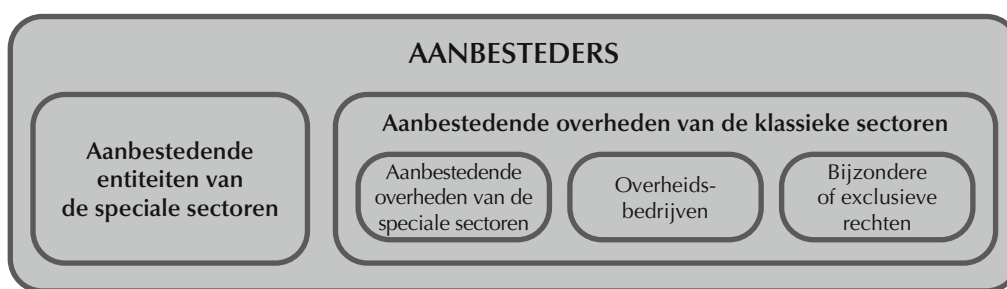


Bijzondere of exclusieve rechten⁽¹⁾

De bijzondere of exclusieve rechten zijn rechten die voortvloeien uit een door een bevoegde overheid verleende machtiging op grond van een wettelijke, reglementaire of administratieve bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een activiteit in de speciale sectoren aan een of meer entiteiten voorbehouden blijft waardoor de mogelijkheden van andere entiteiten om dezelfde activiteit uit te oefenen wezenlijk nadelig worden beïnvloed⁽²⁾.

De personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten zijn een categorie van aanbestedende entiteiten⁽³⁾, op dezelfde wijze als de aanbestedende overheden die een activiteit in de speciale sectoren⁽⁴⁾ uitoefenen en de overheidsbedrijven⁽⁵⁾. De aanbestedende entiteiten (van de speciale sectoren) en de aanbestedende overheden (van de klassieke sectoren) vormen samen de “aanbesteders”⁽⁶⁾.



Bron: M. Vanderstraeten

De wet van 15 juni 2006 verwees naar “privaatrechtelijke” personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten⁽⁷⁾. De term “privaatrechtelijk” is verdwenen uit de wet van 17 juni 2016, teneinde rekening te houden met het uitzonderlijk geval van een buitenlandse privaatrechtelijke rechtspersoon die van bijzondere of exclusieve rechten zou genieten in België⁽⁸⁾.

Elia, Fluxys en Brussels Airport Company zijn enkele voorbeelden van privaatrechtelijke personen die thans genieten van bijzondere of exclusieve rechten in België.

Het feit van over bepaalde rechten te beschikken – zoals het recht om te onteigenen – volstaat niet om te besluiten tot het bestaan van een bijzonder of exclusief recht. Er dient bovendien aangetoond te worden dat de toegekende rechten tot gevolg hebben dat de mogelijkheden van andere entiteiten om de betrokken activiteit uit te oefenen wezenlijk nadelig worden beïnvloed⁽⁹⁾.

De rechten toegekend door middel van een procedure die het voorwerp was van een gepaste bekendmaking en waarbij gebruik werd gemaakt van objectieve criteria, vormen geen “bijzondere of exclusieve rechten”. Deze procedures zijn onder meer de procedures voor de plaatsing van een opdracht met voorafgaande oproep tot mededinging (in toepassing van de wet “overheidsopdracht”, van de wet “defensie

(1) Deze tekst is een vertaling uit het Frans. Het is een royaltyvrije vertaling en dus onofficieel.

(2) Zie de definitie van “persoon die geniet van bijzondere of exclusieve rechten” in art. 2, 3°, al. 1, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten. Een gelijkaardige definitie komt voor in art. 2, 3°, van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten.

(3) Art. 2, 4°, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten. Onder de wet van 15 juni 2006 had de term aanbestedende overheden enkel betrekking op personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten.

(4) Art. 2, 1°, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

(5) Art. 2, 2°, *ibid.*

(6) Art. 2, 5°, *ibid.*

(7) Art. 2, 3°, van de wet van 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

(8) Uiteenzetting van de motieven van het wetsontwerp betreffende de overheidsopdrachten, *Parl. doc.*, K.volksvert., 2015-2016, nr. 54- 1541/1, 10. Over de opportuniteit om (privaatrechtelijke) personen die bijzondere of exclusieve rechten genieten op te nemen in de reglementering van de overheidsopdrachten, zie S. ARROWSMITH, “Modernising the EU’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility”, *P.P.L.R.*, 2012, 76.

(9) Vergelijk de toestand geldend onder het stelsel van de richtlijn 93/38/EG en samengevat door Y. CABUY e.a., *Le droit des marchés publics en Belgique*, Brussel, Larquier, 2019, 142-143. Zie eveneens S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 2, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 276-278.

en veiligheid” of van de wet “concessies”) en de procedures ingevolge andere rechtshandelingen van de Europese Unie, opgesomd in bijlage IV van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en die een voldoende voorafgaande transparantie waarborgen met het oog op het toekennen van vergunningen op basis van objectieve criteria⁽¹⁰⁾. De uiteenzetting van de motieven van de wet verduidelijkt dat de lijst van bijlage IV niet uitputtend is en dat de onder andere vormen toegekende rechten (ook door concessieakten) mits de toepassing van objectieve criteria en een gepaste bekendmaking evenmin bijzondere of exclusieve rechten vormen⁽¹¹⁾.

De wet van 17 juni 2016 en haar uitvoeringsbesluit⁽¹²⁾ conformeren zich aan de richtlijn 2014/25/EU⁽¹³⁾ door slechts één stelsel voor alle speciale sectoren te voorzien, of ze nu openbaar of privé zijn⁽¹⁴⁾. De personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten blijven echter genieten van een soepeler stelsel dan het stelsel dat van toepassing is op de openbare entiteiten van de speciale sectoren⁽¹⁵⁾:

- de personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten zijn niet onderworpen aan het recht van de overheidsopdrachten wanneer de geraamde bedragen van hun opdrachten lager liggen dan de Europese drempels⁽¹⁶⁾;
- zij zijn niet verplicht uit hoofde van de kwalificatie of van de kwalitatieve selectie de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden afkomstig uit de klassieke sectoren op te nemen⁽¹⁷⁾;
- de algemene uitvoeringsregels zijn slechts zeer gedeeltelijk van toepassing⁽¹⁸⁾: het gaat hoofdzakelijk om de regels betreffende wijzigingen in de uitvoeringsfase, die trouwens op een meer soepele manier worden toegepast dan in de openbare speciale sectoren⁽¹⁹⁾.

Ondanks deze versoepeling lijkt de toepassing van de essentiële elementen van het recht inzake overheidsopdrachten op deze privéondernemingen in heel wat gevallen ongepast, gezien de commerciële en transnationale omgeving waarin deze netwerkindustrieën zich ontwikkelen. Oorspronkelijk werd hun opname in de groep van aanbestedende entiteiten gerechtvaardigd door de onrechtstreekse invloed die de Staat verondersteld werd uit te oefenen via de toekenning van exclusieve rechten, wat deze bedrijven ertoe zou hebben aangezet de voorkeur te geven aan nationale aankopen⁽²⁰⁾. Tegenwoordig lijkt dat risico evenwel weinig pregnant, ja zelfs onbestaande, zodat de opportuniteit om deze privéondernemingen binnen de reglementering van de overheidsopdrachten te houden, besproken zou moeten kunnen worden⁽²¹⁾.

M. VANDERSTRAETEN, ADVocaAT

(10) Art. 2, 3°, al. 2 en 3, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

(11) Uiteenzetting van de motieven van het wetsvoorstel inzake overheidsopdrachten, *Parl. doc.*, K.volksvert., 2015-2016, nr. 54-1541/1, 11.

(12) Koninklijk besluit van 18 juni 2017 betreffende plaatsing van overheidsopdrachten in de speciale sectoren.

(13) Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG.

(14) De intrekking van het onderscheid tussen de openbare speciale sectoren en de private speciale sectoren wordt gerechtvaardigd door de wil om de toepasselijke regels te vereenvoudigen en te versoepelen (uiteenzetting van de motieven van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl. doc.*, K.volksvert., 2015-2016, nr. 54-1541/1, 4; zie eveneens de commentaar op het artikel 92, 150-151).

(15) Zie met name M. VANDERSTRAETEN, “Les secteurs spéciaux le sont-ils encore?”, *Chronique des marchés publics* 2016-2017, EBP, 2017, 499-515.

(16) Art. 94 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten. Sinds 1 januari 2020 bedragen deze drempels 438.000 euro voor leveringen en diensten en 5.350.000 euro voor werken.

(17) In tegenstelling tot de aanbestedende overheden uit de speciale sectoren: art. 151, § 1, al. 2, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

(18) Het gaat om de artikels 12, § 4, 12/1, 37 tot 38/6, 38/19, 62, al. 1, 1°, en al. 2 en 62/1.

(19) Cf. met name de afwezigheid van de limiet van 50% voor de toepassing van de artikels 38/1 (aanvullende prestaties) en 38/2 (niet te voorziene gebeurtenissen).

(20) S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit., 185; P.-O. DE BROUX en D. DE JONGHE, “Marchés publics et industries de réseau : des secteurs exclus aux secteurs spéciaux”, *R.D.I.R.*, 2015/3, 269-270; D. D’HOOGHE en E. CLYMAN, “De reglementering opdrachten in de nutssectoren: zin en onzin van een afzonderlijke reglementering”, *C.D.P.K.*, 2012, 342.

(21) S. ARROWSMITH, “Modernising the EU’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility”, *P.P.L.R.*, 2012/21, 76.