



KENNISCENTRUM
EUROPA
DECENTRAAL

KED legt uit:

Alleenrechten, bijzondere rechten
en uitsluitende rechten

Samenvatting

Dit deel van **KED legt uit** geeft een toelichting op alleenrechten, het verschil met enkele termen waarmee alleenrechten vaak verward worden en wat de gevolgen zijn van alleenrechten voor de aanbestedingsplicht. Daarnaast wordt de wettelijke grondslag voor alleenrechten in de aanbestedingsrichtlijnen en Aanbestedingswet 2012 uitgelegd, net als de vereisten waar een alleenrecht aan moet voldoen wil het een uitzondering vormen op de aanbestedingsplicht.

Kernwoorden: alleenrechten, uitsluitende rechten, concessies, uitzonderingen.

I: Wat wordt verstaan onder een ‘uitsluitend recht’, ‘bijzonder recht’, ‘alleenrecht’ en ‘exclusief recht’?

De termen ‘[alleenrecht](#)’, ‘uitsluitend recht’ en ‘bijzonder recht’ worden in verschillende richtlijnen op verschillende manieren gebruikt.

[Richtlijn 2014/25](#) gebruikt ‘uitsluitend recht’ en ‘bijzonder recht’ als synoniemen (artikel 4 lid 3), terwijl ‘alleenrecht’ een aparte betekenis heeft (artikel 22). [Richtlijn 2014/23](#) en de [Aanbestedingswet 2012](#) gebruiken ‘alleenrecht’ niet en geven verschillende betekenissen aan ‘uitsluitend recht’ en ‘bijzonder recht’. [Richtlijn 2014/24](#) gebruikt vrijwel alleen de term ‘alleenrecht’.

Uitsluitend recht

Een uitsluitend recht is volgens artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan één onderneming wordt verleend. Voor die enkele onderneming wordt het recht voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of activiteit uit te oefenen.

Bijzonder recht

Een bijzonder recht is volgens artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 een recht dat niet aan één, maar aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend. Naast dat het aan meerdere ondernemingen wordt verleend, geldt er nog een aantal aanvullende manieren om het bijzonder recht te verlenen. Zo kan ten eerste het aantal ondernemingen dat een bepaalde dienst of activiteit mag

verrichten tot twee of meer worden beperkt. Ten tweede kunnen enkele concurrerende ondernemingen die een activiteit of dienst verrichten worden aangewezen. Ten derde kunnen decentrale overheden op andere manieren één of meer ondernemingen voordelen verlenen waardoor andere ondernemingen minder goed dezelfde activiteiten onder dezelfde omstandigheden in de regio kunnen uitoefenen.

Exclusief recht

Ook de term ‘exclusieve rechten’ wordt gebruikt in de aanbestedingspraktijk. Deze term lijkt een verzamelbegrip voor uitsluitende, bijzondere en alleenrechten. In de definities van de Aanbestedingswet 2012 komt deze term niet terug. Richtlijnen 2014/23 en 2014/25 gebruiken de term ‘exclusief recht’ wel, maar definiëren deze verder niet.

Concessies

Richtlijn 2014/23 definieert verder [concessies](#) voor werken en diensten in artikel 5 lid 1 sub a en b als “schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel waarbij één of meer [aanbestedende diensten](#) of aanbestedende instanties werken [of diensten] laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk [of de diensten in kwestie] te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling”. Hierbij wordt het operationeel risico dat inherent is aan deze exploitatie, waaronder

eventueel vraag- of aanbodrisico, overgedragen aan de concessiehouder.

De definities van uitsluitend en bijzonder recht die in de Aanbestedingswet 2012 te vinden zijn, zijn (zie ook pagina 43 van de [Memorie van Toelichting](#) bij de wet) ontleend aan de [Mededingingswet](#) en aan de Europese Transparantierichtlijn [2006/111](#). De term 'uitsluitend recht' is bijvoorbeeld ook terug te vinden in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ([VWEU](#)) in artikel 106. De term wordt daar echter niet gedefinieerd.

In de Transparantierichtlijn wordt in artikel 2 sub f 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". Deze formulering komt ook grotendeels terug in artikel 25a sub b van de Mededingingswet. Uit het oogpunt van eenheid van terminologie in Nederlandse wetgeving is in de Aanbestedingswet 2012 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'). Hoewel dit document van vóór de meest recente aanbestedingsrichtlijnen is, blijven sommige overwegingen eruit relevant voor het uit elkaar houden van deze verschillende termen. Immers worden deze termen ook tegenwoordig nog vaak door elkaar heen gebruikt.

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. Het moet "uit hoofde van met het werkingsverdrag verenigbare, wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen" zijn verleend, zie artikel 11 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012.

2: Is een concessie hetzelfde als een uitsluitend recht?

Artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 heeft het in de definiëring van concessieovereenkomst voor diensten of voor openbare werken over 'uitsluitend het recht'. In de [Memorie van Toelichting](#) wordt op pagina 12 de term 'uitsluitend recht' niet verder uitgeweid. In punt 33 van de considerans van Richtlijn 2014/23 wordt benoemd dat aan ondernemers gegunde concessies voor diensten buiten het toepassingsgebied van die richtlijn horen te blijven. Vereist is dan wel dat zij worden gegund op basis van een uitsluitend recht dat die

ondernemer op grond van nationale wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen geniet. De reden voor deze uitzondering is dat het uitsluitend recht het volgen van een [aanbestedingsprocedure](#) onmogelijk maakt.

Dit en het feit dat in de definitie van concessieopdrachten niet de woorden 'uitsluitend' en 'recht' direct aan elkaar worden gebruikt, wijst erop dat bij de definitie van concessieopdrachten geen uitsluitend recht bedoeld wordt. Zie voor meer informatie over [concessies](#) ook de website van Kenniscentrum Europa Decentraal.



3: Wat is er met betrekking tot alleenrechten, bijzondere rechten en uitsluitende rechten geregeld in de aanbestedingsrichtlijn en de Aanbestedingswet 2012?

Richtlijn 2014/24

Indien een aanbestedende dienst of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten (hierna: samenwerkingsverband) een alleenrecht geniet in de zin van artikel 11 Richtlijn 2014/24, dan kan een andere aanbestedende dienst haar opdrachten voor diensten alleen aan deze entiteit gunnen. Artikel 11 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 met het VWEU verenigbare, wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen geniet.

De belangrijkste reden voor de invoering van deze bepaling (al in de vroegere versies van de aanbestedingsrichtlijnen) was, volgens de Europese Commissie in het werkdocument 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'. Voor meer informatie kunt u pagina 23 van het werkdocument van de Commissie raadplegen. Hoewel dit document van vóór de huidige aanbestedingsrichtlijnen is, geldt ook nu nog dat deze beperking het gevolg heeft dat een instantie die een alleenrecht geniet zelf vaak aanbestedingsplichtig is.

Is er dus sprake van een verleend alleenrecht in de zin van artikel 11 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. Er moet dan dus wel aan de eisen die artikel 11 stelt aan onder meer de verlening van het alleenrecht worden voldaan.

Ter bescherming van een legitiem verleend alleenrecht kan een decentrale overheid vervolgens een beroep doen op de uitzonderingsgrond uit artikel 32 lid 2 sub b van Richtlijn 2014/24 en artikel 2.32 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012. Artikel 32 geeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om een opdracht via de [onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking](#) aan één bepaalde ondernemer (dat wil dan dus zeggen: degene die het alleenrecht geniet) te gunnen.

Onder meer naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in *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. De aanbestedende dienst moet ook bewijzen dat de betrokken levering of dienst slechts door een bepaalde leverancier kan worden vervaardigd of geleverd of slechts door een bepaalde dienstverlener kan worden verleend. Aan deze laatste voorwaarde kan volgens het Hof alleen worden voldaan met betrekking tot 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.

Aanbestedingswet 2012

Artikel 11 Richtlijn 2014/24 is geïmplementeerd in artikel 2.24 sub a van de Aanbestedingswet 2012. Artikel 32 van Richtlijn 2014/24 is geïmplementeerd in artikel 2.32 lid 1 sub b van de wet. Uit artikel 2.24 sub a vloeit voort dat deel 2 van de wet (dat ziet op Europese aanbestedingen in de zogenaamde klassieke sectoren en dat een aanvulling is van wat 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). Voorwaarde hiervoor is wel dat het uitsluitend recht verenigbaar is met het VWEU.

Bij een publiek-publiek-samenwerkingsconstructie waarbij een legitiem alleenrecht is verleend, is er geen sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel. Mede daarom is de Aanbestedingswet 2012 in haar geheel en artikel 2.24 in het bijzonder niet van toepassing bij een legitiem verleend alleenrecht bij een nationale aanbesteding.

4: Wat zijn de vereisten van een alleenrecht?

Een te verlenen alleenrecht moet op grond van artikel 11 van Richtlijn 2014/24 aan de volgende voorwaarden voldoen:

1. Het recht moet verleend zijn door een aanbestedende dienst.
2. Het recht moet aan een andere aanbestedende dienst verleend zijn.
Dit betekent dat geen alleenrecht mag worden verleend aan een private partij, zoals een BV, die niet ook een aanbestedende dienst is. Alleenrechten zijn een vorm van publiek-publieke samenwerking.
3. Het alleenrecht is door middel van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen bekendgemaakt.
Onder wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen moet men algemeen verbindende voorschriften verstaan, zoals blijkt uit [ECLI:NL:RBGEL:2015:5490](#). Hieronder kunnen bijvoorbeeld de wet, een raads- of collegebesluit of een

vastgestelde gemeentelijke verordening vallen. Het alleenrecht mag dus niet verleend zijn door middel van een privaatrechtelijke overeenkomst. Uit de uitspraak van de Rechtbank Gelderland blijkt ook dat interne besluiten van het college van burgemeester en wethouders niet voldoende zijn.

4. De bepalingen zoals hierboven genoemd zijn in overeenstemming met het VWEU. Voor meer informatie hierover kunt u vraag 5 bekijken.

Kenniscentrum Europa Decentraal heeft hierover diverse praktijkvragen gepubliceerd, zoals [deze vraag over afvalinzameling](#).



Voorbeeld

Onze gemeente wil samen met een aantal andere gemeenten de afvalinzameling gezamenlijk gaan regelen. Hiervoor willen wij een alleenrecht verstrekken aan een BV die nog moet worden opgericht. Wat moeten wij hiervoor doen?

Antwoord

Een manier waarop dit gedaan zou kunnen worden is door de gemeenten aandeelhouders te maken van de op te richten BV. Daarna moet men de doelstelling van duurzaam en milieuverantwoord huisvuil inzamelen vastleggen in de statuten. Ook moet vastgelegd worden dat alleen publiekrechtelijke rechtspersonen aandeelhouder kunnen zijn. Hierna kan men de nieuwe BV het alleenrecht tot huisvuilinzameling verlenen. Dat alleen de gemeenten aandeelhouders zijn is van belang, want dan hebben de gemeenten een doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de BV en werkt deze alleen voor de gemeenten (zie ook de [Handreiking publiek-publieke samenwerking VNG](#)).

Voorbeeld

Een groep van gemeenten wil een bestaand ICT-bedrijf, een BV, computerprogramma's laten leveren om in deze gemeenten de gegevensbestanden te beheren. Om de software goed te laten werken ontwerpen deze gemeenten hun hele ICT-infrastructuur hier omheen. Om die reden wil de groep gemeenten dit ICT-bedrijf hiervoor een alleenrecht voor vijf jaar geven. Kan dit?

Antwoord

Nee, want hier is geen sprake geweest van een bestuursrechtelijk of wettelijk besluit waardoor een alleenrecht gevestigd wordt. Er is ook geen sprake van een andere aanbestedende dienst aan wie het alleenrecht verleend wordt. Dit is namelijk een gewone BV waar de aanbestedende diensten geen invloed over hebben. Daarom kan er geen alleenrecht worden verleend dat de aanbestedingsregels buiten toepassing verklaart.

5: Hoe zorg je ervoor dat het alleenrecht verenigbaar is met het VWEU?

Voorwaarde voor toepassing van de uitzonderingsbepaling van artikel 11 is dat de aanbestedende dienst het alleenrecht moet genieten uit hoofde van een met het VWEU verenigbare, wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling.

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

Een alleenrecht, dat per definitie de vrijheid van dienstverrichting van andere entiteiten beperkt, is alleen onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd.

Het uitsluitend recht moet gerechtvaardigd zijn door:

- Een uitdrukkelijk in het VWEU genoemde uitzondering (uitoefening van het openbaar gezag, artikel 51 VWEU), openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid (artikel 52 VWEU); of
- Een dwingende redenen van algemeen belang (in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof), die geschikt zijn om het nagestreefde doel te behalen, niet verder

gaan dan noodzakelijk en zonder discriminatie worden toegepast. Dit vergt per geval een individuele toets.

Bij het verlenen van het alleenrecht voor bijvoorbeeld ICT-diensten of afvalinzameling moet dus afgewogen worden of de redenen voor het alleenrecht goed onderbouwd kunnen worden en het er niet alleen toe dient om de aanbestedingsprocedure te ontduiken. Als er een richtlijn van toepassing is die een bepaalde sector liberaliseert, is het verlenen van een uitsluitend recht in die sector in strijd met het VWEU omdat het verlenen van een uitsluitend recht ingaat tegen de doelstelling van die richtlijn, zoals blijkt uit de uitspraak van het Hof *Correos* (zaak [C-220/06](#)).

Een voorbeeld van een toegestane samenwerkingsconstructie met een alleenrecht in overeenstemming met het VWEU is te vinden in een uitspraak tussen AVR Afvalverwerking BV en de gemeente Westland ([ECLI:NL:HR:2011:BU4900](#).) Hier zamelde een overheidsbedrijf afval in waarvan alle aandelen in handen waren van overheden die zeggenschap hadden over de directie en het jaarlijkse beleidsplan van deze onderneming. Het bedrijf had het statutaire doel om in het algemeen belang afval in te zamelen.

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

Artikel 11 van Richtlijn 2014/24 heeft betrekking op rechten die aan aanbestedende diensten verleend zijn om op basis van een

alleenrecht bepaalde diensten te verlenen aan andere aanbestedende diensten. Indien de rechtvaardiging voor de beperking van het vrij verrichten van diensten (artikel 56 VWEU) een dwingende reden van algemeen belang is, moet volgens het werkdocument van de Commissie (pagina 24) 'geen enkele particuliere entiteit een voordeligere positie (...) krijgen dan haar concurrenten'.

Om te verhelderen hoe sommige veel voorkomende vragen over alleenrechten in de praktijk opgelost kunnen worden, volgen hierna enkele voorbeelden.

Voorbeeld

Onze provincie wil een concessie verlenen voor de exploitatie van een evenementenhal. Kan dit ook door middel van een bijzonder of uitsluitend recht?

Antwoord

Ja, dat kan. Concessieovereenkomsten voor dienstverlening betreffen normaliter activiteiten die, gezien hun aard en object en de regels waaraan zij zijn gebonden, onder de verantwoordelijkheid van de staat kunnen vallen en het object kunnen zijn van exclusieve of bijzondere rechten. In aanvulling hierop geeft Richtlijn 2014/23, in artikel 10 aan dat deze richtlijn niet van toepassing is op concessies voor diensten die worden gegund op basis van een uitsluitend recht dat is verleend in overeenstemming met het VWEU.

Voorbeeld

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 kan er een alleenrecht aan dit bedrijf verleend worden. Nodig is dan wel dat dit bedrijf een eigen rechtspersoonlijkheid heeft, als publiekrechtelijke instelling is aan te merken en er aan de overige voorwaarden voldaan is. 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. Het alleenrecht moet op uitdrukkelijke en transparante wijze verleend worden. In de praktijk levert met name de vraag in hoeverre een alleenrecht niet-discriminatoir 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.





KENNISCENTRUM
EUROPA
DECENTRAAL

Contact met Europa Decentraal

info@europadecentraal.nl

www.europadecentraal.nl

De dienstverlening van Kenniscentrum Europa Decentraal beperkt zich tot het verlenen van eerstelijns advies. Wij kunnen geen bindende en gedetailleerde uitspraak doen. Wel kunnen we proberen u aan de hand van relevante informatie verder op weg te helpen. Als u toch behoefte heeft aan een volledig juridisch advies om meer zekerheid en duiding te verkrijgen voor uw specifieke situatie kunt u overwegen een juridisch adviesbureau in te schakelen.