

# Concessies 2.0: de concessie op de grens van de vergunning, de overheidsopdracht en de subsidie

NTB 2020/257

## 1. Inleiding

De concessie is van oudsher naar Nederlands recht een ietwat schimmige rechtsfiguur. Zij heeft eigenlijk nooit echt vaste voet onder de grond gekregen, ondanks verschillende pogingen daartoe. Tot voor kort viel in de praktijk met die vaagheid wel te leven. Maar met de inwerkingtreding van het op de Concessierichtlijn gebaseerde regime van de Aanbestedingswet 2012, is daarin per 1 juli 2016 verandering gekomen. De Aanbestedingswet 2012 bevat nu een licht aanbestedingsregime voor bepaalde concessieopdrachten voor diensten en werken. Hiermee is het rechtskarakter van de concessie echt op scherp komen te staan.<sup>2</sup> Het is van groot belang de concessie zo nauwkeurig mogelijk te onderscheiden van met name de vergunning, de overheidsopdracht en de subsidie, want voor een correcte toepassing moet duidelijk zijn welk bestuursoptreden onder het aanbestedingsregime van de Aanbestedingswet 2012 valt en welk niet. Zo is niet uitgesloten dat wat in de praktijk een vergunning, subsidie of overheidsopdracht wordt genoemd rechtens eigenlijk een concessie blijkt te zijn. Het is bovendien van belang dat ook de (bijzondere) wetgever zich hiervan bewust is als hij een vergunning-, subsidie- of concessiestelsel in het leven roept of wijzigt, want door de goede aanduidingen te gebruiken kan hij veel verwarring in de praktijk voorkomen. Het verdient daarom aanbeveling dat in de Aanwijzingen voor de regelgeving een adequate omschrijving van het begrip 'concessie' wordt opgenomen. De tijd is er rijp voor.

De daarvoor te beantwoorden vraag is wat onder een concessie moet worden verstaan. Welke soorten concessies kunnen worden onderscheiden, in welke opzichten verschillen deze van de andere genoemde rechtsfiguren en wat betekent dat voor de erop van toepassing zijnde rechtsregels? In het verlengde daarvan rijst de vraag in hoeverre in ons rechtstelsel voor de concessie een algemene regeling moet worden getroffen.

In deze bijdrage wordt eerst gezien welke soorten concessies we naar Nederlands recht kennen en of en in hoeverre die wettelijk zijn geregeld (paragraaf 2). Daarna wordt ingegaan op de vraag of en in hoeverre concessies dienen te worden aanbesteed en hoe de concessieopdracht van andere rechtsfiguren, zoals de overheidsopdracht en de vergunning, kan worden onderscheiden (paragraaf 3).

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de verhouding met het uitsluitend recht, want concessieopdrachten die op basis van een uitsluitend recht worden gegund zijn uitgezonderd van het concessieregime van de Aanbestedingswet 2012 (paragraaf 4). Daarna is aan de orde hoe de concessie moet worden onderscheiden van de subsidie (paragraaf 5). Ten slotte zal blijken dat de verschillende soorten concessies onderling te zeer verschillen om het gehele concept van de concessie zinvol op één plaats vast te leggen, maar dat een bepaald type – te weten de publiekrechtelijke concessie met een specifieke wettelijke grondslag – wel een plaats in de Aanwijzingen voor de regelgeving verdient. Ik rond af met een concreet voorstel daarvoor (paragraaf 6), waarna een slotwoord volgt (paragraaf 7).

## 2. De rechtsfiguur van de concessie naar Nederlands recht

### 2.1 Functie van de concessie

De rechtsfiguur van de concessie wordt vooral gebruikt om de rechtsbetrekking vorm te geven tussen de overheid en de privaatrechtelijke (rechts)persoon die een bepaalde publieke taak verricht.<sup>3</sup> De concessiehouder, ook wel de concessionaris genoemd, heeft een eigen rechtsverhouding met de burger in zijn rol van afnemer, ook wel aangeduid als de consument of de cliënt. De concessiehouder verricht de geconcessioneerde activiteit in beginsel voor eigen rekening en risico. Daar staat evenwel tegenover dat de concessiehouder recht heeft op de revenuen die de verrichting van de activiteit hem oplevert. Niet uitgesloten is overigens dat de concessiehouder tevens financieel wordt gesteund door de overheid. Het kan zowel gaan om een (aanvullende) betaling voor het verrichten van de concessieopdracht als om andere vormen van financiële steunverlening, zoals subsidie.

De overheid acht zich als concessieverlener wel eindverantwoordelijk voor de realisatie van de publieke taak – de zorg is haar al dan niet bij wet toevertrouwd –, maar zij laat de uitvoering, en daarmee de primaire verantwoordelijkheid, over aan de concessiehouder. De verlening van concessies vindt vooral plaats op economische en daaraan gerelateerde terreinen. Concessies komen in Nederland op diverse beleidsvelden voor, zo valt te wijzen op het terrein van het openbaar vervoer, de media, de nutssectoren, de delfstoffen, etc.<sup>4</sup> In het buitenland, vooral in Zuid-Europa, heeft het gebruik van deze rechtsfiguur een grotere vlucht genomen,

1 Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 Johan Wolswinkel, 'Concession Meets Authorisation: New Demarcation Lines under the new Concessions Directive?' *EPPPL* (4) 2017, p. 396 e.v.

3 De paragrafen 2 en 3 zijn voor een belangrijk deel ontleend aan: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidszaken. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 8.5.3, p. 396 e.v.

4 Zie de hierna aan de hand van de wetgeving en rechtspraak genoemde voorbeelden.

hetgeen mede de achtergrond verklaart van de totstandkoming van de Concessierichtlijn.<sup>5</sup>

## 2.2 Begripsomschrijving

De rechtsfiguur van de concessie is naar Nederlands recht niet helemaal uitgekristalliseerd. Daardoor heerst er enige onzekerheid over wat precies onder een concessie moet worden verstaan.<sup>6</sup> Van oudsher wordt in de literatuur een onderscheid gemaakt tussen vergunningen en concessies, maar juist aan dat onderscheid wordt in de praktijk – zowel door de wetgever als het bestuur – niet steeds consequent de hand gehouden. Van der Pot (1932), die als een van de eersten heeft nagedacht over een ordening van verschillende soorten bestuurshandelingen, wees er reeds op dat de wetgever er bij een vergunning in beginsel onverschillig tegenover staat of de activiteiten waarvoor de vergunning wordt verleend inderdaad worden verricht, terwijl hij bij een concessie de uitvoering van de activiteiten met het oog op het publiek belang wenselijk acht.<sup>7</sup>

Het wezenlijke verschil tussen een concessie en een vergunning is dat een concessiehouder verplicht is om een concessie in gebruik te nemen en de concessie uit te voeren, terwijl het een vergunninghouder weliswaar geoorloofd is de vergunde activiteiten te verrichten maar hij daartoe niet is verplicht. Er is bij de vergunning weliswaar geen sprake van een rechtsplicht om de vergunning te gebruiken, maar wel van een last om, als de vergunning wordt gebruikt, conform de vergunningvoorschriften te handelen.<sup>8</sup> Niet alleen als een vergunninghouder een vergunning in gebruik neemt maar ook als een concessiehouder een concessie in gebruik neemt, dienen zij de vergunde respectievelijk de geconcessioneerde activiteiten in overeenstemming met de gestelde voorschriften te verrichten. In zoverre stemmen de

beide rechtsfiguren met elkaar overeen. Het cruciale verschil zit evenwel in de aard van de te verrichten activiteit zelf: de concessiehouder heeft rechtens de verplichting op zich genomen tot verrichting van de gepermitteerde activiteiten, terwijl de vergunninghouder de bevoegdheid heeft gekregen deze te verrichten, maar daartoe rechtens niet gehouden is.

Het verschil tussen de concessie en de vergunning komt vooral voor het voetlicht onder de omstandigheid dat het voor de houder van de concessie respectievelijk de vergunning niet (meer) aantrekkelijk is om de activiteit te verrichten, in het bijzonder omdat de financiële risico's te groot worden. De vergunninghouder heeft dan jegens de vergunningverlener rechtens geen verplichting tot het verrichten van de vergunde activiteiten, de concessiehouder wordt dan evenwel geconfronteerd met zijn verplichtingen jegens de concessieverlener. Wezenlijk voor concessies is derhalve dat de concessiehouder verplicht is de geconcessioneerde activiteiten te verrichten, terwijl hij ook het exploitatierisico draagt.

De omstandigheid dat de concessiehouder een verplichting aangaat door de aanvaarding van de concessie is van betekenis voor het rechtskarakter van de concessie. Het is enigszins ingewikkeld dit aanvaardingselement bestuursrechtelijk goed te duiden. Het besluit en de beschikking in de zin van art. 1:3 Awb zijn eenzijdige rechtsfiguren.<sup>9</sup> De concessie past zo gezien minder goed in dit systeem.

## 2.3 Algemene regels over concessies?

Het verdient aandacht dat de rechtsfiguur van de concessie niet is gedefinieerd in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Het gevolg ervan is dat de wetgever juist ten aanzien van deze figuur een weinig consistente lijn volgt. De oorzaak van de afwezigheid van een adequate begripsomschrijving is, naar het zich laat aanzien, gelegen in de hier gememoreerde onduidelijkheden over het rechtskarakter.

Halverwege de 19<sup>e</sup> eeuw is ooit voorgesteld om in ons land een algemene concessiewet vast te stellen. Maar dit voorstel heeft het Staatsblad nooit bereikt. Het wetsvoorstel was van de hand van Thorbecke en werd in 1865 ingediend.<sup>10</sup> Ook daarna zijn in die periode nog wel voorstellen in deze richting gedaan, maar die hebben de eindstreep evenmin gehaald.<sup>11</sup> De concessie bleef daardoor zeer lange tijd vooral een buitenwettelijke rechtsfiguur. Dit neemt overigens niet weg dat we ten onzent van oudsher een enkele concessie met een *specifieke* wettelijke grondslag kennen. Te noemen valt met name de Mijwet 1810.<sup>12</sup> Deze wet werd pas per

5 Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, PbEU 2014, L 94/1. Zie voor de gegevens over Zuid-Europa: Commission Staff Working Document, *Impact Assessment of an Initiative on Concessions*, SEC (2011) 1588 final, p. 94 e.v. (Annex IV).

6 Zie Frank van Ommeren, 'Het rechtskarakter van de concessie', AA 1987, p. 334 e.v., D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en Frankrijk* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 257 e.v. en M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief* (diss. UU), Deventer: Kluwer 2000, p. 229 e.v. en meer recent A. Drahmman, 'Uitdijging van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?', *NTB* 2012, p. 184 e.v., ook opgenomen in A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. UL), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 121 e.v., C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 83-85 en p. 266-270 en O. Kwast, 'Een andere benadering van het right to challenge, De concessie als kern van een algemene regeling?', *RegelMaat* 2019, p. 430 e.v. Zie vanuit Unierechtelijk perspectief: Wolswinkel 2017, p. 396 e.v.

7 C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', in: *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1932, p. 222. De hedendaagse relevantie van dit onderscheid wordt gerelativeerd door: R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Band 1*, 7<sup>e</sup> druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 670.

8 Vgl. S.E. Zijlstra, 'Burgerplichten en burgerlasten in het bestuursrecht', *NTB* 2009, p. 1 e.v., die er terecht op wijst dat een dergelijke last naar Duits recht, ter onderscheid van de rechtsplicht, wel als een *Obliegenheit* wordt aangeduid, een term die in de Nederlandse privaatrechtelijke doctrine eveneens wel voor dit soort gehoudenheden wordt gebezigd.

9 F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: *Het besluit voorbij*, VAR preadvies, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 28, 29.

10 Handelingen Tweede Kamer 1864/65, Bijlagen 905 e.v. (Bijblad van de Nederlandse Staatscourant).

11 Waarover uitvoerig: Dankers-Hagenaars 2000, p. 89 e.v.

12 Waarover uitvoerig: Dankers-Hagenaars 2000, p. 279 e.v.

1 januari 2003, met de inwerkingtreding van de Mijnbouwwet, ingetrokken.

Sinds 1 juli 2016 kent de Aanbestedingswet 2012 een algemene regeling – deel 2a – voor concessieopdrachten.<sup>13</sup> Tot op zekere hoogte is dit deel, tezamen met de algemene bepalingen – deel 1 – van deze wet, te beschouwen als een algemene wettelijke concessieregeling. Een echte algemene concessiewet is deze regeling echter niet. Zij heeft alleen betrekking op de fase van de totstandkoming van de concessieopdracht en dus niet op de inhoud en de uitvoering van de concessie (zij het dat haar voorschriften daarin kunnen doorklinken). Bovendien heeft deze regeling geen betrekking op concessies die niet kunnen worden aangemerkt als concessieopdrachten in de zin van de Aanbestedingswet 2012.

#### 2.4 Wettelijke concessies

Er zijn enige specifieke wettelijke bepalingen die aan een bestuursorgaan uitdrukkelijk de bevoegdheid toekennen tot het verlenen van een concessie. De zogeheten wettelijke concessies vinden hun basis uiteraard in deze specifieke wettelijke voorschriften. Voorbeelden zijn art. 19 e.v. Wet personenvervoer 2000, art. 16 e.v. Spoorwegwet en art. 2.19 e.v. Mediawet 2008.

De verlening van een concessie op grond van een specifieke wettelijke grondslag is aan te merken als een publiekrechtelijke rechtshandeling en derhalve als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, meer in het bijzonder als een beschikking in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb. De wettelijke concessie is te omschrijven als een besluit waarbij een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt en de persoon of instelling die de concessie houdt tevens wordt verplicht de desbetreffende activiteiten te verrichten. In die gevallen dat de activiteit waarvoor toestemming wordt gegeven feitelijk niet door anderen kan worden verricht, is het niet noodzakelijk dat de concessie als een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod is geformuleerd.<sup>14</sup>

Niet uitgesloten is dat in de praktijk in aanvulling op deze publiekrechtelijke concessie een overeenkomst, een zogeheten uitvoeringsovereenkomst, wordt gesloten tussen de concessieverlener en de concessiehouder. Dat gebeurt onder meer teneinde de concessievoorschriften uitdrukkelijk door wederzijdse instemming te verankeren. Een voorbeeld biedt de prestatieovereenkomst die ingevolge art. 2.22 Mediawet 2008 voor de duur van het concessiebeleidsplan wordt gesloten tussen de minister van OCW en de NPO. Een buitenwettelijk voorbeeld is een uitvoeringsovereenkomst tussen een provincie en een concessiehouder voor de aanschaf van bussen ten behoeve van een vervoersconcessie. Ter vergelijking zij opgemerkt dat we de constructie waarin een eenzijdige publiekrechtelijke rechtsfiguur wordt gecombineerd met een uitvoeringsovereenkomst, ook zien bij de

verstrekking van subsidies; de Awb kent een wettelijke titel voor de subsidie-uitvoeringsovereenkomst (art. 4:36 Awb).

#### 2.5 Buitenwettelijke concessies

Van oudsher worden in ons land ook concessies verleend zonder dat het bestuursorgaan daartoe een specifieke wettelijke titel heeft. Deze concessies worden doorgaans – maar niet altijd – door de overheid gesloten op grond van een *privaatrechtelijke* titel. Te denken valt in het bijzonder aan de overheid als opdrachtgever voor het verrichten van bepaalde diensten of werken en als eigenares van bepaalde grond. Bij de overheid als opdrachtgever van bepaalde diensten gaat het in de praktijk in het bijzonder om de opdracht tot het voor eigen risico exploiteren van (gemeentelijke) parkeergarages, zwembaden, sportfaciliteiten, het inzamelen van huishoudelijk afval etc.<sup>15</sup>

Dit soort concessies heeft vanwege deze titel een privaatrechtelijk karakter. Het zijn overeenkomsten onder bezwarende titel, zogeheten concessieovereenkomsten, die door middel van een aanbod en de aanvaarding daarvan tot stand komen. Een arrest waarin het rechtskarakter van dit soort concessies tot uitdrukking komt is het arrest Coevorden/Gasfabriek. De Hoge Raad overweegt daarin dat:

“het op de onderhavige concessieovereenkomst steunende recht tot het hebben, onderhouden en gebruiken van gasleidingen in gemeentegrond, en ook de te dezen aan de orde zijnde bevoegdheid van de gemeente tot overname van het gehele, tot het vermogen van de Gasfabriek behorende, gasbedrijf een privaatrechtelijk karakter dragen.”<sup>16</sup>

Er is echter nog een ander type buitenwettelijke concessie. Dat is de buitenwettelijke concessie met een *publiekrechtelijke* karakter. De bestuursrechter merkt soms, ondanks het ontbreken van een specifieke wettelijke grondslag, de verlening van een concessie aan als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb.<sup>17</sup> Hij zoekt de publiekrechtelijke titel dan met name in de publiek(rechtelijk)e taak of publieke zorg van de overheid. De jurisprudentie over buitenwettelijke concessies met een publiekrechtelijk karakter is tamelijk schaars. Dat behoeft niet te verwonderen. Publiekrechtelijke concessies hebben in de regel een specifieke wettelijke grondslag en wanneer die ontbreekt, wordt de concessie in principe op privaatrechtelijke titel aangegaan. De buitenwettelijke publiekrechtelijke concessie is te beschouwen als een restfiguur. Zij staat op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel, dat met zich brengt dat publiekrechtelijk handelen in beginsel op een wettelijke grondslag dient te zijn gebaseerd.

<sup>15</sup> Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 12.

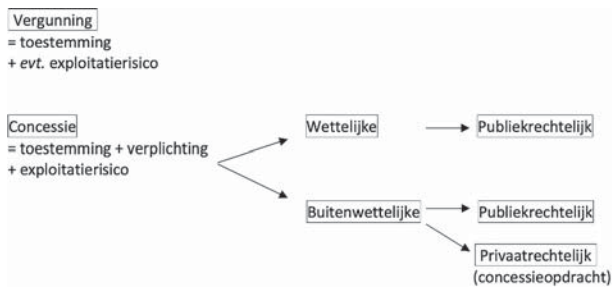
<sup>16</sup> HR 9 april 1999, *AB* 2000/36 m.nt. Th.G. Drupsteen (Coevorden/Gasfabriek).

<sup>17</sup> Zie bijvoorbeeld *ARRvS* 29 september 1993, *AB* 1995/144 m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (Hoogspanningslijn Doodewaard-Doetinchem) en *ABRvS* 6 februari 2008, *JB* 2008/70 m.nt. L.J.M. Timmermans (Concessie leidingen winning steenzout). Vgl. *ABRvS* 3 maart 2004, *AB* 2004/241 m.nt. G.A. van der Veen (Veren Noordzeekanaal).

<sup>13</sup> *Stb.* 2016, 241, i.w.tr. *Stb.* 2016, 243.

<sup>14</sup> Vgl. Kwast 2019, p. 439.

Het voorafgaande ziet er in een figuur als volgt uit:



Figuur 1. Vergunning en Concessie

### 3. De aanbesteding van concessies

#### 3.1 Aanbestedingsplichtig?

Bepaalde concessies mogen door de overheid niet zomaar worden verstrekt, maar moeten worden aanbesteed. Dat geldt echter niet voor alle concessies. Daarom dient te worden bepaald welke concessies moeten worden aanbesteed. Meer in het bijzonder dient zo nauwkeurig mogelijk te worden vastgesteld welke concessies onder het regime van de Aanbestedingswet 2012 vallen. Aangezien de Concessierichtlijn is geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 moeten de betreffende bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 in het licht van deze richtlijn worden geïnterpreteerd.<sup>18</sup>

#### 3.2 Het concessieregime van de Aanbestedingswet 2012

De Aanbestedingswet 2012 kent voor de aanbesteding van (bepaalde) concessieopdrachten een licht regime. Dit aanbestedingsregime beoogt te realiseren dat de overheid de gegadigden op gelijke en niet discriminerende wijze behandelt en is er in het bijzonder op gericht voor de gunning van de concessieopdrachten een passende mate van openbaarheid te bewerkstelligen. Het gereguleerde regime voor concessieopdrachten is opgenomen in deel 2a van deze wet. Ook de algemene bepalingen van deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 zijn van toepassing.

Uitgangspunt is dat de aanbestedende partij de procedure die tot de keuze van een concessiehouder leidt, “naar eigen inzicht” mag organiseren, mits deel 2a van de Aanbestedingswet 2012 daarbij in acht wordt genomen (art. 2a.30 Aw). In deel 2a van de Aanbestedingswet 2012 komen de standaardonderwerpen van het gereguleerde aanbestedingsrecht aan de orde, zoals de aankondiging, de termijnen, de uitsluiting, de selectie en de gunning, zij het minder gedetailleerd dan in deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 dat op overheidsopdrachten betrekking heeft. De looptijd van een concessieopdracht mag in beginsel niet langer zijn dan vijf jaar, tenzij naar redelijkerwijs mag worden verwacht dat in dat tijdvak de investeringen niet kunnen worden terugverdiend (vgl.

art. 2a.27 Aw).<sup>19</sup> Er geldt zowel voor concessieopdrachten voor diensten als werken een (hoge) drempelwaarde. Deze bedraagt thans € 5.350.000.<sup>20</sup>

Een aantal concessieopdrachten is in de Aanbestedingswet 2012 uitdrukkelijk van de toepassing van deel 2a uitgezonderd (zie art. 2a.13 e.v. Aw). Van belang is dat op concessies die een concessieopdracht inhouden in de zin van de Aanbestedingswet 2012, maar die buiten het toepassingsbereik van deel 2a van de Aanbestedingswet 2012 vallen, wel de algemene bepalingen van deel 1 van deze wet van toepassing zijn. In het bijzonder is van belang dat ingevolge art. 1.7, onderdeel b, Aw concessieopdrachten onder de drempel met een “duidelijk grensoverschrijdend belang” moeten worden aanbesteed met inachtneming van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.<sup>21</sup> Het betreft de beginselen van gelijke behandeling en anti-discriminatie, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel, zoals gecodificeerd in art. 1.8 e.v. Aw.

Wanneer het concessieregime van deel 2a van de Aanbestedingswet 2012 niet van rechtswege van toepassing is, is niet uitgesloten dat de wetgever het aanbestedingsrecht tot op zekere hoogte – toch – van toepassing heeft verklaard op de aanbesteding van bepaalde vergunningen of wettelijke concessies. Het is immers altijd mogelijk dat de bijzondere wetgever afwijkt van een algemeen geldend rechtsregime. Dit is bijvoorbeeld het geval bij bepaalde concessies voor openbaar vervoer die worden verleend op grond van de Wet personenvervoer 2000 (vgl. art. 37 Besluit personenvervoer 2000).<sup>22</sup>

#### 3.3 De concessieopdracht onder de Aanbestedingswet 2012

##### 3.3.1 Begripsomschrijving van de concessieopdracht

Welke concessies vallen onder de werking van de Aanbestedingswet 2012? In de Aanbestedingswet 2012 wordt een uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen de concessieopdracht voor diensten en de concessieopdracht voor werken. Wanneer we diensten en werken evenwel tezamen nemen dan valt uit de Aanbestedingswet 2012 (art. 1.1) de volgende begripsomschrijving af te leiden: een concessieopdracht voor diensten of werken is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die of het werk dat

18 Waarover R.S. Damsma, G.W.A. van de Meent & F. Vlassembrouck, ‘De Concessierichtlijn. Implementatie in Nederland en België’, *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, p. 170 e.v.

19 Waarover Johan Wolswinkel, ‘The magic of five in the duration of concessions: refining corollaries in the Concessions Directive’, in: G. Skovgaard Olykke & A. Sanchez-Graells (red.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham: Edward Elgar 2016, p. 318 e.v.

20 Gedelegeerde Verordening (EU) 2019/1827 van de Commissie van 31 oktober 2019 tot wijziging van de Concessierichtlijn (Pb EU L 279).

21 Zie voor de uitleg van de maatstaf van het “duidelijk grensoverschrijdend belang”: HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720, AB 2019/209 m.nt. F.J. van Ommeren (JCDecaux/SEM c.s.).

22 Waarover in negatieve zin: H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2005, p. 91.



het voorwerp van de opdracht vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.

De Aanbestedingswet 2012 bezigde tot 1 juli 2016 de uitdrukking 'concessieovereenkomst'. Bij de implementatie van de concessierichtlijn heeft de wetgever er evenwel uitdrukkelijk voor gekozen om de term 'concessieopdracht' te hanteren in plaats van 'concessieovereenkomst' waarvan de richtlijn spreekt. De Aanbestedingswet 2012 heeft betrekking op het gunnen van een opdracht, in het geval van een concessie zal dat leiden tot het gunnen van een concessieovereenkomst. Gebruikelijke terminologie is 'het sluiten van een overeenkomst' en 'het gunnen van een opdracht'. Er is om deze reden gekozen voor de term 'concessieopdracht', aldus de regering.<sup>23</sup>

### 3.3.2 Concessieopdracht versus overheidsopdracht

In de Aanbestedingswet 2012 wordt uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds de overheidsopdracht en anderzijds de concessieopdracht. Het verschil zit in de aard van de tegenprestatie. Bij de overheidsopdracht bestaat de tegenprestatie uit de *betaling* door de overheid aan de wederpartij. Bij de concessieopdracht bestaat de tegenprestatie uit de verlening van het recht de dienst of het werk te *exploiteren*. De tegenprestaties zijn niet exclusief: bij de overheidsopdracht behoeft de betaling niet de enige tegenprestatie te zijn en bij de concessieopdracht kan het exploitatierecht gepaard gaan met een betaling door de overheid. Het exploitatierecht is wezenlijk voor de concessieopdracht. Met dit exploitatierecht draagt de concessiehouder ook het exploitatierisico.

Het belang van het exploitatierisico blijkt ook uit de definitie van de concessie in de Concessierichtlijn (art. 5 lid 1). Daaruit volgt dat de gunning van een concessie inhoudt de overdracht van het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de werken of diensten en dat het vraagrisico of aanbodrisico of beide omvat. De concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Het deel van het aan de concessiehouder overgedragen risico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat elk potentieel door de concessiehouder te lijden verlies niet louter nominaal of te verwaarlozen is.<sup>24</sup>

Dit neemt niet weg dat het in de praktijk op het grensvlak niet steeds meevalt heel precies tussen overheidsopdrachten en concessieopdrachten te onderscheiden. Er kunnen

zich, zo wordt ook in de literatuur opgemerkt, heel wel twijfelgevallen voordoen.<sup>25</sup>

### 3.3.3 Concessieopdracht versus vergunning

De concessieopdracht en de overheidsopdracht zijn beide gebaseerd op een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Een overeenkomst onder bezwarende titel is een overeenkomst die anders dan om niet wordt aangegaan: de door een van de partijen op zich genomen verplichting houdt rechtens verband met een prestatie van de wederpartij.<sup>26</sup> Het is van belang dit wezenskenmerk uitdrukkelijk in het oog te houden, omdat de concessieopdracht en de overheidsopdracht hiermee uitdrukkelijk verschillen van de vergunning. Deze laatste is immers naar haar aard geen overeenkomst maar een (eenzijdig) besluit in de zin van art. 1:3 Awb. De overheidsopdracht en de concessieopdracht daarentegen zijn beide overeenkomsten met een *privaatrechtelijke* titel, aangezien een specifieke wettelijke grondslag waarin een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt toegekend ontbreekt en art. 1.1 Aw een overeenkomst onder bezwarende titel vereist.

De vergunning wordt dan ook niet onder bezwarende titel verleend. Weliswaar moet de aanvrager om de vergunning te verkrijgen een aantal procedurele stappen doorlopen en in de regel leges betalen, van een bezwarende titel is geen sprake aangezien de houder geen verplichting op zich neemt. Het is in het bestuursrecht evenmin gebruikelijk te spreken over de tegenprestatie van de overheid. Het ligt immers niet in de rede het recht dat uit de vergunning voortvloeit, het recht om een uitzondering op een wettelijk verbod te maken, als een *tegenprestatie* op te vatten. De overheid verleent de vergunning met het oog op het algemeen belang. Dat mag misschien een prestatie heten, maar het is geen tegenprestatie: de overheid moet dit recht sowieso verlenen wanneer de wet of het ongeschreven publiekrecht dat voorschrijven. Het is geen wederdienst jegens de aanvrager. Vanuit bestuursrechtelijk perspectief bezien verdient het dan ook bijzondere aandacht dat het verlenen van het exploitatierecht aan de concessiehouder in het aanbestedingsrecht als een "tegenprestatie" wordt opgevat. Dit is dus een andere manier om tegen de verlening van een recht aan te kijken dan in het bestuursrecht gebruikelijk is.

Van belang is dat de concessieopdracht de aanwezigheid en de overgang van een exploitatierisico naar de concessiehouder inhoudt. In dit opzicht verschilt de concessieopdracht van de overheidsopdracht, maar niet van de rechtsfiguur van de vergunning. Immers ook een vergunninghouder draagt in beginsel het risico van de hem vergunde activiteit, voor zover er althans een exploitatierisico is.

23 Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3, p. 22, 23.

24 Evenzo: Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3, p. 22.

25 Waarover o.a. Damsma, Van de Meent & Vlassembrouck 2015, p. 170 e.v. en – met een nog iets ruimere strekking – S.A.D. Van Garsse, 'Het begrip concessieopdracht in de gewijzigde Aanbestedingswet', TA 2016/3, p. 133 e.v.

26 Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018/84.

Concessieopdrachten en vergunningen zijn in beginsel elkaar uitsluitende rechtsfiguren. Dit is ook in de overwegingen van de Concessierichtlijn tot uitdrukking gebracht. Vergunningen, ook die waarbij de voorschriften voor de uitoefening van een economische activiteit worden vastgesteld, mogen niet als concessies in de zin van deze richtlijn worden aangemerkt. Overwogen is dat bij een vergunning het de vergunninghouder vrijstaat zich uit de uitvoering van werken of de verlening van diensten terug te trekken, terwijl concessieovereenkomsten in wederzijds bindende verplichtingen voorzien die juridisch afdwingbaar zijn.<sup>27</sup>

Ook de toepassing van de Concessierichtlijn en de Dienstenrichtlijn<sup>28</sup> sluiten elkaar in beginsel uit. Uitdrukkelijk wordt in de overwegingen van de Concessierichtlijn onderkend dat evenals concessies ook vergunningen op het verrichten van diensten betrekking kunnen hebben.<sup>29</sup> De Concessierichtlijn – en derhalve onze Aanbestedingswet 2012 – is niet op de verlening van deze vergunningen van toepassing. Dit sluit niet uit dat op een dergelijke vergunning de Dienstenrichtlijn – en derhalve onze Dienstenwet – van toepassing is.<sup>30</sup>

Ondanks de wezenlijke verschillen is het in de praktijk niet gemakkelijk het onderscheid tussen de concessieopdracht en de vergunning steeds goed te maken. Voor de vaststelling van het rechtskarakter verricht de rechter zelf een materiële beoordeling. Daarbij zal hij zeker aandacht besteden aan de aanduiding die het bestuursorgaan bezigt, maar doorslaggevend is deze aanduiding niet. Daarbij pleegt de Unierechter door nationale kwalificaties heen te prikken. Zo heeft het arrest *Promoimpresa* betrekking op een Italiaanse “concessie” voor enige diensten (betreffende de uitoefening van toeristisch-recreatieve activiteiten op aan zee of meren gelegen publiek domein), die echter door de Unierechter werd gekwalificeerd als een vergunning in de zin van de Dienstenrichtlijn. De rechter overwoog nadrukkelijk dat nationale kwalificaties niet van belang zijn.<sup>31</sup>

3.3.4 *Concessieopdracht versus publiekrechtelijke concessie*

Nu het rechtskarakter van de concessieopdracht scherper in beeld is gebracht, kunnen de overeenkomsten en verschillen met de publiekrechtelijke concessie eveneens goed

27 Zie overweging 14 van de Concessierichtlijn. Vgl. *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, nr. 3, p. 12. Het verplichtingencriterium is ook te vinden in HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (r.o. 33) (*Belgacom*). Dat neemt niet weg dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU (nog) niet een eenduidig onderscheidend criterium kan worden afgeleid, zie *Wolswinkel 2017*, p. 396 e.v.

28 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB L 376 van 27 december 2006, blz. 36). Waarover: M.R. Botman, *De dienstenrichtlijn in Nederland* (diss. VU), Den Haag: BJu 2015.

29 Overweging 14.

30 Ook in zuiver interne situaties. Zie HvJ EU 30 januari 2018, AB 2018/181 m.nt. A.G.A. Nijmeijer (*Appingedam*).

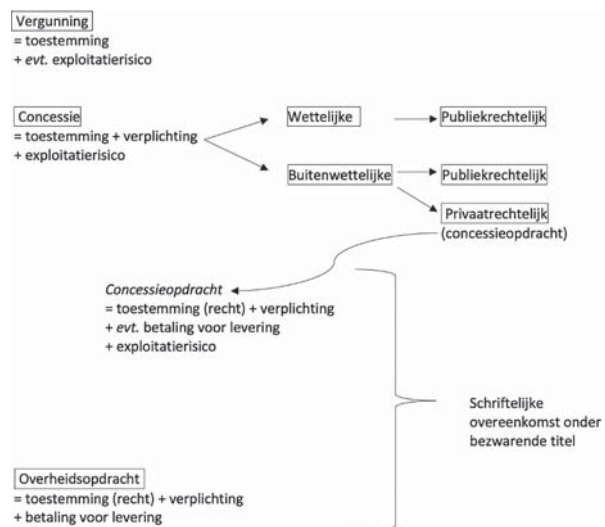
31 HvJEU 14 juli 2016, AB 2016/320 m.nt. C.J. Wolswinkel (*Promoimpresa*). Waarover o.a. M. Botman, ‘Kapers op de Italiaanse kust. De gevolgen van het *Promoimpresa* voor de verdeling van schaarse rechten’, *Gst.* 2017/3, nr. 7449, p. 6 e.v.

in kaart worden gebracht. Zowel de concessieopdracht als de publiekrechtelijke concessie brengen een exploitatieverplichting voor de concessiehouder met zich, maar de juridische constructie waarmee die wordt gerealiseerd, verschilt wezenlijk. De publiekrechtelijke concessie legt deze verplichting op door middel van een besluit in de zin van art. 1:3 Awb, dat in beginsel op een specifieke wettelijke grondslag berust. Bij de concessieopdracht daarentegen vloeit deze verplichting voort uit een overeenkomst onder bezwarende titel.

3.3.5 *Het rechtskarakter van de concessieopdracht*

Om goed zicht te hebben op het rechtskarakter van de concessieopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012 moet deze rechtsfiguur al met al in ieder geval ten opzichte van drie andere rechtsfiguren worden onderscheiden, te weten van de vergunning, de publiekrechtelijke concessie en de overheidsopdracht. In de eerste plaats is van belang dat er voor concessies onder de vigeur van de Aanbestedingswet 2012 sprake moet zijn van een opdracht en derhalve van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel met een juridisch afdwingbare tegenprestatie. De concessieopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012 is een concessie met een privaatrechtelijke titel. In dit opzicht verschilt de concessieopdracht van de vergunning en de publiekrechtelijke concessie, die (eenzijdige) besluiten in de zin van art. 1:3 Awb inhouden. In de tweede plaats houdt de concessieopdracht een verplichting in voor de concessiehouder, daarin verschilt zij van de vergunning maar niet van de publiekrechtelijke concessie. In de derde plaats is van belang dat de concessieopdracht de aanwezigheid en de overgang van een exploitatierisico naar de concessiehouder inhoudt. In dat opzicht verschilt de concessieopdracht van de overheidsopdracht. Bij de concessie – zowel de concessieopdracht als de publiekrechtelijke concessie – en de vergunning dragen de houders in beginsel zelf het exploitatierisico.

Het voorafgaande ziet er in een figuur als volgt uit:



Figuur 2. Vergunning, Concessie en Overheidsopdracht

## 4. Concessieopdrachten op basis van een uitsluitend recht

In verband met de verhouding tussen het plaatsen van een concessieopdracht en vergunningverlening verdient de concessieopdracht op basis van een uitsluitend recht bijzondere aandacht. Van belang is dat het aanbestedingsregime van deel 2a van de Aanbestedingswet 2012 ingevolge art. 2a.14 Aw in beginsel niet van toepassing is op concessieopdrachten voor diensten die worden gegund op basis van een zogeheten uitsluitend recht.<sup>32</sup>

Art. 1.1 Aw bevat een definitie van het begrip 'uitsluitend recht': 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. Uitsluitende rechten zijn exclusief in die zin dat zij het recht bieden om met uitsluiting van anderen een bepaalde activiteit te verrichten. De Concessierichtlijn en de Aanbestedingswet 2012 maken onderscheid tussen een 'uitsluitend recht' en een 'bijzonder recht'. Bij de eerstgenoemde is de gegunde activiteit beperkt tot één enkele ondernemer, de tweede heeft betrekking op twee of meer ondernemers (art. 5 lid 10 en lid 11 van de richtlijn; zie ook art. 1.1 Aw). Overigens zijn deze aan het secundaire Unierecht ontleende begrippen niet noodzakelijk volledig identiek aan deze begrippen in de Unieverdragen.<sup>33</sup> Uitsluitende rechten zijn dan ook exclusieve rechten die gebaseerd zijn op een wettelijke bevoegdheidsgrondslag of op een besluit in de zin van art. 1:3 Awb dat niet is gebaseerd op een wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Schoolvoorbeeld van een uitsluitend recht is de exclusieve vergunning. Bij uitsluitende rechten valt verder te denken aan exclusieve ontheffingen, vrijstellingen, aanwijzingen etc. In het licht van de in paragraaf 2 gemaakte analyse valt niet in te zien waarom de publiekrechtelijke concessie niet eveneens als een uitsluitend recht in de zin van de Aanbestedingswet 2012 zou moeten worden aangemerkt.

Wanneer er sprake is van een concessieopdracht die wordt gegund op basis van een uitsluitend recht dan heeft die concessieopdracht het rechtskarakter van een *uitvoeringsovereenkomst*. De uitvoeringsovereenkomst is in de doctrine veel minder uitdrukkelijk als aparte rechtsfiguur onderkend en doordacht.<sup>34</sup> Toch moet niet over het hoofd worden gezien dat het meer dan eens voorkomt dat dit soort overeenkomsten worden gesloten ter uitvoering van vergunningen, subsidies,

wettelijke concessies of een andere vorm van publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening, zoals ook reeds in het kader van de bespreking van de wettelijke concessie werd opgemerkt.

Art. 2a.14 Aw maakt een onderscheid tussen concessieopdrachten voor diensten die op basis van een uitsluitend recht worden gegund aan *een aanbestedende dienst* (of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten) en concessieopdrachten voor diensten die op basis van een uitsluitend recht worden gegund aan *een ondernemer*. Indien de concessieopdracht op basis van een uitsluitend recht aan een ondernemer wordt gegund dan is deel 2a niet van toepassing mits dit uitsluitend recht verenigbaar is met het Werkingsverdrag van de Europese Unie (VWEU) en met rechtshandelingen van de Europese Unie tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften betreffende de toegang tot de markt die van toepassing zijn op in bijlage II van de Concessierichtlijn bedoelde activiteiten (art. 2a.14 lid 2 Aw). Bijlage II van de Concessierichtlijn heeft betrekking op de activiteiten die worden uitgeoefend door speciaalsectorbedrijven oftewel nutsbedrijven (gas, warmte, elektriciteit, vervoer, post etc.). Deze voorwaarde geldt niet voor op basis van een uitsluitend recht gegunde concessieopdrachten aan aanbestedende diensten en hun samenwerkingsverbanden (zogeheten *inbesteding*). De voorwaarde dat de verlening van het uitsluitende recht in overeenstemming moet zijn met het VWEU kan in het bijzonder met zich brengen dat bij de verdeling van deze uitsluitende rechten het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting in acht moeten worden genomen. Deze belangrijke voorwaarde reduceert de mogelijke betekenis van deze uitzondering: zij kan immers in concreto betekenen dat voor de gunning van deze concessieopdracht toch een aanbesteding of andere competitieve procedure moet worden gevolgd, ook al is zij gebaseerd op een uitsluitend recht. Een voorbeeld biedt het plaatsen van een concessieopdracht voor het inzamelen van huishoudelijk afval op grond van een aanwijzing van het college van B&W; die concessieopdracht behoeft ingevolge art. 2a.14 lid 2 Aw niet te worden aanbesteed indien dat in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting; dat is in het bijzonder het geval indien voor het geven van de aanwijzing reeds van een competitieve verdeelmethode gebruik is gemaakt.<sup>35</sup>

De onderbouwing die voor deze uitzondering in de overwegingen van de Concessierichtlijn wordt aangedragen, is dat "dat uitsluitend recht het volgen van een aanbestedingsprocedure voor de gunning onmogelijk maakt".<sup>36</sup> Dat valt in zoverre goed te begrijpen dat de uitkomst van de procedure van het verlenen van het uitsluitende recht inderdaad door een aanbestedingsprocedure kan worden doorkruist. Dat een aanbestedingsprocedure "onmogelijk" is geworden, is mijns inziens echter te stellig gezegd. Uitsluitende rechten

32 Dit artikel is ten dele geënt op art. 2.24 Aw voor overheidsopdrachten voor diensten (vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 100). Vgl. ook art. 17 Bao (oud), waarover: HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900, NJ 2012, 111 m.nt. M.R. Mok (AVR/Westland). Vgl. HvJ EG 10 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525, AB 1999, 31 m.nt. FHvdB (Arnhem en Rhenen/BFI Holding BV). Zie nader W.A. Janssen, *EU Public Procurement Law & Self-organisation* (diss. UU), Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 221 e.v.

33 Zie nader over exclusieve en bijzondere rechten: Wolswinkel 2013, p. 237 e.v.

34 Zie evenwel: Huisman & Van Ommeren 2019, par. 12.7, p. 657 e.v.

35 Vgl. reeds F.J. van Ommeren & J. Vermont, 'Uit-, aan- en inbesteden in het publiek- en privaatrecht? De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen', *Gst.* 2007, nr. 7266, p. 29 e.v.

36 Overweging 33 van de Concessierichtlijn.

kunnen wel degelijk met behulp van een competitieve verdelingsprocedure worden verleend. Juist de Nederlandse praktijk van de verdeling van schaarse vergunningen laat daarvan allerlei voorbeelden zien.<sup>37</sup> Een goede afstemmingsregeling tussen beide procedures is uiteraard wel vereist. Ik zou daarom menen dat beter kan worden gezegd dat de ratio van de uitgezonderde concessieopdracht van art. 2a.14 Aw is te voorkomen dat de gunning van de concessieopdracht de uitkomst van de procedure van de verlening van het uitsluitend recht onaanvaardbaar doorkruist.

Er is overigens wel een (zeer) beperkte uitzondering op deze uitzondering gemaakt. Voor concessieopdrachten voor diensten die aan een ondernemer worden gegund op basis van een uitsluitend recht is bepaald dat de opdrachtgever de aankondiging van de gegunde concessieopdracht bekendmaakt met behulp van het elektronische systeem voor aanbestedingen (TenderNed) binnen 48 dagen na de gunning van die concessieopdracht (art. 2a.14 lid 3 jo. 2a.52 lid 1 Aw). Het kan ook zijn dat de sectorale wetgeving reeds in transparantieplichtingen voorziet; in dat geval gaan de sectorspecifieke voorzieningen voor (art. 2a.14 lid 3 Aw). De gedachte achter de verplichting om (toch) een aankondiging van de gunning te publiceren, is dat aldus wordt zorggedragen voor “elementaire transparantie”.<sup>38</sup> Langs deze weg wordt geen competitieve verdeelmethode voorgeschreven maar wel zorggedragen voor de bekendmaking van de gunning van de concessieopdracht. Al met al hoeft een concessieopdracht voor diensten die aan een ondernemer wordt gegund op basis van een uitsluitend recht dus in beginsel niet te worden aanbesteed, maar zij dient wel op TenderNed te worden bekendgemaakt.

## 5. Subsidies

Behalve van de vergunning, de publiekrechtelijke concessie en de overheidsopdracht moet de concessieopdracht met name ook worden onderscheiden van de subsidie. Concessies kunnen op subsidies lijken. Dat is met name het geval als aan de subsidieontvanger – naast het subsidiebedrag – tevens de revenuen van de gesubsidieerde activiteit toekomen en hij het exploitatierisico van de gesubsidieerde activiteit draagt. De subsidie en de concessie zijn evenwel verschillende rechtsfiguren die onderworpen zijn aan verschillende rechtsregimes. Overigens is bepaald niet uitgesloten dat in de praktijk de concessie gepaard gaat met subsidieverlening. Met name bij wettelijke concessies komt het meer dan eens voor dat de concessiehouder tevens een subsidierelatie met de overheid heeft. Dit is bijvoorbeeld het geval bij concessies voor openbaar vervoer (vgl. art. 22 Wet personenvervoer 2000).

De subsidie is in de Awb gedefinieerd als: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten (art. 4:21 lid 1 Awb). De subsidie wordt verstrekt door middel van een of meer besluiten in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Dit besluitkarakter heeft de subsidie gemeenschappelijk met de vergunning en de publiekrechtelijke concessie. Aangezien niet iedere subsidie wordt verleend op grond van een specifieke wettelijke grondslag, moet er, net als bij de (publiekrechtelijke) concessie, onderscheid worden gemaakt tussen wettelijke en buitenwettelijke subsidies. Art. 4:23 lid 3 Awb laat, onder voorwaarden, uitdrukkelijk de ruimte voor bepaalde buitenwettelijke subsidies.

Subsidies en *publiekrechtelijke* concessies verschillen op twee wezenlijke punten van elkaar. Ten eerste wordt met een wettelijke concessie in beginsel een uitzondering gemaakt op een wettelijk verbod of gebod: zonder de concessie is het de concessiehouder niet toegestaan de geconcessioneerde activiteit te verrichten. Dit is in beginsel anders bij subsidies: het is de subsidieontvanger rechtens geoorloofd de activiteit ook zonder subsidie te verrichten. Ten tweede is de concessiehouder, zoals reeds meermaals aan de orde kwam, verplicht tot het verrichten van de geconcessioneerde activiteiten. Ook op dit punt verschilt de rechtsfiguur van de subsidie van die van de concessie. Een subsidiehouder is niet verplicht de gesubsidieerde activiteiten te verrichten. Wanneer hij de gesubsidieerde activiteiten om bepaalde redenen niet verricht of niet kan verrichten, verliest hij (slechts) de aanspraak op de financiële middelen.

De subsidie dient uiteraard ook van de (privaatrechtelijke) *concessieopdracht* te worden onderscheiden. De subsidie houdt een besluit in de zin van de Awb in, terwijl de concessieopdracht een bepaald soort overeenkomst onder bezwarende titel is. De subsidie houdt per definitie niet in de betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. Het onderscheid tussen de Awb-subsidie en de betaling voor geleverde goederen of diensten is echter (nog) niet erg uitgekristalliseerd.<sup>39</sup> De belangrijkste maatstaven die op dit moment uit de bestuursrechtspraak kunnen worden afgeleid, is dat gelet wordt op de hoogte van de prijs (bij een betaling voor de levering van goederen of diensten zal dat bedrag veelal de kosten plus een zekere winstmarge dekken, bij een subsidie ten hoogste de kosten), wie de initiatiefnemer is (bij een betaling voor de levering van goederen of diensten zal de overheid als opdrachtgever de initiatiefnemer zijn geweest en bij een subsidie daarentegen veelal de aanvrager) en op het oogmerk (bij een betaling voor de levering van goederen of diensten heeft het bestuur onmiddellijk baat, bij een subsidie is het oogmerk veelal de realisatie van een meer abstract of verder weg gelegen

37 Met als standaarduitspraak: ABRvS 2 november 2016, AB 2016, 426 m.nt. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Waarover m.n. C.J. Wolswinkel, ‘Vollwassen verdelingsrecht: rechtseenheid en rechtsontwikkeling bij de verdeling van schaarse vergunningen’, *JB plus* 2017, p. 3 e.v., A. Drahmman, ‘Hoe kan een gemeentelijke gelijke kansen bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen?’, *Gst.* 2017/55, p. 294-297 en F.J. van Ommeren, ‘Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingsruimte’, in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij*, (Jaap Polak bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 191 e.v.

38 Overweging 33 van de Concessierichtlijn.

39 Vgl. W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidiericht*, 2<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 16 e.v., A. Drahmman, ‘Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?’, *Gst.* 2011/115 ook opgenomen in haar dissertatie: *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 143 e.v. Eerder m.n. B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, ‘Subsidie of opdracht?’, *Gst.* 2006/149, nr. 7261, p. 583 e.v. Zie ook Huisman & Van Ommeren 2019, p. 393, 394.



algemeen belang).<sup>40</sup> Het gaat hier meer om enige mogelijk van belang zijnde factoren dan om harde doorslaggevende criteria. Zo kan ook meewegen dat de overheid als opdrachtgever doorgaans vrij nauwkeurig pleegt aan te geven welke activiteiten zij gerealiseerd wenst te zien, terwijl bij een subsidie in de regel de subsidieaanvrager de precieze inhoud van de te verrichten activiteiten tot uitdrukking brengt en de subsidieverlener kan volstaan met de formulering van een te bereiken subsidiedoel.

Wanneer sprake blijkt te zijn van een betaling voor geleverde goederen of diensten, zal nader moeten worden bepaald op grond van wat voor soort overeenkomst onder bezwarende titel dit gebeurt. Het zal duidelijk zijn dat in dat geval de overheidsopdracht en de concessieopdracht voor de hand liggende kandidaten zijn. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, is voor de vaststelling daarvan in het bijzonder van belang of het exploitatierisico wel of niet is overgedragen aan de opdrachtnemer.

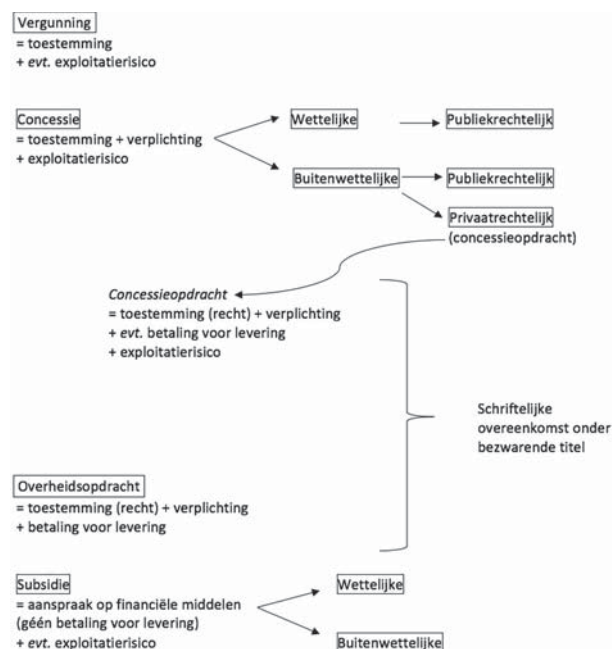
Wanneer we al met al per rechtsfiguur naar de dominante eigenschappen kijken, ziet dat er als volgt uit:

Rechtsfiguur	Vergunning	Publiekrechtelijke concessie	Concessieopdracht (privaatrechtelijk)	Overheidsopdracht	Subsidie
<b>Eigenschappen</b>					
Toestemming	+	+	+	+	-
Verplichting	-	+	+	+	-
Exploitatierisico	evt.	+	+	-	evt.
Betaling voor levering	-	-	evt.	+	-

+ = ja; - = nee; evt. = eventueel

Figuur 3. Eigenschappen van rechtsfiguren

Het voorafgaande ziet er in een totaalplaatje als volgt uit:



Figuur 4. Vergunning, Concessie, Overheidsopdracht en Subsidie

40 O.a. ABRvS 12 september 2001, AB 2001, 335 m.nt. NV (Catalpa), CBB 24 februari 2005, AB 2005, 165 m.nt. JHvdV (ConneXXion), ABRvS 8 april 2015, AB 2015, 309 m.nt. W. den Ouden en ABRvS 23 maart 2016, AB 2016, 286 m.nt. A. Drahmman (HV Desk).

## 6. De concessie in de Aanwijzingen voor de regelgeving

Het belang van het maken van een zo nauwkeurig mogelijk onderscheid tussen de verschillende soorten concessies en andere genoemde rechtsfiguren is niet alleen gelegen in de toepasselijkheid van de regels van de Aanbestedingswet 2012. Dit is ook van belang voor de bijzondere wetgever. Als de wetgever een vergunning-, subsidie- of concessiestelsel in het leven roept of wijzigt, dient hij de juiste terminologie in acht te nemen. Met name moet worden voorkomen dat de wetgever nog langer van een vergunning spreekt waar eigenlijk een concessie is bedoeld.<sup>41</sup> Dat is iets wat thans op enige bijzondere terreinen, zoals de telecommunicatie, wel pleegt te gebeuren.<sup>42</sup> Zolang er nog te veel onzekerheid bestond over wat een concessie naar Nederlands recht precies inhield, was de tijd daarvoor wellicht nog niet rijp. Maar daarin is inmiddels met de Concessierichtlijn en het daarop gebaseerde regime van de Aanbestedingswet 2012 verandering gekomen.

Het is daarom van belang dat in de Aanwijzingen voor de regelgeving een adequate omschrijving van het begrip ‘concessie’ wordt opgenomen.<sup>43</sup> De voor de hand liggende plaats om dat te doen is Aanwijzing 5.17, aangezien daarin ook de vrijstelling, de ontheffing, de vergunning en de erkenning zijn gedefinieerd.<sup>44</sup> Uit de aard der zaak moeten de Aanwijzingen voor de regelgeving betrekking hebben op de wettelijke concessies. Gezien hun oogmerk is het weinig zinvol om in de Aanwijzingen voor de regelgeving buitenwettelijke figuren van een definitie te voorzien. Gedacht zou kunnen worden aan een bepaling in de volgende trant:

“Voor een beschikking waarbij een bepaalde handeling wordt toegestaan en tot de uitvoering van die handeling wordt verplicht, wordt de term “concessie” gebruikt.”

Naar de letter is dit een andere begripsomschrijving van de wettelijke concessie dan die in paragraaf 2, maar haar strekking is identiek. De reden voor de andere woordkeus is dat ik hier heb aangesloten bij de formuleerwijze van de overige leden van Aanwijzing 5.17. Derhalve behoeft op deze plaats

41 In de literatuur wordt de verplichtingenmaatstaf om die reden thans wel onvoldoende geacht om de concessie te onderscheiden van de vergunning, zie m.n. Wolswinkel 2013, p. 267. Vgl. ook Drahmman 2012, p. 189 e.v. en Drahmman 2015, p. 134 e.v.

42 Aan de VU wordt promotieonderzoek verricht naar de rol en betekenis van uitvoeringsverplichtingen in vergunningstelsels. Zie M. Coerts, ‘Uitvoeringsverplichtingen in vergunningstelsels’, NTB 2020/210.

43 Vgl. F.J. van Ommeren, ‘Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten’, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 203.

44 Evenzo met een concreet voorstel: S.E. Zijlstra, ‘Enkele wetgevingstechnische opmerkingen over toedeling van bestuursbevoegdheid’, in: S.S. Zoeteman (red.), *Experimenteerwetgeving*, jaarrede Nederlandse Vereniging voor Wetgeving, Tilburg: Wolf Legal Publishers 2018, p. 7-9.

niet tot uitdrukking te worden gebracht wat de oorzaak is dat toestemming moet worden verleend.<sup>45</sup>

De toelichting bij deze bepaling zou kunnen vermelden dat het van belang is uitdrukkelijk te bepalen wie het exploitatierisico draagt en in hoeverre de concessiehouder recht heeft op de revenuen van de exploitatie.<sup>46</sup> Deze onderdelen zijn evenwel onvoldoende onderscheidend van aard om ze in de begripsomschrijving zelf op te nemen.<sup>47</sup> Ook moet in de toelichting kort verband worden gelegd met het concessiebegrip van de Aanbestedingswet 2012. Het wezenlijke verschil is, zoals gezegd, dat de Aanbestedingswet 2012 betrekking heeft op (buitenwettelijke) concessieopdrachten met het karakter van een overeenkomst onder bezwarende titel.

In dit tijdschrift is eerder echter het voorstel gedaan om de op Unierechtelijke leest geschoeide begripsomschrijving van de concessieopdracht in de Aanwijzingen voor de regelgeving op te nemen.<sup>48</sup> Hoewel het opnemen van het begrip 'concessie' in de Aanwijzingen voor de regelgeving op zichzelf zeker een goed idee is, lijkt mij dat geen geschikte uitwerking, aangezien de Unierechtelijke begripsomschrijving op een ander en meer specifiek soort concessie betrekking heeft, te weten de (buitenwettelijke) privaatrechtelijke concessieopdracht van de Aanbestedingswet 2012. Het leidt tot nodeloze verwarring die twee – in wezen een beschikking en een overeenkomst – aldus conceptueel met elkaar te verbinden. Het ligt dan ook voor de hand de begripsomschrijving van de concessie in de Aanwijzingen voor de regelgeving te richten op de wettelijke concessie.

Het lijkt mij ten slotte niet bezwaarlijk dat aldus ook de buitenwettelijke publiekrechtelijke concessie buiten de boot valt. Zoals gezegd, is dit een rechtsfiguur die in de praktijk weinig voorkomt. Bovendien heeft zij vooral betrekking op restanten uit het verleden: nieuwe publiekrechtelijke concessie- (en vergunning)stelsels plegen immers vandaag de dag door de wetgever van een specifieke grondslag te worden voorzien.

## 7. Slot

Met de inwerkingtreding van het concessieregime van de Aanbestedingswet 2012 is de concessie als het ware opnieuw geïntroduceerd in het Nederlandse recht. We zijn nu in fase 2.0 beland, waarin de concessieopdracht wettelijk is geregeld en waardoor het contrast met de publiekrechtelijke concessie, zowel de wettelijke als de buitenwettelijke, is verhelderd. De verschillende soorten concessies zijn in beginsel aan verschillende rechtsregimes onderworpen.

Dat maakt het extra belangrijk om zo nauwkeurig mogelijk tussen de verschillende soorten te onderscheiden. Het relatief lichte, maar toch nog vrij gedetailleerde, regime van deel 2a van de Aanbestedingswet 2012 is in beginsel van toepassing op (buitenwettelijke) privaatrechtelijke concessieopdrachten, die het karakter hebben van een overeenkomst onder bezwarende titel. Op de publiekrechtelijke concessies is de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing. Dit laatste ligt slechts anders als de bijzondere wetgever dit regime van overeenkomstige toepassing verklaart, zoals op grond van de Wet personenvervoer 2000 het geval is voor bepaalde openbaar vervoerconcessies.

In de 19<sup>e</sup> eeuw zijn verschillende pogingen gedaan om voor de concessie een algemeen wettelijke regeling tot stand te brengen. Die algemene concessiewet is er echter nooit gekomen. Thans kent de Awb weliswaar een algemene regeling voor subsidies, maar niet voor vergunningen, onthefingen, vrijstellingen, erkenningen, aanwijzingen e.d. Voor concessies ligt het evenmin in de rede om een algemene regeling aan de Awb toe te voegen. Niet duidelijk is welk probleem daarmee nu zou worden opgelost. Voor zover de concessie een besluit in de zin van de Awb inhoudt, is de Awb daarop uiteraard ook thans reeds van toepassing. Veeleer is dan ook van belang dat duidelijk tussen de verschillende soorten concessies wordt onderscheiden. Vooral met het oog op de uiteenlopende rechtsregels die erop van toepassing kunnen zijn, is het derhalve van wezensbelang dat de bijzondere wetgever het begrip 'concessie' op meer eenduidige en consistente wijze gaat bezigen. Daarom dient in de Aanwijzingen voor de regelgeving een begripsomschrijving van de publiekrechtelijke wettelijke concessie te worden opgenomen. Daarvoor is hier een concreet voorstel gedaan.

45 Vgl. de omschrijving van het begrip 'vergunning' in Ar 5.17 lid 3, waarbij evenmin wordt gesproken over een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod. Zie Zijlstra 2018, p. 4 e.v. voor kritiek op de formulering van Ar 5.17.

46 Huisman & Van Ommeren 2019, p. 398.

47 Vgl. Schlössels & Zijlstra 2017, p. 670.

48 Drahmman 2012, p. 193; zie ook Drahmman 2015, p. 140, 310.