

Hoofdstuk 3: Alleenrechten, bijzondere rechten en uitsluitende rechten

Europa decentraal krijgt veel vragen over alleenrechten, bijzondere rechten en uitsluitende rechten. Het zijn vaak lastige vraagstukken, waarop eenduidige antwoorden niet altijd te geven zijn. Hieronder wordt een aantal veelvoorkomende vragen besproken. In de nieuwe richtlijnvoorstellen van de Commissie uit 2011 wordt een aantal voorstellen gedaan die verschillende veranderingen ten aanzien van alleenrechten zouden kunnen gaan meebrengen. Voor meer informatie hierover kunt u ook terecht in onze [publicatie](#) over de nieuwe richtlijnvoorstellen en de informatie op onze website over de [nieuwe richtlijnvoorstellen](#) en over [alleenrechten](#).

3.1 Wat wordt verstaan onder een uitsluitend recht, bijzonder recht, alleenrecht en exclusief recht?

De termen alleenrecht, bijzondere of uitsluitende rechten worden in richtlijn 2004/18 wel genoemd maar niet gedefinieerd. Richtlijn 2004/17 definieert wel 'bijzondere en uitsluitende rechten'. Het Bao gaf wel definities van deze twee laatstgenoemde termen. En ook de [Aanbestedingswet](#) definieert in art. 1.1 de termen uitsluitend en bijzonder recht.

Een uitsluitend recht betreft een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan *een onderneming* wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen.

Een bijzonder recht is een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan *een beperkt aantal ondernemingen* wordt verleend en waarbij binnen een bepaald geografisch gebied:

- Het aantal van deze ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer wordt beperkt;
- Verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aangewezen; of
- Aan een of meer ondernemingen op een andere wijze dan volgens deze criteria voordelen worden toegekend, waardoor enige andere onderneming aanzienlijk wordt belemmerd in de mogelijkheid om dezelfde activiteiten binnen hetzelfde geografische gebied onder in wezen gelijkwaardige voorwaarden uit te oefenen.

In de Memorie van Toelichting op de Aanbestedingswet staat ook een korte toelichting op beide begrippen op pagina 43.

De term alleenrecht komt niet meer terug in de definities van de Aanbestedingswet of in de Memorie van Toelichting. Waar art. 18 van de richtlijn 2004/18 spreekt over alleenrecht is dit in de Aanbestedingswet in art. 2.24a vervangen door 'uitsluitend recht'. Art. 31 lid 1b richtlijn 2004/18 spreekt nog over alleenrechten. In het equivalent van deze bepaling in de Aanbestedingswet, art. 2.32, wordt daarentegen gesproken over uitsluitende rechten.

Ook wordt de term 'exclusieve rechten' wel gebezigd in de aanbestedingspraktijk. Deze term lijkt een containerbegrip voor uitsluitende, bijzondere en alleenrechten. In de definities van de Aanbestedingswet komt deze term niet terug. Daarentegen wordt in de nieuwe richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie van eind 2011 de term exclusief recht wel gebruikt maar niet gedefinieerd in de zin van het huidige art. 31 lid 1b richtlijn 2004/18 (zie vorige alinea en voor meer informatie ook het [feuilleton](#) paragraaf 2.5.2.2).

Tot slot verandert de Aanbestedingswet ook een punt in definities waar voorheen verwarring ontstond bij concessieovereenkomsten. De aanbestedingsrichtlijn definieert in art. 1 concessieovereenkomsten als overeenkomsten met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor het uit te voeren werk/dienst bestaat 'het zij *uit uitsluitend het recht* het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht gepaard gaande met een prijs'. Een veelgestelde vraag is of hiermee een uitsluitend recht wordt bedoeld.

De aanbestedingswet, art. 1.1. rept in de definiering van concessieovereenkomst voor diensten of voor openbare werken niet over 'uitsluitend het recht', maar over het recht om het werk of de dienst te exploiteren. In de Memorie van Toelichting wordt op pagina 43 bij de toelichting op het begrip concessieovereenkomst voor openbare werken wel duidelijk gemaakt dat het om het verlenen van een uitsluitend recht gaat. Zie voor meer informatie over [concessies](#) ook de website van Europa decentraal en het [feuilleton](#) over het voorstel van de Commissie voor een nieuwe [Concessierichtlijn](#).

De definities van uitsluitend en bijzonder recht die in de Aanbestedingswet te vinden zijn, zijn (zie ook pag. 43 van de MvT bij de wet) ontleend aan de Mededingingswet en aan de Europese transparantierichtlijn 80/723/EEG (voorheen [richtlijn 2006/111](#)). De term uitsluitend recht is bijvoorbeeld ook terug te vinden in het [VWEU](#) in art. 106. De term wordt daar echter niet gedefinieerd. In de transparantierichtlijn wordt in art. 2f gesteld dat uitsluitende rechten, rechten zijn die door een lidstaat aan een onderneming worden verleend bij een wetgevend of bestuursrechtelijk besluit, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen. Uit het oogpunt van eenheid van terminologie in Nederlandse wetgeving is in de Aanbestedingswet aangesloten bij de omschrijvingen in de Mededingingswet.

Werkdocument publiek-publieke samenwerking

In oktober 2011 heeft de Europese Commissie een [werkdocument](#) uitgebracht over de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking'). In dit werkdocument wordt in paragraaf 4.3 ingegaan op uitsluitende rechten. De Commissie geeft aan dat in het algemene debat de term 'uitsluitend recht' kan slaan op erg uiteenlopende fenomenen: van het voorbehouden van een hele bedrijfssector aan de overheid tot de exclusieve toewijzing van één specifieke taak aan één specifieke onderneming. Niet elk uitsluitend recht rechtvaardigt echter dat de gunning van een overheidsopdracht wordt vrijgesteld. De voorwaarden daarvoor staan in art. 18 richtlijn 2004/18 (zie verder vraag 3.2).

Nieuwe richtlijnvoorstellen

Vervolgens gaat de Commissie ook verder in op publieke samenwerkingsaspecten in de [richtlijnvoorstellen](#) van eind 2011. Voor wat betreft de definities en toepassing van uitsluitende, bijzondere en alleenrechten valt op dat er geen definities worden gegeven van alleenrecht, bijzonder en uitsluitend recht en dat de term exclusief recht wel wordt gebruikt maar niet wordt gedefinieerd. Zie hierover verder het [feuilleton](#) van Europa decentraal, paragraaf 2.5.2.2. Daarnaast is bekend dat het vervallen van de bestaande alleenrechtbepalingen in de richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie een groot punt van discussie is en veel vragen oproept. In het onderhandelings- en vaststellingstraject van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, dat momenteel gaande is in Brussel gaat er dan ook aandacht naar deze punten uit. Het is niet uitgesloten dat de aanbestedingsrichtlijnen die uiteindelijk worden vastgesteld en vervolgens geïmplementeerd zullen moeten gaan worden in Nederland, uiteindelijk wijzigingen met zich mee gaan brengen in de begripsbepalingen en wellicht ook toepassing van alleenrechten, bijzondere en uitsluitende en exclusieve rechten.

3.2 Wat is er met betrekking tot alleenrechten, bijzondere rechten en uitsluitende rechten geregeld in de aanbestedingsrichtlijn en de aanbestedingswet?

Richtlijn 2004/18

Indien een aanbestedende dienst of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten (hierna: samenwerkingsverband) een [alleenrecht](#) geniet in de zin van art. 18 richtlijn 2004/18, dan kan een andere aanbestedende dienst haar opdrachten voor diensten alleen aan deze entiteit gunnen. Art. 18 van de richtlijn stelt namelijk dat de richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst (of aan een samenwerkingsverband) worden gegund op basis van een alleenrecht dat deze uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen genieten, op voorwaarde dat deze bepalingen met het Verdrag verenigbaar zijn.

De belangrijkste reden voor de invoering van deze bepaling (al in de vroegere versies van de aanbestedingsrichtlijnen) was, volgens de Europese Commissie in het werkdokument publiek-publieke samenwerking, het vermijden van concurrerende gunningsprocedures in gevallen waarin de betrokken aanbesteding, wegens het bestaan van een alleenrecht uiteindelijk slechts aan één entiteit kon worden gegund. De beperking van deze uitzondering tot opdrachten die gegund worden aan entiteiten die zelf aanbestedende diensten zijn, verzekert volgens de Commissie 'concurrerende aanbestedingen op stroomafwaartse markten aangezien de aanbestedende dienst die het uitsluitende recht geniet, voor zijn eigen aanschaffingen de EU-aanbestedingsrichtlijnen moet nakomen'. Zie hierover pagina 23 van het [werkdokument](#) van de Commissie.

Is er dus sprake van een verleend alleenrecht in de zin van art. 18 van de richtlijn dan kan een opdrachtgevende aanbestedende dienst de uitvoering van diensten opdragen aan een andere aanbestedende dienst (of een samenwerkingsverband) zonder hierbij de Europese aanbestedingsrichtlijn te hoeven toepassen en zonder een Europese aanbesteding uit te schrijven. Er moet dan dus wel aan de eisen die art. 18 stelt aan onder meer de verlening van het alleenrecht worden voldaan. Zie hierover ook vraag 3.3

Ter bescherming van een legitiem verleend alleenrecht kan een decentrale overheid vervolgens een beroep doen op de uitzonderingsgrond beschreven in art. 31 lid 1b van richtlijn 2004/18. Dit artikel legitimeert de aanbestedende dienst om een opdracht via de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking aan één bepaalde ondernemer (dat wil dan dus zeggen: degeen die het alleenrecht geniet) toe te vertrouwen.

Onder meer naar aanleiding van de uitspraak van het Hof inzake Commissie/Spanje ([zaak C-328/92](#)) is duidelijk geworden dat hiervoor niet voldoende is dat de betrokken levering of de betrokken dienst door een uitsluitend recht, zoals een octrooi wordt beschermd, maar dat de aanbestedende dienst ook moet bewijzen dat de betrokken levering of dienst slechts door een bepaalde leverancier kan worden vervaardigd of geleverd, respectievelijk slechts door een bepaalde dienstverlener kan worden verleend. Aan deze laatste voorwaarde kan volgens het Hof alleen worden voldaan met betrekking tot die producten en specialiteiten waarvoor op de markt geen concurrentie plaats vindt.

Ook overige jurisprudentie kleurt de toepassing van de eisen voor het legitiem vestigen van een alleenrecht nader in. Deze [jurisprudentie](#) kunt u nalezen via de website van Europa decentraal.

Aanbestedingswet

Art. 18 richtlijn 2004/18 wordt geïmplementeerd in art. 2.24a van de [Aanbestedingswet](#) en art. 31 lid 1b van richtlijn 2004/18 en art. 2.32b van de wet. Uit 2.24a vloeit voort dat deel 2 van de wet (dat ziet op Europese aanbestedingen in de zogenaamde klassieke sectoren en dat een aanvulling is van hetgeen in deel 1 van de wet is bepaald) niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten die op basis van een uitsluitend recht worden gegund aan een andere aanbestedende dienst (of een samenwerkingsverband), mits het uitsluitend recht verenigbaar is met het VWEU.

Over de toepassing van de bepalingen van het uitsluitend recht uit deel 2 van de wet voor louter nationale aanbestedingen (die onder meer in deel 1 van de Aanbestedingswet gereguleerd worden) zijn geen expliciete bepalingen in de wet opgenomen. De Memorie van Toelichting op de wet stelt onder de artikelsgewijze toelichting op art. 2.24 dat uit 'onderdeel a (van art. 2.24) voortvloeit dat het wetsvoorstel niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten die op basis van een uitsluitend recht worden gegund aan een andere aanbestedende dienst ...'

Hoewel de wetstekst van art. 2.24 aangeeft dat de bepalingen uit deel 2 van de wet (Europese aanbestedingen voor klassieke sectoren) niet van toepassing zijn bij legitiem verleende uitsluitende rechten, lijkt de MvT aan te geven dat de wet in haar geheel niet van toepassing is in dat geval. Daarnaast bepaalt art. 1.4 van de Aanbestedingswet wanneer aanbestedende diensten de rest van de wet (deel 1 en verder) moeten toepassen. De sleutel daartoe is het afsluiten van een [overeenkomst onder bezwarende titel](#).

Bij een publiek-publiek-samenwerkingsconstructie waarbij een legitiem alleenrecht is verleend, is geen

sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel in bedoelde zin. Mede daarom is de Aanbestedingswet in haar geheel en art. 2.24 in het bijzonder niet van toepassing bij een legitiem verleend alleenrecht bij een nationale aanbesteding. Hieruit kunnen aanbestedende diensten opmaken dat ook voor nationale aanbestedingen bij vestiging van een legitiem uitsluitend recht de Aanbestedingswet niet van toepassing is.

Art. 3 richtlijn 2004/18 betreft het verlenen van een bijzonder of uitsluitend recht *door een aanbestedende dienst aan een natuurlijke- of rechtspersoon om openbare diensten te verlenen*. Indien een aanbestedende dienst een dergelijk recht verleent, dient deze natuurlijke- of rechtspersoon bij de *overheidsopdrachten voor leveringen* die het in het kader van deze activiteit aan derden gunt het beginsel van niet-discriminatie op grond van nationaliteit na te leven. Een voorbeeld van een dergelijk verleend uitsluitend recht is het geval waarin een gemeente een marktpartij een uitsluitend recht verleent tot openbare dienstverlening (bijvoorbeeld vuilophaaldiensten voor huishoudelijk afval). In de akte waarin dit uitsluitende recht wordt verleend, dient een bepaling te worden opgenomen die erop toeziet dat, indien deze marktpartij bijvoorbeeld vuilnisbakken (een levering in het kader van de activiteit bij derden te plaatsen) zou dienen aan te schaffen, de marktpartij bij die aanschaf niet discriminatoir mag handelen jegens deze derden. Implementatie van dit richtlijnartikel vindt in enigszins gewijzigde redactie in de aanbestedingswet plaats via art. 2.10.

3.3 Hoe zorg je ervoor dat het alleenrecht verenigbaar is met het EU-Werkingsverdrag?

Voorwaarde voor toepassing van de uitzonderingsbepaling van art. 18 (zie vraag 3.2) is dat de aanbestedende dienst het alleenrecht moet genieten uit hoofde van een bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, op voorwaarde dat deze bepalingen met het Verdrag verenigbaar zijn. Onder wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen kunnen bijvoorbeeld vallen de wet, een raads- of collegebesluit, een vastgestelde gemeentelijke verordening.

De bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling moet verenigbaar zijn met de desbetreffende regels van het Verdrag, in het bijzonder de art. 49 (vrijheid van vestiging) en 56 (vrij verrichten van diensten) van het VWEU en met de regels en beginselen die uit dat artikel voortvloeien. Deze regels en beginselen behelzen non-discriminatie, transparantie, evenredigheid, wederzijdse erkenning en de bescherming van rechten van particulieren.

Een uitsluitend recht, dat per definitie de vrijheid van dienstverrichting van andere entiteiten beperkt, is volgens het werkdokument publieke samenwerking van de Commissie (pag. 24) alleen onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd. Het uitsluitend recht moet gerechtvaardigd zijn door:

- Een uitdrukkelijk in het VWEU genoemde [uitzondering](#) (uitoefening van het openbaar gezag, art. 51 VWEU), openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid (art. 52 VWEU); of
- Door dwingende redenen van algemeen belang (in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof), die geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder mogen gaan dan wat ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie moeten worden toegepast.

3.4 Vereist het niet-discriminatiebeginsel dat uitsluitende rechten op basis van concurrentie worden verleend?

Zoals vermeld, heeft art. 18 van de richtlijn betrekking op rechten die aan bepaalde publieke instanties/ aanbestedende diensten verleend zijn om op basis van een alleenrecht bepaalde diensten te verlenen aan andere aanbestedende diensten (dus ook publieke entiteiten). Indien de rechtvaardiging voor de beperking van het vrij verrichten van diensten (art. 56 VWEU) een dwingende reden van algemeen belang is, moet volgens het werkdokument van de Commissie (pag. 24) 'onder meer worden voldaan aan de voorwaarde dat de betrokken maatregel niet-discriminerend moet zijn. Dit betekent in het algemeen dat geen enkele particuliere entiteit een voordeligere positie zou mogen krijgen dan haar concurrenten. Ingeval een exclusief recht zou worden verleend aan een aanbestedende dienst met gebruik van privékapitaal (hetgeen zich kan voordoen in het geval van een publiekrechtelijke instelling), kan men zich moeilijk inbeelden hoe aan dit beginsel kan worden voldaan zonder transparante procedure waardoor gelijke behandeling wordt gegarandeerd. Anderzijds zou dit in het licht van de geschiedenis en het doel van art. 18 en van recente rechtspraak over vergelijkbare

situaties misschien niet noodzakelijk zijn, indien de begunstigde van het exclusieve recht een overheidsinstantie is, zoals een aanbestedende dienst zonder privé-kapitaal.'

Voorbeelden:

Vraag: *Is het toegestaan om het plaatselijke SW-bedrijf een alleenrecht te verlenen voor het groenonderhoud in de gemeente?*

Antwoord: *Ja. Wanneer het SW-bedrijf is aan te merken als een andere aanbestedende dienst dan de gemeente, dus wanneer deze eigen rechtspersoonlijkheid heeft en wanneer deze als publiekrechtelijke instelling is aan te merken, dan is het - indien wordt voldaan aan overige voorwaarden voor het vestigen van een alleenrecht - mogelijk een alleenrecht aan dit SW-bedrijf te verlenen. Het alleenrecht moet zijn vastgelegd in een bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, op voorwaarde dat deze bepaling met het Verdrag verenigbaar is. Uit jurisprudentie blijkt dat bij de 'bepalingen die met het EG-Verdrag (inmiddels VWEU) verenigbaar zijn' gedacht moet worden aan de beginselen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit. Bij de verlening van een alleenrecht geldt in zijn algemeenheid dat rekening moet worden gehouden met het op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze verlenen van het alleenrecht. In de praktijk levert met name de vraag in hoeverre een alleenrecht niet-discriminair en objectief aan een bepaalde partij kan worden vergeven veel vervolgvragen op. Hierbij komt ook altijd de vraag naar de markt om de hoek kijken: bestaan er op de markt partijen die deze dienstverlening ook zouden willen/kunnen verlenen? Hoe groter die kans, hoe groter ook de kans dat die marktpartijen eventueel zullen opkomen tegen een alleenrecht verleend aan het plaatselijke SW-bedrijf.*

Vraag: *Onze provincie wil een concessie verlenen voor de exploitatie van een evenementenhal. Kan dit ook middels een bijzonder of uitsluitend recht?*

Antwoord: *Ja, dat kan. In de interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie over concessieovereenkomsten uit 2000 viel al te lezen dat concessieovereenkomsten voor dienstverlening normaliter activiteiten betreffen die, gezien hun aard en object en de regels waaraan zij zijn gebonden, onder de verantwoordelijkheid van de staat kunnen vallen en die het object kunnen zijn van exclusieve of bijzondere rechten. In aanvulling hierop is interessant kennis te nemen van het inmiddels door de Europese Commissie eind 2011 uitgebrachte aparte [richtlijnvoorstel](#) voor een concessierichtlijn. Dat richtlijnvoorstel geeft een aparte definitie van bijzondere of uitsluitende rechten en een voorstel voor de (al dan niet) toepassing van aanbestedingsregels op concessies. In het [feuilleton](#) van Europa decentraal leest u in paragraaf 4.3.2 meer over de samenloop van alleenrechtenvragen en bijzondere en uitsluitende rechten-definities bij concessies.*

Meer informatie:

[Alleenrecht](#), Aanbestedingen

[Jurisprudentie](#), Alleenrecht

[Praktijkvraag](#) 'Inbesteden of alleenrecht?'

[Notitie SW-bedrijven](#)

[Concessies](#), Aanbestedingen

[Aanbestedingswet](#), Aanbestedingen

[Feuilleton voorstellen nieuwe aanbestedingsrichtlijnen](#)