

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/31687> holds various files of this Leiden University dissertation

**Author:** Drahmman, Annemarie

**Title:** Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten : een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht

**Issue Date:** 2015-02-05

## 6 | Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair- arrest<sup>1</sup>

### 6.1 INLEIDING

Het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake Betfair<sup>2</sup> heeft veel stof doen opwaaien. In het arrest oordeelt het Hof (kort samengevat) dat het Nederlandse gesloten vergunningstelsel van de Wet op de kansspelen (WoK) niet in overeenstemming is met artikel 49 EG-Verdrag (thans artikel 56 VWEU) inzake het vrij verkeer van diensten, in het bijzonder met het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. De stilzwijgende verlenging van een WoK-vergunning aan bijvoorbeeld de Lotto zonder enige oproep tot mededinging is in strijd met het VWEU, aldus het Hof.

Er zijn het afgelopen jaar vele publicaties over het arrest verschenen.<sup>3</sup> Deze publicaties richten zich met name op de vraag onder welke voorwaarden het recht op vrij verkeer van diensten mag worden beperkt. In dit artikel wil ik mij richten op een andere vraag, namelijk wat dit arrest leert over de vraag op welke Nederlandse rechtsfiguren het 'Europese' transparantiebeginsel van toepassing zou kunnen zijn.

Eerst zal ik een korte achtergrondschets geven van het Betfair-arrest (par. 6.2). Vervolgens wordt ingegaan op de rechtsfiguren 'opdracht' (par. 6.3), 'concessie' (par. 6.4), de verlening van 'exclusieve rechten' (par. 6.5) en 'vergunning' (par. 6.6). In paragraaf 6.7 wordt ingegaan op de vraag of een vergunning onder omstandigheden als een concessie in de zin van de aanbestedingsrichtlij-

---

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *NTB* 2012/25. De inhoud ervan is afgerond op 24 juli 2012. Het hoofdstuk is een verkorte versie van het artikel dat is gepubliceerd in de *NALL* en hiervoor is opgenomen als hoofdstuk 5.

2 HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08, *AB* 2011/17, m.nt. A. Buijze; *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en *NJ* 2010/491, m.nt. M.R. Mok.

3 O.a. H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel. Een bespreking van het arrest Engelmänn (zaak C-64/08) en tien jaar transparantierecht-spraak van het Hof van Justitie', *NtER* 2011, p. 77 e.v. (hierna: Stergiou 2011); J. Mulder, 'A New Chapter in the European Court of Justice Gambling Saga: A Stacked Deck?', *LIEI* 2011, p. 243 e.v.; P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & S.C.G. van den Bogaert, 'Verdeling van schaarse kansspelvergunningen' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: BJu 2011, p. 159-174, alsmede P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & S.C.G. van den Bogaert 'Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat', *NJB* 2010, p. 1900-1907 en J.C.M. van der Beek, 'Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga', *NtER* 2010, p. 305-317.

nen kan kwalificeren, omdat sprake zou zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel. Na een tussenstand over de toepassing van het transparantiebeginsel bij vergunningverlening (par. 6.8), wordt ingegaan op de vraag of de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) gewijzigd zouden moeten worden (par. 6.9). Paragraaf 6.10 bevat een afronding.

## 6.2 HET BETFAIR-ARREST IN HET KORT

De WoK bepaalt dat aan één rechtspersoon vergunning kan worden verleend voor het organiseren van sportprijsvragen. Daarnaast kan er één vergunning worden verleend voor het organiseren van een totalisator.<sup>4</sup> Er is dus sprake van een gesloten vergunningstelsel. Er wordt slechts één vergunning afgegeven per toegestaan kansspel. Naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State<sup>5</sup> oordeelt het Hof:

‘Dat de afgifte van één vergunning niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, kan er op zich geen rechtvaardiging voor vormen dat bij de verlening van een administratieve vergunning zoals aan de orde in het hoofdgeding, de uit artikel 49 EG voortvloeiende vereisten, met name het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting, niet in acht worden genomen.’<sup>6</sup>

De transparantieplichting is ‘immers een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het *exclusieve recht* te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Een dergelijke verplichting dient ook toepassing te vinden in een systeem waarin de autoriteiten van een lidstaat in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden aan één enkele ondernemer vergunning verlenen, aangezien de gevolgen van een dergelijke *vergunning* jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een *concessieovereenkomst* voor diensten. [cursivering AD]’<sup>7</sup>

Het Hof overweegt verder dat Nederland mag kiezen voor een éénvergunningstelsel, maar dat dit stelsel geen rechtvaardiging kan vormen voor een werkwijze waardoor het Europese beginsel van het vrij verrichten van diensten van zijn nuttige werking wordt beroofd. Wil een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning in zo’n geval gerechtvaardigd zijn dan moet het zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn. Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting

---

4 Een totalisator is een gelegenheid om op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen te wedden.

5 ABRvS 14 mei 2008, nr. 200700622/1.

6 R.o. 46.

7 R.o. 47.

brenge vervolgens met zich dat aan deze objectieve criteria voldoende bekendheid moet worden gegeven.<sup>8</sup> De WoK-vergunningen aan De Lotto en SGR zijn, zonder enige oproep tot mededinging, verlengd met respectievelijk drie en vijf jaar. Deze niet-transparante verlengingsprocedure heeft belet dat andere exploitanten hun interesse in de uitoefening van de te vergunnen activiteit kenbaar konden maken. Het Hof oordeelt verder dat de gevolgen van het toelaten van mededinging op de markt van de kansspelen moet worden onderscheiden van de gevolgen van het toelaten van mededinging voor de toekenning van de betrokken opdracht. Ten slotte overweegt het Hof dat als de vergunning zou worden verleend aan 'een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen' de toekenning of de verlenging van exclusieve rechten voor de exploitatie van kansspelen ten gunste van één exploitant, zonder oproep tot mededinging, niet onevenredig is.<sup>9</sup> Het Hof vergelijkt in het arrest (de effecten van) een éénvergunningstelsel met een concessiestelsel, omdat bij beide een exclusief recht wordt verleend.

Dat het arrest van het Hof geen eendagsvlieg of uitglijder is, blijkt uit het kort daarop gewezen Engelmann-arrest<sup>10</sup> waarin de overwegingen van het Hof uit het Betfair-arrest over de toepassing van het transparantiebeginsel bij vergunningverlening worden herhaald.

Wolswinkel stelt terecht in zijn annotatie bij het Betfair-arrest<sup>11</sup> dat als wordt uitgegaan van een strikte scheiding tussen privaatrecht (concessieovereenkomsten) en publiekrecht (schaarse vergunningen), het arrest van het Hof revolutionair mag lijken, maar dat de uitspraak bezien vanuit het Europese perspectief van de interne markt en de fundamentele vrijheden geen verrassing kan worden genoemd. Het Hof kijkt in zijn jurisprudentie namelijk niet naar de vorm van de gekozen rechtsfiguur (zoals publiek- of privaatrecht), maar naar het effect van de overheidsmaatregel. Als het gevolg van een overheidsstelsel is dat het vrij verkeer van diensten beperkt wordt, ongeacht of dit een vergunning, een (concessie)overeenkomst of nog een andere rechtsfiguur is, dan moeten de vereisten van artikel 56 VWEU en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting in acht worden genomen.<sup>12</sup> In Nederlandse literatuur wordt echter de vorm (een privaatrechtelijke concessieovereenkomst of een

---

8 R.o. 48-51.

9 R.o. 58-60. De Afdeling is op grond van het arrest van het Hof vervolgens nagegaan of De Lotto en SGR konden worden aangemerkt als een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. Op 23 maart 2011 oordeelde de Afdeling dat dit niet het geval is (ABRvS 23 maart 2011, nr. 200700622/1/H3-A, AB 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel; JB 2011/131 en NJB 2011/880).

10 HvJ EU 9 september 2010, nr. C-64/08, NJ 2010/661. Zie eveneens Stergiou 2011.

11 HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08, JB 2010, 171, m.nt. C.J. Wolswinkel.

12 Wie meer wil weten over het transparantiebeginsel en de jurisprudentie van het Hof hierover verwijst ik naar Stergiou 2011.

publiekrechtelijke vergunning) vaak als het essentiële criterium genoemd om te bepalen of een dienst moet worden aanbesteed of niet.<sup>13</sup> Gelet op de materiële benadering van het Hof is die formele benadering niet toereikend, maar moet worden gezien welke nationale rechtsfiguren voldoen aan het materiële criterium van het Hof.

Ik zal daarom hierna ingaan op verschillende rechtsfiguren waarbij het transparantiebeginsel van toepassing zou kunnen zijn. Gelet op het feit dat het *Betfair*-arrest betrekking heeft op het verrichten van een dienst (kansspel-aanbod) en niet op een werk of levering, wordt hierna met name ingegaan op concessieovereenkomsten voor diensten.

### 6.3 DE OPDRACHT

Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG is primair van toepassing op (bepaalde) overheidsopdrachten. In essentie heeft een overheidsopdracht betrekking op inkoopactiviteiten van de overheid. In Richtlijn 2004/18/EG worden 'overheidsopdrachten' gedefinieerd als schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.<sup>14</sup> De definitie van 'overheidsopdracht' bevat twee belangrijke elementen, namelijk 'overeenkomst' en 'onder bezwarende titel'. Op deze twee elementen wordt hierna in paragraaf 6.7 ingegaan.

Op grond van artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG moeten aanbestedende diensten transparant handelen. Buiten twijfel staat dan ook dat het transparantiebeginsel op opdrachtverlening van toepassing is. Daarom zal de opdracht in dit artikel verder niet aan de orde komen. Daarnaast kan de vraag worden gesteld wat de verschillen zijn tussen subsidie- en opdrachtverlening, zeker als een subsidie wordt verleend na het volgen van een 'tenderprocedure'. De vervolgvraag is dan of en zo ja wanneer het transparantiebeginsel bij subsidieverlening in acht moet worden genomen. In dit artikel laat ik de subsidiever-

---

13 Zie bijv. E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009, p. 100.

14 Artikel 1 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Dit artikel is geïmplementeerd in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao). Het Bao bevat een vergelijkbare begripsomschrijving.

lening verder buiten beschouwing en beperk ik mij tot de in het Betfair-arrest genoemde rechtsfiguren: de concessie en de vergunning.<sup>15</sup>

#### 6.4 DE CONCESSIE

Volgens vaste jurisprudentie is het transparantiebeginsel van toepassing op concessieverlening.<sup>16</sup> Omdat het Europese aanbestedingsrecht een eigen omschrijving van het concessiebegrip heeft, zal ik deze hieronder kort toelichten. Als in het vervolg van dit artikel wordt gesproken over de 'concessie' dan gaat het uitdrukkelijk om de uitleg van dit begrip zoals het voortvloeit uit het Unierecht.<sup>17</sup>

Een concessie vertoont grote gelijkenissen met een opdracht. De definitie van een concessieovereenkomst voor diensten in Richtlijn 2004/18/EG bepaalt immers zelf al dat het een overeenkomst is 'met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.'<sup>18</sup> Het essentiële verschil tussen een opdracht en een concessie is dus gelegen in de tegenprestatie: de tegenprestatie bestaat bij een concessie uit het verlenen

---

15 Zie voor het antwoord op deze vragen: A. Drahmman, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *Gst.* 2011/115 en A. Drahmman, 'Kan het subsidierecht transparanter?', *Gst.* 2011/124.

16 Zie Stergiou 2011 voor een overzicht van deze jurisprudentie.

17 Dit is van belang nu er ook andere, meer nationaal georiënteerde beschrijvingen van het concessiebegrip worden gehanteerd. Zo omschrijven Schlössels & Zijlstra een concessie als een handeling die de overheid in het algemeen belang noodzakelijk acht en deze onder bepaalde voorwaarden door een particulier laat verrichten; deze laatste is niet alleen toegestaan, maar ook verplicht de activiteit te verrichten. Het enige juridische verschil tussen een concessie en een vergunning is volgens Schlössels & Zijlstra de plicht tot het verrichten van de handeling (R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 811-812 en 836-837 (hierna: Schlössels & Zijlstra 2010)). Dankers-Hagenaars heeft daarnaast onderzoek gedaan naar de historische wortels van de concessie in Nederland (D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: BJu 2000 (hierna: Dankers-Hagenaars 2000)).

18 Artikel 1 Richtlijn 2004/18/EG. Dit artikel is geïmplementeerd in het Bao. Het Bao bevat een vergelijkbare begripsomschrijving.

van een recht.<sup>19</sup> Zo wordt voor het recht om openbaar vervoer te verrichten een concessie verleend op grond van de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000).

Op dit moment bestaan er twee Europese aanbestedingsrichtlijnen<sup>20</sup> en is er geen concessierichtlijn. Op 20 december 2011 heeft de Europese Commissie echter een voorstel voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen gepubliceerd alsmede een voorstel voor een richtlijn betreffende de gunning van concessieopdrachten.<sup>21</sup> In dit laatste voorstel wordt een concessie voor diensten gedefinieerd als

‘een contract onder bezwarende titel dat schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten of aanbestedende entiteiten wordt gesloten en de verrichting van diensten (...) als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.’

Zoals gesteld zal hierna nog ingegaan worden op de elementen ‘overeenkomst’ en ‘onder bezwarende titel’ (par. 6.7). Van belang voor hier is dat bij concessieverlening een overheidsorgaan dus een (exploitatie)recht verleent aan één partij. Andere ondernemers kunnen niet diezelfde dienst exploiteren, omdat zij niet beschikken over de concessie.

---

19 Naast de tegenprestatie (de rechtstreekse betaling voor een dienst respectievelijk het verlenen van een (exploitatie)recht voor die dienst) zijn er nog andere verschillen tussen een opdracht en concessie. Een tweede verschil is dat bij concessieverlening ook sprake moet zijn van de overdracht van het exploitatierisico aan de concessiehouder (zie hiervoor o.a. artikel 2 lid 2 en overweging 7 van het voorstel voor een concessierichtlijn, HvJ EU 10 maart 2011, nr. C-274/09 (Stadler/Passau) en de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 20.. (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3. p. 44). Een derde verschil tussen een opdracht en een concessie zou kunnen zijn gelegen in het soort activiteiten waarvoor een dienstenconcessie de geschikte rechtsvorm is. In de Interpretatieve Mededeling (Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (2000/C 121/02), PB C 121 van 29 april 2000) wordt gesteld 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. Nu dit derde element geen onderdeel vormt van de definitie van een concessie in Richtlijn 2004/18/EG is dit echter geen juridisch relevant verschil, maar kan het wel een rol spelen bij de beleidsmatige keuze voor een concessiesysteem.

20 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

21 COM(2011) 897 definitief. Zie over het nieuwe voorstel tevens B.J.H. Blaisse-Verkooyen & D.C. Orobio de Castro, ‘Voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 2)’, *TBR* 2012/69 en G. ‘t Hart, ‘Voorstel voor een concessierichtlijn: niet zonder water bij de wijn’, *TA* 2012-03, p. 256 e.v.

## 6.5 DE VERLENING VAN EXCLUSIEVE RECHTEN

Het Betfair-arrest heeft betrekking op de verlening van een 'exclusief recht' bij administratieve vergunning. Het begrip 'exclusief recht' komt niet voor in de Nederlandse vertaling van het VWEU en slechts eenmaal in de titel van artikel 3 aanbestedingsrichtlijnen.<sup>22</sup> Het begrip 'bijzondere of uitsluitende rechten' komt wel voor in zowel het VWEU<sup>23</sup> als de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>24</sup> In de Engelse versie van zowel het Betfair-arrest als Richtlijn 2004/18/EG wordt gesproken over het verlenen van 'exclusive rights'. Niet uitgesloten is dan ook dat het woord 'exclusief recht' in het Betfair-arrest dezelfde betekenis heeft als het begrip 'uitsluitend recht' in het VWEU en de aanbestedingsrichtlijnen. In dat geval zou het transparantiebeginsel van toepassing zijn op besluiten waarbij een 'uitsluitend recht' (of exclusief recht) of 'bijzonder recht' wordt verleend.<sup>25</sup>

Het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), dat een implementatie is van de aanbestedingsrichtlijnen, bevat een definitie van de begrippen 'uitsluitend recht' en 'bijzonder recht'. In essentie is bij een uitsluitend recht<sup>26</sup> sprake van een monopolie en bij een bijzonder recht<sup>27</sup> van een oligopolie.

22 Opvallend is dat de titel van artikel 3 Richtlijn 2004/18/EG luidt: 'Toekenning van bijzondere of exclusieve rechten: nondiscriminatieclausule'. In het artikel zelf wordt echter gerefereerd aan de verlening van 'bijzondere of uitsluitende rechten'.

23 Artikel 106 lid 1 VWEU.

24 Artikel 3 Richtlijn 2004/18/EG en overweging 25 en artikel 2 lid 3 Richtlijn 2004/17/EG.

25 Voor de toepassing van het transparantiebeginsel bij de verlening van bijzondere en uitsluitende rechten is van belang dat uit de aanbestedingsrichtlijnen niet volgt dat voor de verlening van deze rechten een aanbesteding moet worden gehouden. Artikel 3 Richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat wanneer een aanbestedende dienst aan een lichaam dat zelf geen aanbestedende dienst is, bijzondere of uitsluitende rechten verleent om openbare diensten te verlenen, in de akte waarbij deze rechten worden verleend, wordt bepaald dat dit lichaam, bij de opdrachten voor leveringen die het in het kader van deze activiteit bij derden plaatst, het beginsel van niet-discriminatie op grond van de nationaliteit moet naleven.

26 Een uitsluitend recht is volgens het Bao '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'.

27 Een bijzonder recht is volgens het Bao '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: (1) 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, (2) verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aangewezen, of (3) aan een of meer ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen 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'.



Gelet op het feit dat de aanbestedingsrichtlijnen slechts betrekking hebben op opdrachten en niet op (eenzijdige) besluiten waarbij uitsluitende of bijzondere rechten worden verleend, leek lange tijd de stelling verdedigbaar dat aanbestedingsbeginselen, zoals het transparantiebeginsel, niet op deze verlening van toepassing zijn. Artikel 106 VWEU (voorheen artikel 86 EG-Verdrag) bepaalt echter dat lidstaten met betrekking tot ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel nemen of handhaven die in strijd is met de regels van de verdragen en het transparantiebeginsel vloeit rechtstreeks voort uit deze verdragen. Het Hof had eerder al geoordeeld dat, hoewel concessieovereenkomsten voor diensten niet vallen binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen, de overheden die concessieovereenkomsten sluiten wel de fundamentele regels van het VWEU in het algemeen, en in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, in acht moeten nemen.<sup>28</sup> Het *Betfair*-arrest breidt deze jurisprudentielijn uit naar de verlening van exclusieve rechten, los van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat ook bij de verlening van bijzondere en uitsluitende rechten een transparante procedure moet worden gevolgd, tenzij een van de Verdragsuitzonderingen van toepassing is.<sup>29</sup> De regeling in de aanbestedingsrichtlijnen laat het primaire Unierecht immers onverlet, hetgeen betekent dat er op grond van het Unierecht in beginsel een transparante verdeelprocedure moet plaatsvinden.

Een laatste vraag is dan nog bij welk soort besluiten een uitsluitend of bijzonder recht gevestigd kan worden. De Awb kent immers een eigen besluitbegrip. Uit de definitie van bijzondere en uitsluitende rechten in het Bao volgt dat een uitsluitend of bijzonder recht bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming moet worden verleend. In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 20.. wordt gesteld dat de rechten op diverse wijzen kunnen worden verleend, variërend van een wet in formele zin of ander wettelijk voorschrift tot een vergunning of andersoortig besluit van een bestuursorgaan.<sup>30</sup> Ook de memorie van toelichting op artikel 25a Mededingingswet benadrukt dat de rechten kunnen worden verleend door ieder bestuursorgaan (de rijksoverheid, de provinciale of gemeentelijke overheid, een waterschap, p.b.o.- of ander (zelfstandig) bestuursorgaan) en in iedere

---

28 Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie: Stergiou 2011.

29 Aanknopingspunten hiervoor kunnen ook worden gevonden in het Werkdocument van de Europese Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking') uit 2011 (SEC (2011) 1169 definitief van 4 oktober 2011). Zie tevens de 'Explanatory note' van de Europese Commissie (Explanatory note – utilities directive: definition of exclusive or special rights (Document CC/2004/33)). Vgl. ook artikel 4 lid 4 van het voorstel voor een concessierichtlijn.

30 Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3. p. 43.

publiekrechtelijke vorm (variërend van wet in formele zin tot een vergunning van burgemeester en wethouders).<sup>31</sup>

In het verleden is betoogd dat uit het Bao volgt dat het mogelijk is om bij enkel bestuursrechtelijk besluit zonder nadere wettelijke grondslag en zonder enige vorm van (met name voorafgaande) transparantie in acht te nemen een uitsluitend of bijzonder recht te vestigen.<sup>32</sup> Dit standpunt lijkt mij echter, zoals hiervoor uiteengezet, achterhaald. Dat een besluit niet onder de reikwijdte van de richtlijnen valt, betekent niet dat de Verdragsbeginselen niet in acht hoeven te worden genomen.<sup>33</sup>

Samenvattend kan worden gesteld dat de Nederlandse versie van het Betfair-arrest betrekking heeft op de verlening van 'exclusieve rechten', terwijl het VWEU en de aanbestedingsrichtlijnen slechts het begrip 'uitsluitende rechten' kennen. Gelet op het feit dat in de Engelse versies van het VWEU, de aanbestedingsrichtlijnen en het Betfair-arrest wel consequent wordt gerefereerd aan de verlening van 'exclusive rights', lijkt sprake te zijn van een 'vertaalfout' in de Nederlandse tekst. De WoK-vergunning uit het Betfair-arrest voldoet ook aan de definitie van een 'uitsluitend recht' uit het Bao. Het recht is immers bij besluit van een bestuursorgaan (een vergunning) aan een onderneming 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, namelijk het organiseren van kansspelen. Hieruit kan mijns inziens worden afgeleid dat het Hof van oordeel is dat ook voor de verlening van 'exclusieve' of 'uitsluitende' rechten in beginsel een transparante verdelprocedure moet plaatsvinden, tenzij voldaan wordt aan de in dat arrest genoemde uitzondering.

In het Betfair-arrest was sprake van een éénvergunningstelsel. Het is echter ook mogelijk dat het aantal vergunningen weliswaar wordt beperkt, doch niet tot één maar tot enkele vergunningen. Een concreet Nederlands voorbeeld is de ontheffing die wordt verleend op grond van de Winkeltijdenwet. Op grond van een winkeltijdenverordening kan een gemeenteraad bepalen dat ontheffing kan worden verleend aan bijvoorbeeld twee (of meer) supermarkten om op zondag geopend te zijn. Hetgeen hiervoor gesteld is over de verlening van exclusieve vergunningen (uitsluitende rechten) geldt mijns inziens onver-

---

31 Daarnaast wordt gesteld dat het verschil tussen uitsluitende of bijzondere rechten en 'gewone' rechten is dat bij uitsluitende of bijzondere rechten het aantal ondernemingen dat over dat recht kan beschikken op voorhand is beperkt. Als voorbeelden van een 'gewoon' recht worden APK-garages en vestigingsvergunningen op grond van de Vestigingswet bedrijven 1954 genoemd (Kamerstukken II 2000/01, 27 870, nr. 3, p. 7-8).

32 Vgl. B.J. Drijber & H. Stergiou, 'Public procurement law and internal market law', *CMLR* 2009, p. 805-846.

33 Vgl. J.M. Hebly, 'Bewust kiezen voor een nationaal aanbestedingsbeleid' in: Hebly, Manunza & Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht* 2010, nr. 38, p.25-26 en C. van Hulsteijn, 'Uitsluitend recht: uitsluitend onder exceptionele omstandigheden', *TA* 2012, p. 43-52.

kort voor de verlening van bijzondere rechten, omdat de gevolgen van deze verlening hetzelfde effect hebben als de verlening van een uitsluitend recht, namelijk dat ondernemers zonder dit recht hun dienst niet mogen verrichten. Ook deze vergunningverlening valt daarom onder de werking van artikel 56 VWEU.

## 6.6 VERGUNNINGEN

Het *Betfair*-arrest heeft betrekking op een *WoK*-vergunning. Het transparantiebeginsel kan dus van toepassing zijn op een bepaald soort vergunningen. Hiervoor is al ingegaan op vergunningen waarbij een exclusief recht wordt verleend. Hierna zal ik kort nog enige opmerkingen maken over wat een vergunning is, waarbij in het bijzonder wordt ingegaan op de *Dienstenrichtlijn*.

De rechtsfiguur 'vergunning' komt niet voor in de aanbestedingsrichtlijnen. Uit flankerende Europese regelgeving, met name de *Dienstenrichtlijn*, en jurisprudentie kunnen echter wel wat algemene lijnen worden afgeleid waarmee het Europees vergunningbegrip kan worden onderscheiden van opdrachten en concessies.

De *Dienstenrichtlijn* bevat een omschrijving van een 'vergunningstelsel'.<sup>34</sup> Onder 'vergunningstelsel' wordt verstaan: 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'.<sup>35</sup> In overweging (39) van de *Dienstenrichtlijn* wordt gesteld dat het begrip vergunningstelsel onder meer dient te duiden op 'de administratieve procedures voor de verlening van vergunningen, licenties, erkenningen of concessies, en ook op de verplichting zich voor de uitoefening van de activiteit in te schrijven als beroepsbeoefenaar, zich te laten opnemen in een register, op een rol of in een databank, officieel benoemd te zijn door een instantie of een beroepskaart aan te vragen.' De concessie wordt hier aangeduid als een mogelijke vorm van een vergunningstelsel, mits sprake is van een administratieve procedure.<sup>36</sup>

---

34 Zie uitgebreid over de *Dienstenwet*: C.J. Wolswinkel, 'Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009/120 en C.J. Wolswinkel, 'The allocation of a Limited Number of Authorities, Some General Requirements from European Law', *REALaw* 2009, nr. 2, p. 61-104.

35 Artikel 4 *Dienstenrichtlijn*.

36 In overweging 57 wordt benadrukt dat de *Dienstenrichtlijn* betrekking heeft op vergunningstelsels die betrekking hebben op de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit door marktdeelnemers en dus niet besluiten over de oprichting van een publieke of private entiteit voor het verrichten van een specifieke dienst of het aangaan van overeenkomsten met het oog op het verrichten van een specifieke dienst, waarop de regels inzake overheidsopdrachten van toepassing zijn.

De Dienstenrichtlijn hanteert dus een ruim vergunningbegrip.<sup>37</sup> De Dienstenrichtlijn is geïmplementeerd in de Dienstenwet. In artikel 1 van deze wet is een definitie van 'vergunning' opgenomen, namelijk: 'beslissing, uitdrukkelijk of stilzwijgend, over de toegang tot of de uitoefening van een dienst'.

Verwarrend is dat in de Dienstenrichtlijn wordt gesteld dat een 'concessie' een administratieve vergunning kan zijn, terwijl zoals hiervoor is besproken de aanbestedingsrichtlijnen uitgaan van de 'concessieovereenkomst'. Hier lijkt dus geen eenduidig begrippenkader te worden gehanteerd. Een mogelijke verklaring kan wellicht worden gevonden in de verschillen tussen de nationale concessiefiguren. In de Interpretatieve Mededeling wordt gesteld dat onder de Dienstenrichtlijn handelingen vallen waarmee een overheidsinstelling een machtiging of een vergunning voor een economische activiteit verleent, ook al worden die handelingen in sommige lidstaten als concessieovereenkomsten aangemerkt.<sup>38</sup> In dat geval zou gesteld kunnen worden dat de nationale kwalificatie van een rechtsverhouding Europeesrechtelijk niet van (doorslaggevend) belang is. Dat zou wellicht betekenen dat als in het ene land een 'concessie'stelsel aangemerkt moet worden als een 'vergunning'stelsel onder de Dienstenrichtlijn, wellicht in een ander land een vergunning moet worden gekwalificeerd als een concessieovereenkomst onder de Aanbestedingsrichtlijn. Daarop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

Het aantal beschikbare vergunningen in de zin van de Dienstenrichtlijn kan dus beperkt zijn, maar dit hoeft niet. In de vorige paragraaf ben ik al ingegaan op het onderscheid tussen 'gewone' vergunningen en 'vergunningen voor bijzondere of uitsluitende rechten', namelijk dat bij uitsluitende of bijzondere rechten het aantal ondernemingen dat over dat recht kan beschikken op voorhand is beperkt en bij gewone vergunningen niet. Ter voorkoming van misverstanden wijs ik erop dat ook bij de verlening van 'gewone' vergunningen Europese randvoorwaarden gelden. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof kan een stelsel van een voorafgaande administratieve vergunning geen rechtvaardiging vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de Unievoorschriften, met name die betreffende een fundamentele vrijheid als de vrijheid van dienstverrichting, van hun nuttig effect kunnen worden beroofd. Zo'n vergunningstelsel is volgens het Hof slechts gerechtvaardigd indien het is gebaseerd op objectieve, niet-discriminerende en vooraf bekende criteria, die ervoor zorgen dat duidelijke grenzen

---

37 Vergunningen moeten voldoen aan artikel 10 Dienstenrichtlijn. Dit artikel bepaalt dat vergunningstelsels moeten zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. Deze criteria moeten onder meer 'transparant en toegankelijk' zijn. Als het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is wegens een schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden dan moet een selectieprocedure worden vastgesteld. Deze procedure moet transparant zijn (artikel 11 en 12 Dienstenrichtlijn).

38 Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (2000/C 121/02), PB C 121 van 29 april 2000.

worden gesteld aan de uitoefening door de nationale autoriteiten van hun beoordelingsbevoegdheid.<sup>39</sup> Ook voor 'gewone' vergunningen wordt deze verplichting gebaseerd op het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Het doel van de verplichting is echter anders. Bij een 'gewone' vergunning wordt door het in acht nemen van de transparantieplichting een grens gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten zodat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt. Om controle van de onpartijdigheid van de vergunningprocedure mogelijk te maken, is het noodzakelijk dat het besluit op een voor het publiek toegankelijke wijze wordt gemotiveerd.<sup>40</sup> In het *Betfair*-arrest, waar sprake is van de verlening van een exclusief recht, wordt naast de motiveringsplicht, de nadruk gelegd op de passende bekendmaking vooraf. De transparantieplichting houdt in dat geval in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de vergunningverlening voor mededinging openstaat. Bij een 'gewone' vergunning speelt dit element van het transparantiebeginsel niet, omdat (blijkens het *Betfair*-arrest) het effect van deze vergunningverlening niet vergelijkbaar is met concessieverlening.<sup>41</sup>

Voor Nederlandse wetgevingsjuristen vormen de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) de leidraad voor het schrijven van wetgeving. Een vergunning is volgens aanwijzing 125 Ar een beschikking waarbij een bepaalde handeling wordt toegestaan. Aanwijzing 131d Ar heeft specifiek betrekking op vergunningen in de zin van de Dienstenwet.<sup>42</sup> Op de regeling in de Ar wordt in paragraaf 6.9 nader ingegaan.

---

39 O.a. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-338/09 (*Yellow Cab*).

40 HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-470/11.

41 Voor de vraag welke verplichtingen uit het transparantiebeginsel voortvloeien, verwijs ik naar A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?' in: *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie (Jonge VAR-reeks 8)*, Den Haag: BJu 2010.

42 Deze aanwijzing is sinds 11 mei 2011 in de Ar opgenomen (Strct. 2011, 6602). Gesteld wordt dat als bij een vergunningstelsel in de zin van de Dienstenwet het aantal beschikbare vergunningen beperkt is, een selectieprocedure wordt ingesteld die alle waarborgen voor transparantie en onpartijdigheid biedt voor gegadigden, met inbegrip van een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure. Een 'vergunningstelsel' is 'elke procedure die voor een dienstverrichter de verplichting inhoudt om bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming voor de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'. In aanwijzing 125 Ar is een verwijzing naar dit artikel opgenomen. In de toelichting wordt gesteld dat de Dienstenrichtlijn een andere definitie van de term vergunning hanteert dan aanwijzing 125 Ar. De verwijzing naar aanwijzing 131d Ar dient dan ook om de lezer op de afzonderlijke aanwijzing voor Dienstenrichtlijnvergunningen te wijzen.

## 6.7 KAN EEN VERGUNNING EEN CONCESSIE NAAR EUROPEES AANBESTEDINGSRECHT ZIJN?

Hiervoor is al ingegaan op de verlening van een exclusief recht bij vergunning (zoals bij de WoK het geval is), maar kan een vergunning onder omstandigheden ook een concessie in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen zijn? Op zowel vergunningen waarbij een exclusief recht wordt verleend als op concessies is het transparantiebeginsel van toepassing. Zoals gesteld is de Europese Commissie echter voornemens om concessies voor diensten onder het toepassingsbereik van een nieuwe richtlijn over de gunning van concessieopdrachten te brengen.<sup>43</sup> Indien deze richtlijn in werking treedt, zouden vergunningen die voldoen aan de definitie van een concessie uit deze richtlijn aan de regels die worden gesteld in de richtlijn moeten voldoen.

In veel gevallen zal het verschil tussen een vergunning en een concessie evident zijn. Dit is het geval als de vergunningverlening niet 'schaars' is. Als eenieder die aan de voorwaarden voor vergunningverlening voldoet, de vergunning kan verkrijgen, is geen sprake van een concessie. Zowel de concessie- als de opdrachtverlening houden immers de selectie van een (markt)partij in.<sup>44</sup>

Met betrekking tot de reikwijdte van de 'opdracht' en de 'concessie' wordt vaak de nadruk gelegd op het element 'overeenkomst onder bezwarende titel'. Zo stellen Pijnacker Hordijk e.a. zich op het standpunt dat een vergunning geen concessie kan zijn, omdat geen sprake is van een overeenkomst. Een vergunning van overheidswege om bepaalde activiteiten te verrichten heeft volgens hen geen opdracht karakter: de overheid neemt niet het initiatief om die activiteiten te verrichten, maar bewilligt in de uitoefening van die activiteiten door de vergunningaanvrager. Het begrip concessie veronderstelt dat de overheid de uitoefening van de activiteit nodig acht, terwijl die intentie bij vergunningverlening geen gegeven is.<sup>45</sup> Ook in de nota van toelichting bij het Bao<sup>46</sup> en in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 20.<sup>47</sup>

---

43 COM(2011) 897 definitief.

44 Dit blijkt ook uit overweging 6 van het voorstel voor een concessierichtlijn waarin wordt gesteld dat bepaalde staatshandelingen zoals machtigingen of vergunningen waarbij de staat of een overheid de voorwaarden voor de uitoefening van een economische activiteit vaststelt, niet als concessies kwalificeren. Hetzelfde geldt voor bepaalde overeenkomsten die tot voorwerp hebben het recht van een ondernemer om bepaalde publieke domeinen of rijkdommen te exploiteren, zoals pachtcontracten waarbij de staat enkel algemene voorwaarden voor het gebruik ervan vaststelt zonder bepaalde werken of diensten te verwerven.

45 E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009, p. 100.

46 In de NvT Bao wordt over de elementen 'overeenkomst' en 'bezwarende titel' gesteld dat er geen sprake is van een overheidsopdracht wanneer middels een eenzijdige rechtshandeling (indirect) een opdracht wordt verleend, bijv. het instellen van een dienst of het aanwijzen

wordt gesteld dat geen sprake is van een overheidsopdracht wanneer middels een eenzijdige rechtshandeling (indirect) een opdracht wordt verleend, bijvoorbeeld het instellen van een dienst of het aanwijzen van een toezichthouder. Mijns inziens is echter niet uitgesloten dat onder bepaalde omstandigheden een vergunning kan worden aangemerkt als een concessieovereenkomst. Hierbij zijn twee elementen uit de definitie van de concessie uit de aanbestedingsrichtlijn van belang, namelijk 'overeenkomst' en 'bezwarende titel'.

### 6.7.1 Bezwarende titel: uitvoeringsplicht

Met de bezwarende titel wordt bedoeld op de uitvoeringsplicht. In overweging 6 van het voorstel voor een concessierichtlijn wordt gesteld dat de uitvoering van de dienst waarvoor de concessie wordt verleend onderworpen is aan specifieke door de aanbestedende dienst bepaalde bindende verplichtingen die juridisch afdwingbaar zijn. Een 'gewone' vergunning bevat normaliter geen uitvoeringsplicht. Echter, juist bij de toekenning van een (exclusief) recht worden meestal ook (uitvoerings)plichten opgelegd. De overheid kiest voor het toekennen van exclusieve rechten omdat er een publiek belang is gemoeid met de diensten of activiteiten in kwestie. Daartegenover staat een verplichting met het oog op de behartiging van dat belang.<sup>48</sup>

Ook Schlössels & Zijlstra stellen dat het enige juridische verschil tussen een concessie en een vergunning de plicht tot het verrichten van de handeling is.<sup>49</sup> Dit rechtvaardigt echter de vraag of een schaarse 'vergunning' met een uitvoeringsplicht niet als concessie gekwalificeerd kan (en moet) worden.

Stergiou stelt terecht dat het verstrekken van een vergunning over het algemeen genomen niet kan worden beschouwd als het verstrekken van een overheidsopdracht. Op basis van een vergunning is een onderneming bevoegd

---

zen van een toezichthouder. Voor een overeenkomst onder bezwarende titel is niet noodzakelijk dat de aanbestedende dienst een prijs betaalt. Ook een andersoortige economische tegenprestatie, bijvoorbeeld een exploitatierecht, vormt een bezwarende titel (Stb. 2005, 408, p. 54).

47 In de MvT Aanbestedingswet 20.. wordt ook benadrukt dat het begrip overeenkomst betekent dat 'de begripsomschrijvingen niet zien op eenzijdige rechtshandelingen als bijvoorbeeld het instellen van een dienst of een zelfstandig bestuursorgaan' (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 47).

48 Aldus de MvT Mededingingswet. Zo staat tegenover het recht op distributie van elektriciteit in een bepaalde regio de plicht tot voorziening in onrendabele gedeelten van die regio (althans zolang de elektriciteitsvoorziening niet is geliberaliseerd). Een voorbeeld van een uitsluitend recht voor geheel Nederland is de exclusieve bevoegdheid tot het verrichten van bepaald postvervoer in Nederland op basis van de Postwet. Een voorbeeld van regionale exclusieve rechten zijn nutsvoorzieningen, zoals een (gemeente)waterleidingbedrijf dat het uitsluitende recht heeft water te leveren binnen een bepaalde regio of het exclusieve recht om busvervoer in een bepaalde regio te verrichten. (Kamerstukken II 2000/01, 27 870, nr. 3, p. 7-8)

49 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812 en 836-837.

om een bepaalde (economische) activiteit te ontplooiën. Een dergelijke toestemming is vaak niet gebaseerd op een contractuele relatie en een bezwarende titel ontbreekt in het merendeel van de gevallen, aangezien een vergunninghouder geen vergoeding ontvangt voor het verrichten van de activiteiten.<sup>50</sup> Indien de onderneming op grond van een vergunning echter het exclusieve recht verkrijgt onder de (uitvoerings)verplichting dat de vergunde activiteit wordt verricht, is wellicht wel sprake van een concessie.

Nijhof stelt met betrekking tot de nakoming dat in het bestuursrecht onderscheid kan worden gemaakt tussen begunstigende en belastende beschikkingen. Volgens Nijhof geldt voor een begunstigende beschikking geen plicht tot nakoming, maar voor een belastende beschikking wel. Nijhof constateert naar aanleiding van een sectorenonderzoek in de post-, elektriciteits-, drinkwater- en openbaar vervoersmarkt dat materieel sprake is van concessies maar dat de jure gekozen wordt voor (eenzijdige) bestuursrechtelijke rechtsfiguren. De verplichting tot nakoming wordt ofwel in de vergunning ofwel in de wet in formele zin opgenomen. Er ontstaat hierbij een rechtsfiguur die zowel een begunstigend als belastend element heeft.<sup>51</sup> Dankers-Hagenaars (die uitgaat van een historisch concessiebegrip) betoogt dat een concessie wordt verleend ter behartiging van een algemeen belang en bestemd is tot gebruik door het publiek. Dit uitgangspunt rechtvaardigt volgens haar het opleggen van een uitvoeringsplicht en daarmee onderscheidt de concessie zich van andere publiekrechtelijke rechtsfiguren.<sup>52</sup>

Indien naast de vergunningverlening ook een uitvoeringsovereenkomst gesloten wordt, kan nakoming van de overeenkomst worden gevorderd en is zonder twijfel sprake van een bezwarende titel. De vraag is dan hoe een uitvoeringsplicht die bij wettelijk voorschrift of vergunningvoorschrift wordt opgelegd, moet worden gekwalificeerd. Een aanknopingspunt zou het door Zijlstra bepleitte terminologische onderscheid tussen 'burgerplichten' en 'burgerlasten' kunnen zijn.<sup>53</sup> De uitvoeringsplicht die bij wettelijk voorschrift

50 Stergiou 2011.

51 M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 27-29, 192-193, p. 231-236, p. 300-301 en 309 (hierna: Nijhof 2000).

52 Dankers-Hagenaars 2000, p. 269 e.v. Zie eveneens D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, 'Het rechtskarakter van de concessie in Nederland', in: *De concessie, 'revival' van een oud instrument? Opstellen inzake de geschiedenis, het rechtskarakter en de toepassing van de concessie, in het bijzonder in de sfeer van Verkeer en Waterstaat*, Ministerie van Verkeer Waterstaat 2000, p. 136-139.

53 Voor een 'burgerlast' zou dan aangesloten kunnen worden bij het Duitse begrip 'Obliegenheiten'. Een Obliegenheit is 'de gehoudenheid zich in een bepaalde situatie jegens een ander op een bepaalde wijze te gedragen op straffe van verval of beperking van toekomstige rechten of bevoegdheden. Als een activiteit waarvoor een subsidie is verleend, niet wordt verricht, kan geen nakoming worden gevorderd. De subsidie kan 'slechts' lager worden vastgesteld en teruggevorderd worden. Er is dan dus geen sprake van een burgerplicht, maar van een burgerlast. Indien echter naast het subsidiebesluit ook een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten, kan wel nakoming worden gevorderd. Ook als de niet-naleving van een voorwaarde met een bestuurlijke boete of een dwangsom zou kunnen worden gehand-



of vergunningvoorschrift wordt opgelegd, zal in beginsel handhaafbaar zijn en is daarmee een burger- of rechtsplicht. Mijns inziens is dan ook verdedigbaar dat in een dergelijk geval sprake is van een 'bezwarende titel'.

### 6.7.2 Overeenkomst

Daarnaast volgt uit zowel de eerdergenoemde Interpretatieve Mededeling<sup>54</sup> als jurisprudentie van het Hof<sup>55</sup> dat het begrip 'overeenkomst' materieel moet worden uitgelegd, ongeacht de juridische kwalificatie in het nationale recht. In de Interpretatieve Mededeling wordt gesteld dat iedere overheidshandeling, of het nu gaat om een eenzijdige handeling of om een contract, waarbij voorwaarden voor een economische prestatie worden vastgelegd, moet voldoen aan de regels en beginselen van het VWEU. In de mededeling worden eenzijdige rechtshandelingen dus uitdrukkelijk wel onder de reikwijdte van een 'concessieovereenkomst' gebracht, mits het eenzijdige rechtshandelingen betreft waarmee de derde heeft ingestemd.<sup>56</sup>

Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen wanneer sprake is van een concessieovereenkomst. Zo stelt de Interpretatieve Mededeling dat zij geen betrekking heeft op onder andere 'handelingen waarmee een overheidsinstelling een machtiging of een vergunning voor een economische activiteit verleent, ook al worden die handelingen in sommige lidstaten als concessieovereenkomsten aangemerkt'. Als voorbeelden van dergelijke vergunningen worden taxivergunningen, vergunningen voor het gebruik van de openbare weg (krantenkiosken, caféterrassen) en rechtshandelingen met betrekking tot apotheken en benzinepompen genoemd.<sup>57</sup> Ik vermoed dat de Europese Commissie hiermee heeft willen stellen dat een 'gewone' vergunning (oftewel een vergunning die eenieder die aan de voorwaarden voldoet kan verkrijgen) niet onder de werkingssfeer van de mededeling valt, ook niet als in een lidstaat deze toestemming een concessieovereenkomst wordt genoemd. De door de Europese

---

haafd, verandert de last volgens Zijlstra in een rechtsplicht (S.E. Zijlstra, 'Burgerplichten en burgerlasten in het bestuursrecht', *NTB* 2009/1).

54 Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (2000/C 121/02), PB C 121 van 29 april 2000.

55 In het bijzonder het Scala-arrest (HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-399/98, *NJ* 2002/11) en het Asemfo-arrest (HvJ EG 19 april 2007, nr. C-295/05, *NJ* 2007/417, m.nt. M.R. Mok). Zie ook Correos-arrest, waarin het Asemfo-arrest wordt genuanceerd (HvJ EG 18 december 2007, nr. C-220/06, *NJ* 2008/281) en de arresten Stoss (HvJ EU 8 september 2010, nr. C-316/07, *NJ* 2010/645) en Anomar (HvJ EG 11 september 2003, nr. C-6/01).

56 Met betrekking tot de vraag of eenzijdige rechtshandelingen ook onder het concessiebegrip kunnen vallen zijn ook overweging 21 en 22 van het voorstel voor een concessierichtlijn interessant.

57 Zie ook B.J. Drijber & H. Stergiou, 'Public procurement law and internal market law', *CMLR* 2009, p. 805-846.

Commissie genoemde voorbeelden zijn echter niet per definitie 'gewone' vergunningen. Zo is de taximarkt in Nederland lange tijd gesloten geweest.

Ten slotte kan een parallel getrokken worden met het ambtenarenrecht. Het ambtenarenrecht is formeel ook eenzijdig, maar vormt materieel een tweezijdige rechtsbetrekking. Wilsovereenstemming is formeel niet vereist, maar moeilijk voorstelbaar is dat iemand tegen zijn wil in wordt aangesteld als ambtenaar.<sup>58</sup> Gesteld kan worden dat het concessiebesluit het karakter van een 'acte negocié' heeft.<sup>59</sup> Ook dit illustreert dat een eenzijdige rechtshandeling een concessieovereenkomst kan zijn, mits deze rechtshandeling van de overheid wordt aanvaard door de concessiehouder.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat een vergunning onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een overeenkomst onder bezwarende titel. Als met de vergunningverlening ook een recht wordt verleend, wordt aan alle elementen van een 'concessie' zoals omschreven in de aanbestedingsrichtlijnen, voldaan. Dit kan in het bijzonder het geval zijn bij schaarse vergunningen waaraan een uitvoeringsplicht is verbonden.

#### 6.8 TUSSENSTAND: TOEPASSING VAN HET TRANSPARANTIEBEGINSEL BIJ VERGUNNINGVERLENING

Een concessie is op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen een overeenkomst onder bezwarende titel waarbij de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat uit de verlening van een recht. Bij schaarse vergunningverlening wordt eveneens een recht verleend. Zo wordt het verbod om kansspelen aan te bieden, doorbroken door aan één of enkele partijen dit exploitatierecht te verlenen. Onder omstandigheden kan een vergunning worden aangemerkt als een overeenkomst onder bezwarende titel. Dit is het geval wanneer het aantal mogelijke vergunninghouders beperkt wordt en er een uitvoeringsplicht aan de vergunning wordt verbonden. Hoewel strikt genomen sprake is van een éenzijdige rechtshandeling, is moeilijk voorstelbaar dat aan een marktpartij tegen zijn wil een vergunning wordt verleend. Een partij zal de vergunning aanvragen en op basis van die aanvraag worden geselecteerd. Vervolgens wordt de vergunning (met uitvoeringsplicht) verleend. Indien de vergunninghouder geen bezwaarschrift indient, kan dit worden geïnterpreteerd als de aanvaarding van de vergunning en daarmee de plicht om het recht uit te voeren.

Indien een vergunning niet kan worden aangemerkt als een tweezijdige rechtshandeling of anderszins niet voldoet aan de elementen van de definitie van een 'concessieovereenkomst', dan zou het eenzijdige besluit wellicht

---

<sup>58</sup> Zie ook Nijhof 2000, p. 27-29, 192-193, p. 231-236, p. 300-301 en 309.

<sup>59</sup> Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam 2011, p. 193.

kunnen worden aangemerkt als een 'bijzonder of uitsluitend recht' als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen. Een uitsluitend recht is een recht dat 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. Dit is het geval bij de kansspelvergunningen. In de WoK noch in de verleende kansspelvergunningen is een uitvoeringsplicht opgenomen. Dat betekent dat deze vergunningen mijns inziens niet voldoen aan de definitie van een concessie, maar dat wel sprake is van een besluit waarbij een exclusief recht wordt verleend.

Uit onder andere het Betfair-arrest kan worden afgeleid dat voor zowel concessieverlening als de verlening van vergunningen waarbij exclusieve (of uitsluitende) rechten worden verleend, een transparante selectieprocedure georganiseerd moet worden, tenzij de in het arrest genoemde uitzondering van toepassing is.

#### 6.9 WIJZIGING VAN DE AANWIJZINGEN VOOR DE REGELGEVING?

In het voorgaande is bezien onder welke omstandigheden het nodig is een transparante verdeelprocedure te organiseren voor vergunningverlening. Hiervoor is onder meer gekeken naar de (Europeesrechtelijke) rechtsfiguren 'opdracht', 'concessie' en 'vergunning'. In het Nederlandse bestuursrecht worden de Ar vaak als uitgangspunt genomen om te bepalen welk rechtsfiguur geëigend is om verboden en geboden vorm te geven. In de Ar worden de vergunning,<sup>60</sup> vrijstelling,<sup>61</sup> ontheffing<sup>62</sup> en erkenning<sup>63</sup> onderscheiden. De Ar noemt de figuur van de concessie niet. Zoals gesteld omschrijven

---

60 Een vergunning is volgens aanwijzing 125 Ar een beschikking waarbij een bepaalde handeling wordt toegestaan. Volgens Schlössels & Zijlstra is de vergunning een uitzondering op een verbod terzake van handelingen die de overheid op zichzelf niet onwenselijk acht, maar die zij alleen op een bepaalde wijze wil doen plaatsvinden (Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812).

61 Een vrijstelling is volgens aanwijzing 125 Ar een besluit waarbij een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt voor een categorie van gevallen. Volgens Schlössels & Zijlstra is de vrijstelling het spiegelbeeld van de vergunning, namelijk de uitzondering op een algemeen gebod (bijv. de vrijstelling van de dienstplicht zoals die vroeger bestond) (Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812).

62 Een ontheffing is volgens aanwijzing 125 Ar een beschikking waarbij in een individueel geval een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt. Volgens Schlössels & Zijlstra is de ontheffing een uitzondering op een verbod of een gebod, en betreft het handelen respectievelijk nalaten waar de overheid in beginsel wél afwijzend tegenover staat, en die zij alleen in uitzonderlijke gevallen wil toestaan (Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812).

63 Een erkenning is volgens aanwijzing 125 Ar een beschikking waarbij wordt vastgesteld dat een persoon of instelling aan bepaalde eisen voldoet (Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812 en 836-837).

Schlössels & Zijlstra een 'concessie' als een handeling die de overheid in het algemeen belang noodzakelijk acht en deze onder bepaalde voorwaarden door een particulier laat verrichten; deze laatste is niet alleen toegestaan, maar ook verplicht de activiteit te verrichten. Het enige juridische verschil tussen een concessie en een vergunning is volgens Schlössels & Zijlstra de plicht tot het verrichten van de handeling.<sup>64</sup> Nijhof stelt dat voor de concessie geldt dat de overheid de handeling niet afwijst (waarvoor de ontheffing bedoeld is), maar er ook geen neutrale positie over inneemt (waarvoor de vergunning bedoeld is). Bij concessieverlening streeft de overheid de handeling juist na en acht de handeling in het algemeen wenselijk, maar overheidsregulering is noodzakelijk door marktfalen. Een concessie is daardoor volgens Nijhof te vergelijken met een subsidie. Ook bij een subsidie wil de overheid een activiteit stimuleren, maar bij een concessie wordt de uitvoering van de activiteit verplicht. Een subsidie met een uitvoeringsovereenkomst is dan ook volgens Nijhof vergelijkbaar met een concessie.<sup>65</sup>

Als gezegd noemt de Ar de figuur van de concessie niet. Dit is van belang, nu wel wordt gesteld dat het gebruik van andere termen voor de vier hiervoor genoemde figuren vergunning, vrijstelling, ontheffing en erkenning (zoals toestemming, instemming of verlof) moet worden vermeden. Gelet op het feit dat de aanbestedingsrichtlijnen deze rechtsfiguur wel kennen, kan dit tot gevolg hebben dat op grond van de Ar een vergunningstelsel in het leven wordt geroepen, terwijl voldaan wordt aan de Unierechtelijke begripsomschrijving van een concessie. Dit is het geval bij schaarse vergunningen met een uitvoeringsplicht. In dit verband wijs ik ook op Schlössels & Zijlstra die stellen dat nu 'concessie' geen wettelijk vastgelegd begrip is, het niet overal in de wetgeving dezelfde betekenis heeft. Zo kan een gemeentelijke verordening die voor het exploiteren van een rondvaartbedrijf een vergunning eist, gekoppeld aan een uitvoeringsovereenkomst die voorziet in een plicht tot het verzorgen van de dienst, materieel als concessiestelsel worden beschouwd.<sup>66</sup> Dit is volgens mij inderdaad een goed voorbeeld van een concessiestelsel, waarbij ik ervan uitga dat de gemeente het aantal beschikbare exploitatievergunningen voor rondvaartbedrijven beperkt heeft en er dus een vorm van schaarste is. Naar aanleiding van het Betfair-arrest rijst de vraag of deze exploitatievergunning dan ook niet door middel van een transparante verdeelprocedure moet worden verleend.

Dankers-Hagenaars schreef in 2000 dat het gebruik van het woord 'concessie' in Nederland op historische gronden (en onder invloed van het Franse rechtstelsel) verklaarbaar was, terwijl juridisch systematisch gezien het woord 'vergunning' wellicht beter op zijn plaats zou zijn.<sup>67</sup> Anno 2012 is mijns in-

---

64 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812 en 836-837.

65 Nijhof 2000, p. 236-238.

66 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 839.

67 Dankers-Hagenaars 2000, p. 13 e.v.

ziens eerder het omgekeerde het geval: mede op basis van de Ar wordt gekozen voor een 'vergunning', terwijl het begrip 'concessie' vanuit Europees perspectief soms te prefereren valt.

Over het rechtskarakter van de concessie betogen Schlössels & Zijlstra dat een concessie krachtens privaatrechtelijke bevoegdheid (met name het eigendomsrecht) beter geen concessie genoemd kan worden, net zoals het onwenselijk zou zijn om over 'privaatrechtelijke vergunningen' te spreken.<sup>68</sup> Naar mijn mening zouden een privaatrechtelijke concessieovereenkomst en een publiekrechtelijk concessiebesluit naast elkaar kunnen bestaan, mits beide materieel overeenkomen met het concessiebegrip uit de aanbestedingsrichtlijnen. Ik zou er daarom voor willen pleiten om het concessiebegrip als rechtsfiguur toe te voegen aan de Ar. Deze omschrijving zou zoveel mogelijk moeten aansluiten bij het materiële concessiebegrip uit Richtlijn 2004/18/EG en de toekomstige concessierichtlijn. Gedacht zou kunnen worden aan:

'een concessie is een besluit dat de uitvoering van werken of de verrichting van diensten als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren werken of diensten bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk of de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs, en waarbij de concessiehouder verplicht wordt de werken of diensten uit te voeren'.

Hierdoor zouden alle rechtsfiguren die materieel aan deze omschrijving voldoen, ongeacht hun (publiek- of privaatrechtelijke) rechtskarakter, aangeduid worden als 'concessie'.

#### 6.10 AFRONDING

Manunza maakt in haar preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht onderscheid tussen 'aanbestedingsrecht stricto sensu' en 'aanbestedingsrecht in ruime zin'. Onder het aanbestedingsrecht in ruime zin valt volgens haar ook de verdeling van schaarse rechten bij vergunning. Zij ziet geen goede redenen om het mechanisme van de openbare aanbesteding te beperken tot de klassieke overheidsopdrachten.<sup>69</sup> De motieven die aan een aanbestedingsverplichting ten grondslag liggen,<sup>70</sup> gelden immers even sterk bij de verstrekking van

---

68 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 840. In 1996 pleitte Nijholt er zelfs voor om aanbestedingsovereenkomsten te kwalificeren als publiekrechtelijke overeenkomsten (H. Nijholt, *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw*, Deventer: Kluwer 1996, p. 151-157).

69 E.R. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten' in: Hebly, Manunza & Scheltema 2010, p. 59 (hierna: Manunza 2010).

70 Manunza concludeert dat met een openbare aanbesteding zowel de rechtmatigheid (vanwege het neveneffect van corruptiebestrijding en de bevordering van gelijke kansen van geïnteresseerde burgers) als de doelmatigheid (vanwege de effectieve besteding van belastinggelden) van overheidsbestedingen wordt gediend (Manunza 2010, p. 85-86).

schaarse vergunningen en bepaalde subsidies. Volgens haar zou daarom overwogen kunnen worden om de reikwijdte van de Aanbestedingswet 20.. uit te breiden.<sup>71</sup> Op basis van bovenstaande analyse kan ik mij vinden in deze visie op het 'aanbestedingsrecht in ruime zin'. Daarbij wil ik wel benadrukken dat bij 'aanbestedingsrecht in ruime zin' slechts sprake is van een 'aanbesteding light'. Dat betekent dat bij de verlening van bepaalde schaarse besluiten, zoals vergunningen, geen volledige aanbesteding volgens de regels van de aanbestedingsrichtlijnen hoeft plaats te vinden, maar – gelet op het Betfair-arrest – wel een transparante verdeelprocedure zal moeten plaatsvinden.<sup>72</sup>

Van belang is dat het Europees en nationaal recht aan rechtsfiguren met dezelfde benaming een andere uitleg geven. Dit heeft tot gevolg dat een Nederlandse vergunning met een uitvoeringsovereenkomst onder omstandigheden gekwalificeerd kan worden als concessieovereenkomst als bedoeld in de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Belangrijker is echter het besef dat ook besluiten (met name vergunningen) die vergelijkbare gevolgen hebben als concessieovereenkomsten, omdat zij één partij (of enkele partijen) selecteren ten koste van anderen, op grond van het Betfair-arrest, moeten voldoen aan de Verdragsbeginselen, waaronder het transparantiebeginsel. Het toepassingsbereik van het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel is daarmee uitgebreid naar bepaalde soorten vergunningstelsels, namelijk naar stelsels waarbinnen schaarse vergunningen worden verstrekt.

De Awb bevat (nog) geen wettelijke regeling omtrent verlening van schaarse besluiten. Een dergelijke regeling zou zowel in de Awb als in de Aanbestedingswet 20.. kunnen worden opgenomen, waarin dan direct een verplichting tot een transparante verdeelprocedure zou kunnen worden opgenomen. Voor een verdere ontwikkeling van dit leerstuk is het mijns inziens van belang dat de uitleg van diverse rechtsfiguren naar Nederlands en Europees recht wordt geharmoniseerd. Overwogen zou kunnen worden het begrip 'concessie' aan aanwijzing 125 van de Aanwijzingen voor de regelgeving toe te voegen. Hiermee wordt wetgevingsjuristen expliciet de mogelijkheid geboden om in

---

71 Manunza 2010, p. 109-111.

72 Voor de vraag naar de mogelijke gevolgen van het Betfair-arrest merk ik hier nog op dat het VWEU alleen van toepassing is bij grensoverschrijdendheid. De verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten zijn niet van toepassing bij zuiver interne situaties (Zie bijv. ABRvS 23 november 2011, LJN BU5444). De vraag wanneer sprake is van een zuiver interne situatie mag overigens niet te terughoudend worden beantwoord (aldus onder meer concl. A-G Bot van 17 december 2009 bij het Betfair-arrest (nr. C-203/08), vgl. ook HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-470/11). Verder kan met reden de vraag worden gesteld of het wenselijk is dat bij grensoverschrijdende situaties andere normen (zoals een transparantiebeginsel) zouden gelden dan bij zuiver interne situaties. Beantwoording van die vraag gaat het bestek van deze bijdrage echter te buiten.

plaats van een vergunning met uitvoeringsplicht, een concessiebesluit te introduceren.

Daarnaast zou de bestuursrechter bij de beslechting van geschillen over schaarse besluiten (meestal schaarse vergunning- of ontheffingstelsels) zich steeds de vraag moeten stellen of dit vergunning- of ontheffingstelsel materieel een concessiestelsel is dan wel een vergunning- of ontheffingstelsel is dat dezelfde effecten heeft (omdat een exclusief of bijzonder recht wordt verleend). In beide gevallen zouden Verdragsbeginselen als het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting door het bestuursorgaan in acht moeten worden genomen en zou de bestuursrechter daaraan dus dienen te toetsen. Concreet gevolg zou zijn dat meer vergunningstelsels voor de markt worden geopend.