiteiten (op een bepaalde wijze) worden uitgevoerd. Door middel van deze verplichtingen grijpt de overheid in specifieke markten in om publieke belangen te waarborgen.

Mogelijk marktfalen is voor de overheid altijd al een goede reden geweest om in te grijpen in het functioneren van die markt en maatregelen te nemen die een hogere welvaart moeten brengen en burgers beogen te beschermen.³ Het idee van vrije

1. Het idee is dat het introduceren van marktwerking leidt tot lagere prijzen en/of hogere kwaliteit, meer innovatie en meer keuze voor de consument. Het theoretische bewijs dat marktwerking leidt tot optimale welvaart begon bij de theorie van Adam Smith (1776) over de optimale werking van de onzichtbare hand, zie ook Stellinga 2012, p. 22.

2. Zie uitgebreid par. 2.2.

3. Zie hierover Posner 1974, p. 335 e.v.; Hoekema e.a. 1998, p. 24; Wilkeshuis 2010, p. 28, 123-124; WRR 2012a, p. 26; Hessel 2016, p. 836; Wieland 2017, p. 23-24; De Grauwe 2020, p. 70.

marktwerking heeft niet op alle gebieden de gehoopte uitkomsten bereikt. Een van de gevolgen hiervan is dat de overheid steeds meer zekerheid wil hebben over de bescherming van het publieke belang. Dit kan het noodzakelijk maken om dieper in te grijpen in het functioneren van de markt door nauwkeurige en gedetailleerde verplichtingen te stellen over de wijze van uitvoering van de activiteiten. Dit onderzoek richt zich op deze verplichtingen die opgenomen zijn in vergunningen en concessies, waarin de beleidsdoelen van de overheid om het publieke belang te behartigen en beschermen worden omgezet naar prestatiegerichte verplichtingen voor deze vergunning- en concessiehouders. Uitvoeringsverplichtingen kunnen als voorschriften aan de vergunning of concessie worden verbonden, maar naast het publiekrecht bestaan ook uitvoeringsverplichtingen die worden opgenomen in privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten.⁴

In Nederland zijn tal van vergunning- en concessiestelsels ingevoerd om bepaalde activiteiten te reguleren. Gezien de achtergrond en het doel van de figuur van de vergunning is het echter niet vanzelfsprekend dat de uitvoering van de vergunde activiteit verplicht is. Wanneer een vergunning wordt verkregen, bestaat het recht en daarmee ook de keuzevrijheid voor de vergunninghouder om de vergunning ongebruikt te laten en naast zich neer te leggen zonder dat een bestuursrechtelijke sanctie wordt opgelegd.⁵ Het bestuursorgaan trekt een vergunning in of een vergunning vervalt van rechtswege indien er geen of niet tijdig gebruik van wordt gemaakt.⁶ In de bestuursrechtelijke literatuur wordt getheoretiseerd dat de overheid bij concessies de uitvoering van de activiteiten als wenselijk beschouwt, terwijl zij bij vergunningen neutraal moet staan tegenover de wenselijkheid van de uitvoering van de activiteiten waarvoor de vergunning is verleend.⁷ Echter, kijkend naar de uitvoeringsverplichtingen, kan niet worden geconstateerd dat de wetgevingspraktijk hierin de wetenschap volgt.

Zeker als een bepaalde handeling of activiteit door de overheid in het algemeen belang als wenselijk wordt beoordeeld, blijken uitvoeringsverplichtingen in de praktijk van groot belang te zijn, zowel bij concessies als bij vergunningen. In vergunning- en concessiestelsels, waarin de directe rechtsverhouding tussen de overheid en de privaatrechtelijke rechtspersoon⁸ centraal staat – en niet zozeer die met een burger – intervenueert de overheid in bepaalde markten door verplichtin-

4. Zie Asser/Sieburgh 2022 (6-III), p. 66 e.v.; HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Müller), r.o. 60 en 62.

5. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 190.

6. Zie bijv. art. 3.7 lid 2 sub c Tw.

7. Dit onderscheid gaat terug tot Van der Pot 1932, p. 222. Zie ook Van Ommeren 1987, p. 334; Dankers-Hagenaars 2000, p. 207; Nijhof 2000, p. 232; Van Ommeren 2020, p. 640; Schlössels & Zijlstra 2024, p. 598.

8. Zie uitgebreid par. 2.3.1 over deze begrippen.

gen over de uitvoering op te leggen aan private marktpartijen.⁹ Zo worden vergunninghouders na frequentieveilingen voor mobiele netwerkfrequenties verplicht om de vergunde activiteit daadwerkelijk uit te voeren.¹⁰ Zij zullen moeten investeren om een openbare elektronische communicatiedienst aan te kunnen bieden met als beleidsdoel om efficiënt frequentiegebruik te bevorderen en het (nieuwe) netwerk zo snel mogelijk uit te rollen.¹¹ Ook de Mijnbouwwet geeft de mogelijkheid om een bepaalde techniek aan het gebruik van de opsporings-, winnings- en opslagvergunningen te koppelen¹², en bij het exploiteren van windenergie op zee geldt een bouwplicht bij het verkrijgen van exclusieve rechten.¹³ Voor de distributie van elektriciteit in een bepaalde regio bestaat een plicht voor energieleveranciers tot voorziening in onrendabele gedeelten van die regio.¹⁴ In vergunningen houdt een uitvoeringsverplichting een aparte rechtsplicht in voor vergunninghouders om de activiteit waar de vergunning betrekking op heeft daadwerkelijk uit te voeren.¹⁵ Deze verplichting omvat bijvoorbeeld een investeringsvereiste in nieuwe technologie, producten of diensten. De vergunning- en concessiehouder staan in een eigen rechtsverhouding tot de afnemer/gebruiker/consument van de (economische) activiteit. Hierdoor kan het beoogde publieke belang (indirect) bereikt worden via de vergunning- en concessiehouder op een door de overheid vooraf bepaalde wijze. De betrokken partij kan een rechtsplicht tot uitvoeren niet zomaar naast zich neerleggen. Wanneer een telecombedrijf niet voldoet aan de uitvoeringsverplichting, kan de overheid ingrijpen.¹⁶

1.1.2 *Vraagstukken rondom uitvoeringsverplichtingen in gereguleerde markten*

Uitvoeringsverplichtingen worden binnen een specifieke markt opgelegd ter bescherming en bevordering van het publieke belang, wat verschillende vraagstukken oproept. Deze vraagstukken worden kort besproken en verder in dit hoofdstuk uitgewerkt tot concrete onderzoeksvragen (par. 1.2). Problemen met betrekking tot het behartigen van het publieke belang kunnen ontstaan bij het

9. De Grauwe 2020, p. 64, 261 e.v. Terwijl de overheid in 2008 nog overwegend positief was over de resultaten van marktwerking, zie ministerie van Economische Zaken 2008, p. 69 e.v.

10. Op straffe van een bestuursrechtelijke sanctie, zie o.a. art. 15.2 Tw.

11. Volgens art. 3.14 lid Tw kunnen aan de vergunning, in het belang van een optimale verdeling van frequentieruimte, alsmede in het belang van een doelmatig gebruik van frequentieruimte voorschriften worden verbonden. Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 24 095, nr. 494 (Bijlage bij Kamerbrief), p. 12.

12. Zie art. 13 lid 1 sub a MbW; *Kamerstukken II* 2014/15, 34 348, nr. 3.

13. Art. 15 lid 1 sub c Wwop en Klijn, Heijnsbroek & Dieperink 2015, p. 103.

14. Art. 95e Ew 1998 en art. 46 Gaswet. Deze plicht geldt zolang het recht op elektriciteitsvoorziening niet is geliberaliseerd, zie Drahmman 2015, p. 134.

15. Coerts 2020a, p. 523, zie voor een uitgebreidere definitie van het begrip 'uitvoeringsverplichting' ook par. 1.3.2.

16. Zie art. 15.1 lid 1 jo. 15.2 Tw op basis waarvan een bestuursrechtelijke sanctie kan worden opgelegd. Zie ook CBb 22 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9145, r.o. 5.7 en 5.8 (UMTS-vergunning Telfort), waarin een bestuursrechtelijke sanctie daadwerkelijk wordt opgelegd.

opleggen van deze verplichtingen, in het bijzonder wanneer de overheid beleidsdoelen wil verwezenlijken zonder zelf te beschikken over de benodigde kennis en ervaring om dit op de juiste wijze te doen. Door de introductie van marktwerking op bepaalde terreinen is de overheid meer op de achtergrond gekomen en hebben bedrijven jarenlang kennis en ervaring kunnen opdoen in de markt, waardoor de overheid niet altijd meer de geschikte partij is om de optimale allocatie of ideale norm te bepalen voor het maatschappelijk welzijn.¹⁷ Het komt ook op economisch terrein voor dat overheidsbeleid verkeerd uitpakt.¹⁸ Zo was de overheid eerder genooddaakt om bij de vervoersconcessie per spoor de openbare aanbestedingsplicht voor het uitvoeren van openbaar vervoer in de stadsregio terug te draaien in het belang van de reizigers, en ontstonden er problemen bij het rijden van de treinen op de Hogesnelheidslijn-Zuid (HSL-Zuid) omdat andere belangen dan het reizigersbelang leken te prevaleren bij het uitvoeren van de geconcessioneerde activiteit.¹⁹ De overheid kan niet altijd weten hoe een activiteit moet worden uitgevoerd en door wie, om het publieke belang optimaal te dienen. Een rationele onderbouwing van bepaald beleid bij economische marktregulering vereist eerst een grondige probleemanalyse en een grondig onderzoek. De overheid dient zichzelf daarbij de vraag te stellen welke rol zij kan spelen bij het oplossen of verminderen van het geconstateerde maatschappelijke probleem, en of overheidsingrijpen wel het meest geschikte middel is dit op te lossen.²⁰

Een uitvoeringsverplichting is een manier waarop de overheid kan ingrijpen in markten. Door de keuzevrijheid ten aanzien van de wijze van uitvoering te begrenzen, kunnen uitvoeringsverplichtingen de financiële en bestuurlijke investeringsvrijheid van vergunning- en concessiehouders beperken. Een telecombedrijf dat bijvoorbeeld van plan is om te investeren in nieuwe technologie, kan door uitvoeringsverplichtingen ‘gedwongen’ worden tot het vergroten van de omvang van het netwerk waarvoor meer zendmasten of antennes nodig zijn en daarmee geen investeringsbudget overhouden voor het (gehele) originele plan. De overheid beperkt hier de innovatiekracht van een vergunninghouder terwijl het geen garantie is dat de overheid, met een mogelijke informatieachterstand, het algemeen belang kan behartigen.²¹ Het is dit spanningsveld tussen overheid en private marktpartijen dat de achterliggende problematiek vormt van dit onderzoek.

Zo rijzen onder meer de juridische vragen in hoeverre het bestuursorgaan uitvoeringsverplichtingen kan opleggen en waar de grenzen liggen. Er is een in de

17. Zie uitgebreid par. 2.2.

18. Zie hierover o.a. Winston 2006.

19. Zie over het eerste voorbeeld de brief van de staatssecretaris over de wijze waarop motie Roefs c.s. (*Kamerstukken II* 2006/07, 23 645, nr. 167) is uitgevoerd: *Kamerstukken II* 2006/07, 23 645, nr. 17. Meer informatie over het tweede voorbeeld biedt *Kamerstukken II* 2015/16, 33 678, nr. 11.

20. Baarsma, Koopmans & Theeuwes 2010, p. 8.

21. Baarsma, Koopmans & Theeuwes 2010, p. 33 e.v.

literatuur gesignaleerde ontwikkeling dat de wetgever niet zelf de rechtsnormen meer formuleert waaraan vergunning- of concessiehouders zich dienen te houden, maar dat hij die normstelling steeds vaker aan de bestuursorganen overlaat.²² Deze terugtred van de wetgever bij de inhoudelijke normering van het bestuurs-optreden is ook te zien bij het opleggen en de toepassing van uitvoeringsverplichtingen en heeft ertoe geleid dat bestuursorganen in veel gevallen min of meer zelfstandig bepalen hoe de rechtsverhouding eruit ziet. Is het uitsluitend aan het bestuursorgaan om een beslissing te nemen over het opleggen en het bepalen van de uitvoeringsverplichtingen en moet hierover meer overleg plaatsvinden met de toekomstige houder over de mogelijke invulling van uitvoeringsverplichtingen? Doordat het uiteindelijk de vergunning- of concessiehouder is die gebonden is aan het uitvoeren van de vergunde of geconcessioneerde activiteit, moet deze houder ook in staat zijn om deze activiteit te *kunnen* uitvoeren.

Het is om die reden van belang niet alleen te kijken naar de juridische mogelijkheden van de (potentiële) vergunning- of concessiehouder om invloed uit te oefenen op de inhoud van deze uitvoeringsverplichtingen, maar ook om de werkelijke maatschappelijke impact van het opleggen van dergelijke verplichtingen op vergunning- en concessiehouders te onderzoeken, evenals de sociale en economische effecten ervan op onder meer de innovatiemogelijkheden, toetredingsdrempels, concurrentie- en marktomstandigheden en de behartiging van publieke belangen. Naast de juridische vraagstukken zullen daarom ook economische en sociaal-empirische vraagstukken aan bod komen om een totaalbeeld te krijgen van de werking van uitvoeringsverplichtingen. Als duidelijk wordt dat daadwerkelijk anders geïnvesteerd moet worden, concurrentie verslechtert of nieuwkomers op een markt niet goed kunnen toetreden, kan dit argumenten opleveren om de uitvoeringsverplichtingen op een andere wijze vorm te geven en in te zetten. Zodra meer duidelijkheid bestaat over de gevolgen van uitvoeringsverplichtingen, kan ook meer perspectief geboden worden om antwoord te geven op de vraag of uitvoeringsverplichtingen een andere inkadering en invulling dienen te krijgen.

22. Het begrip terugtrekkende wetgever werd al in 1910 geïntroduceerd door Struycken, zie Struycken 1910, p. 17 e.v. en later, in een meer moderne context, nog weer eens geanalyseerd door Van Wijk 1974, p. 99-115 en later door Van Ommeren 2012, p. 161-162.