



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten

Drahmann, A.; Ommeren, F.J. van; Ouden, W. den; Wolswinkel, C.J.

Citation

Drahmann, A. (2011). Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten. In F. J. van Ommeren, W. den Ouden, & C. J. Wolswinkel (Eds.), *NILG: markt, overheid & recht* (pp. 267-292). Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68109>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68109>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

11 STREVEN NAAR EEN TRANSPARANTE (HER)VERDELING VAN SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN¹

A. Drahmman

1 INLEIDING

Voor de bestuursrechter lijkt steeds vaker te worden geprocedeerd over de verdeling van schaarse publieke rechten. Bekende voorbeelden van schaarse vergunningen zijn frequentievergunningen, openbaar vervoerconcessies en vergunningen voor het exploiteren van een speelautomatenhal. Concurrenten komen steeds vaker op tegen de verlen(g)ing van een vergunning aan een monopolist. De vraag is welke rechtsnormen op de (her)verdeling van deze schaarse publieke rechten van toepassing zijn. In deze bijdrage wordt ingegaan op de relevantie van het transparantiebeginsel bij deze verdeling. Uitgangspunt hierbij is het transparantiebeginsel zoals dat zich heeft ontwikkeld vanuit het aanbestedingsrecht en de vraag of deze norm ook toegepast zou kunnen of zelfs moeten worden in het algemeen bestuursrecht.²

Vanaf het midden van de jaren '90 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van aanbestedingsrecht geïntroduceerd.³ Algemeen aanvaard is de regel dat bij een aanbestedingsprocedure de aanbestedende dienst het transparantiebeginsel in acht moet nemen. Het was echter minder duidelijk of dit transparantiebeginsel ook bij vergunningverlening in acht moest worden genomen. Uit

¹ Deze bijdrage is afgerond op 1 september 2010.

² Hiermee wordt het transparantiebeginsel in 'enge' zin gehanteerd. Het begrip 'transparantiebeginsel' wordt namelijk niet eenduidig gehanteerd. Afhankelijk van de context kan het beginsel op een andere wijze ingekleurd worden. Zo kan het beginsel een 'ruime' of 'enge' betekenis krijgen. Buijze en Widdershoven stellen dat het bij transparantie gaat om de beschikbaarheid, toegankelijkheid en duidelijkheid van informatie over overheidshandelen. Deze ruime omschrijving heeft tot gevolg dat het transparantiebeginsel zowel betrekking kan hebben op bij de overheid berustende documenten (waarop de Wet openbaarheid van bestuur betrekking heeft) als op duidelijkheid over het verloop van (aanbestedings)procedures. Zoals gesteld, betreft deze bijdrage uitsluitend dat laatste aspect, nl. duidelijkheid over het verloop van (aanbestedings)procedures. (A.W.G.J. Buijze en R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Boom Juridische uitgevers 2010, p. 589-607).

³ HvJ EG 25 april 1996, C-87/94, Commissie/België (Waalse bussen)

het Betfair-arrest⁴ kan worden afgeleid dat dit onder omstandigheden het geval is. Dit arrest vormt dan ook de basis voor deze bijdrage.⁵

In essentie houdt het transparantiebeginsel⁶ in dat in aanbestedingsprocedures een aanbestedende dienst bepaalde informatie vooraf bekend moet maken. Van belang is dan welke informatie dit is en waarom het noodzakelijk is dat deze informatie vooraf bekendgemaakt wordt. Hierop zal hierna worden ingegaan.

Ter voorkoming van misverstanden wil ik hier reeds benadrukken dat het transparantiebeginsel in het aanbestedingsrecht een kenbaarheidsverplichting inhoudt. De vraag welke verdelingsprocedure gevolgd moet worden, staat hier in beginsel los van. Het transparantiebeginsel faciliteert het zorgvuldig verlopen van de verdelingsprocedure, maar verplicht niet tot het houden van een aanbesteding. Dit betekent dat bij de verlening van een vergunning voor een schaars publiek recht, bijvoorbeeld een kansspelvergunning, het bestuursorgaan dus eerst zal moeten kiezen voor een verdelingssysteem. Voorbeelden van een dergelijk verdelingssysteem zijn: 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt', een vergelijkende toets (al dan niet in combinatie met een financieel bod), een loting of een veiling.⁷ De verdelingsprocedure die vervolgens volgt, zal aan bepaalde rechtsnormen moeten voldoen. Eén van deze normen is dus het transparantiebeginsel.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Eerst zal ik ingaan op (de inhoud en omvang van) het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van aanbestedingsrecht (paragraaf 2). Een vergunningverleningsprocedure waarbij uit meerdere gegadigden gekozen moet worden (of ruimer: gekozen zou kunnen worden) lijkt immers sterk op een aanbestedingsprocedure, waarbij een aanbestedende dienst voor het verlenen van een opdracht ook een keuze moet maken uit meerdere aanbieders. Vervolgens zal, aan de hand van het Betfair-arrest, verkend worden hoe dit beginsel een rol kan spelen bij vergunningverlening door Nederlandse bestuursorganen (paragraaf 3). Daarbij zullen eerst de casus en de beantwoording van de prejudiciële vragen worden beschreven (paragraaf 3.1 en 3.2). Daarna zal worden ingegaan op de vraag wat de gevolgen van dit arrest zijn voor de Nederlandse vergunningpraktijk

4 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *Sporting Exchange/ Minister van Justitie (Betfair)*, JB 2010/171 (m.nt. Wolswinkel).

5 Zie ook de bijdrage van Adriaanse e.a. aan deze bundel over kansspelvergunningen.

6 In het Betfair-arrest wordt in het dictum van het Hof van Justitie gesproken over 'het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting'. In deze bijdrage heb ik het over het 'transparantiebeginsel' en niet over de 'transparantieplichting'. Hiervoor heb ik twee redenen. Allereerst heeft het Hof van Justitie het in het arrest *Commissie/Italië* (HvJ EG 13 september 2007, C-260/04) wel over het transparantiebeginsel. In dat arrest verklaart het Hof van Justitie voor recht dat Italië 'het algemene transparantiebeginsel en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te waarborgen' heeft geschonden. De tweede reden is dat in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk vaak wordt gerefereerd naar algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een 'transparantiebeginsel' past hier terminologisch gezien beter in dan een 'transparantieplichting'.

7 De bijdrage van Wolswinkel aan deze bundel heeft betrekking op deze verschillende verdelingsprocedures.

(paragraaf 3.3) en zal aan de hand van twee voorbeelden (de uitspraken Hommerson's⁸ en Pierik en Meson⁹) worden geïllustreerd hoe het transparantiebeginsel in de Nederlandse vergunningverleningspraktijk zou kunnen worden toegepast (paragraaf 3.4).¹⁰ Ten slotte zal, mede op basis van het Betfair-arrest, een voorzichtige toekomstverkenning plaatsvinden (paragraaf 4). Daarbij zal worden gezien of het mogelijk is dat het transparantiebeginsel niet alleen van belang kan zijn bij vergunningverlening, maar ook bij andere besluiten, zoals subsidieverlening (paragraaf 4.1). Tevens zal worden overwogen of, nu uit het Betfair-arrest volgt dat het transparantiebeginsel bij vergunningverlening in acht moet worden genomen, het transparantiebeginsel zou moeten worden erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of als onderdeel van één of meerdere bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur (paragraaf 4.2).

2 HET TRANSPARANTIEBEGINSEL

Het transparantiebeginsel is nog altijd in ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zowel de reikwijdte als de inhoud van het beginsel zijn nog niet uitgekristalliseerd. Ondanks deze onzekerheden, zal ik proberen zo concreet mogelijk aan te geven wanneer een procedure volgens mij in strijd is met het transparantiebeginsel.

2.1 *Inhoud van het transparantiebeginsel*

Het transparantiebeginsel is door het Hof van Justitie geïntroduceerd in het Waalse bussen-arrest.¹¹ Hieruit bleek dat het uitgangspunt bij de gunning van een opdracht moet zijn dat alle inschrijvers dezelfde kansen moeten hebben. De vervolgvraag is dan hoe dit uitgangspunt van gelijke kansen gewaarborgd kan worden. Dit kan via een transparante procedure en zie hier het transparantiebeginsel. Via het transparantiebeginsel kan worden gewaarborgd dat het Europeesrechtelijke verbod van discriminatie op grond van nationaliteit wordt nageleefd.¹²

Het transparantiebeginsel verplicht allereerst tot de bekendmaking van bepaalde informatie vooraf. Er moet sprake zijn van een passende bekendmaking van de opdracht. Aan elke potentiële inschrijver moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd.

8 C/Bb 3 juni 2009, IJN: BI6466, JB 2009/188 en AB 2009/373 (m.nt. C.J. Wolswinkel).

9 C/Bb 28 april 2010, AB 2010/186 (m.nt. C.J. Wolswinkel).

10 Zie eveneens de bijdrage van Van Ommeren in deze bundel. Van Ommeren analyseert hierin deze en andere rechtspraak op de vraag in hoeverre er al sprake is van een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte bij de verdeling van schaarse vergunningen.

11 HvJ EG 25 april 1996, C-87/94, Commissie/België (Waalse bussen).

12 HvJ EG 18 november 1999, C-275/98 (Unitron Scandinavia).

Hierdoor wordt de markt voor mededinging geopend en kunnen aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst.¹³ Het als aanbestedende dienst zelf contact op te nemen met een aantal inschrijvers (een selectieve aanpak) of het afwachten totdat inschrijvers zich zelf voor informatie wenden tot de aanbestedende dienst ('passieve publiciteit') is onvoldoende. Een actieve bekendmaking van de opdracht is noodzakelijk. Per opdracht moet bepaald worden welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking. Dit kan afhankelijk zijn van het onderwerp en de waarde van de opdracht.¹⁴ Onderscheid kan gemaakt worden tussen een bekendmaking via (i) het internet, (ii) het Staatsblad of -courant of nationale kranten, (iii) de lokale media en (iv) het Publicatieblad van de Europese Unie. Bij bekendmakingen via het internet kan gedacht worden aan een bekendmaking op de eigen website. Die bekendmaking moet dan wel eenvoudig vindbaar zijn. Een andere mogelijkheid is een portaalsite voor opdrachten, bijvoorbeeld de aanbestedingskalender. Met betrekking tot de lokale media kan gedacht worden aan het gemeenteblad of aan een huis-aan-huis-blad. Hierbij wordt de reikwijdte van de bekendmaking wel beperkt tot een plaatselijk niveau. Deze bekendmaking is dan ook alleen passend bij kleine opdrachten voor de lokale markt. Er zal echter maar zelden sprake zijn van een opdracht waarin alleen de lokale markt geïnteresseerd is. Een bekendmaking in een nationale krant heeft een grotere reikwijdte. Een bekendmaking in het publicatieblad van de Europese Unie is niet verplicht, maar zorgt wel voor een brede bekendmaking.¹⁵

Welke informatie vooraf bekendgemaakt moet worden hangt af van de vraag of een aanbestedingsprocedure op grond van de aanbestedingsrichtlijnen gevolgd moet worden of niet. Zoals gesteld verplicht het transparantiebeginsel niet tot het houden van een formele aanbestedingsprocedure. Het is mogelijk dat de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, maar het transparantiebeginsel wel van toepassing is.¹⁶ Op deze situatie wordt hierna nog uitgebreider ingegaan. Voor nu merk ik op dat bij verlening van schaarse publieke rechten bij vergunningverlening de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, maar het transparantiebeginsel wel van toepassing kan zijn. In dat geval gelden voor de bekendmaking echter minder strenge eisen. De bekendmaking van een opdracht kan beperkt blijven tot een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht, de gunningsprocedure en de contactgegevens van de aanbestedende dienst om daar de nadere

13 HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria).

14 Hierbij is ook van belang dat het transparantiebeginsel is gekoppeld aan de werking van het EG-verdrag. Dit heeft tot gevolg dat het beginsel alleen van toepassing is bij grensoverschrijdende gevallen. Hierop wordt in paragraaf 3.3 nader ingegaan. Als marktpartijen uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn in een opdracht, zal een bekendmaking in lokale media over het algemeen als onvoldoende moeten worden beschouwd.

15 Paragraaf 2.1.2 van de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

16 O.a. HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (Coname).

informatie (onderliggende stukken) op te kunnen vragen. Bij vergunningverlening zou de bekendmaking kunnen bestaan uit een korte beschrijving van de beschikbare vergunning, de verleningsprocedure en de contactgegevens van het bestuursorgaan.¹⁷

Eén van de essentiële gegevens die in de bekendmaking moet worden opgenomen is de uiterste datum voor ontvangst van de inschrijvingen (of bij vergunningen: de aanvraag). Hierdoor hebben alle inschrijvers evenveel tijd om hun aanbieding voor te bereiden. Aan de in de bekendmaking opgenomen uiterste datum van inschrijving moet ook strikt de hand worden gehouden. Dit heeft tot gevolg dat eenmaal ingediende aanbiedingen niet meer gewijzigd of aangevuld kunnen worden. Dit zou immers afbreuk doen aan de vooraf bekendgemaakte procedureregels, nl. de uiterste indieningsdatum. Dit is in strijd met het transparantiebeginsel. Het afwijken van de procedureregels zou een aanbieder immers kunnen bevoordelen ten opzichte van zijn concurrenten.¹⁸

Naast een uiterste ontvangstdatum moet de aanbestedende dienst ook van tevoren de selectie- en gunningscriteria¹⁹ bekendmaken. Ook de onderlinge weging van de gunningscriteria moet vooraf vastgesteld en bekendgemaakt worden.²⁰ Alle criteria kunnen in de bekendmaking opgenomen worden, maar het is ook mogelijk dat in de bekendmaking wordt vermeld waar de criteria kunnen worden opgevraagd, bijvoorbeeld waar het bestek kan worden gedownload. Ook hier geldt dat het transparantiebeginsel niet bepaalt hoe de selectie- en gunningscriteria moeten luiden, maar slechts vereist dat deze vooraf vastgesteld en bekendgemaakt worden. Een voorbeeld ter illustratie. Het is mogelijk dat een aanbestedende dienst veel inschrijvers verwacht. Het is dan bijna ondoenlijk om alle inschrijvingen kwalitatief te gaan vergelijken. In dat geval kan in de bekendmaking worden opgenomen dat er een shortlist zal worden gehanteerd, mits ook wordt opgenomen welke mechanismen voor de selectie worden gebruikt. In de bekendmaking (dan wel achterliggende stukken) kan dan bijvoorbeeld toegelicht worden dat alle inschrijvers eerst zullen worden beoordeeld op bepaalde (objectieve) uitsluitingsgronden en minimumeisen en dat vervolgens onder de overgebleven inschrijvers zal worden geloot totdat er vijf inschrijvers overblijven. Slechts van deze vijf zal dan de kwaliteit van de aanbieding worden vergeleken aan de hand van

17 Paragraaf 2.1.3 van de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

18 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94, Commissie/België (Waalse bussen) (r.o. 55).

19 Selectiecriteria hebben betrekking op de kwaliteit (geschiktheid) van de aanbieders, terwijl gunningscriteria betrekking hebben op de kwaliteit van de aanbieding. Een voorbeeld van selectiecriteria zijn omzetgegevens en referenties (ervaring) en een voorbeeld van gunningscriteria zijn de prijs en de kwaliteit.

20 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94, Commissie/België (Waalse bussen) (r.o. 88) en HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (Lianakis e.a.) (r.o. 36).

de vooraf bekendgemaakte gunningscriteria. De opdracht wordt uiteindelijk gegund aan degene met de beste aanbieding.²¹

Welke selectie- en gunningscriteria worden gehanteerd, maakt dus voor het in acht nemen van het transparantiebeginsel niet uit, mits alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure maar in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Door het vooraf bekendmaken van de criteria weten alle potentiële inschrijvers welke criteria de aanbestedende dienst bij de vergelijking van de inschrijvingen zal hanteren. De inschrijvers kunnen hier dan bij het formuleren van hun aanbieding al rekening mee houden. De gunningscriteria moeten daarom ook zodanig zijn geformuleerd, dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren en de juiste draagwijdte van de criteria kunnen begrijpen. De gunningscriteria moeten ook gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze worden uitgelegd.²² Ook hier is de ratio van het transparantiebeginsel dat het “in essentie ten doel [heeft] te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen”.²³ In de Interpretatieve Mededeling heeft de Europese Commissie aangegeven dat een eerlijke, onpartijdige en transparante procedure het beste bereikt kan worden door: (i) een niet-discriminerende beschrijving van het onderwerp van de opdracht, (ii) gelijke toegang voor ondernemingen uit alle lidstaten, (iii) wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels, (iv) passende termijnen en (v) een transparante en objectieve aanpak.²⁴ Tot nu toe is ingegaan op de informatie die vooraf bekendgemaakt moet worden. De eis dat de gunningscriteria van tevoren moeten worden vastgesteld en bekendgemaakt werkt echter ook door na de gunning zelf ('de uitvoeringsfase'). Het is namelijk niet toegestaan om na de gunning nog wezenlijke wijzigingen, d.w.z. wijzigingen aan (één van) de essentiële voorwaarden aan te brengen. De gedachte hierbij is dat als deze gewijzigde voorwaarde al in de bekendmaking had gestaan, de (overige en potentiële) inschrijvers in staat zouden zijn geweest een inhoudelijk andere offerte in te dienen en hierdoor wellicht in aanmerking zouden zijn gekomen voor de gunning.²⁵ In het arrest presstext Nachrichtenagentur²⁶

21 Zie over een beperking van het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd een offerte in te dienen: paragraaf 2.2.2 van de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

22 HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (SIAC Construction).

23 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta). Hierin wordt het transparantiebeginsel het corollarium van het beginsel van gelijke behandeling genoemd.

24 Paragraaf 2.2.1 van de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

25 Zie over wezenlijke wijzigingen ook het arrest Succhi di Frutta. In deze zaak was sprake van een wijziging van de betalingsvoorwaarden van de te leveren producten. (HvJ EG 29 april 2004, C-496/99).

26 HvJ EG 24 januari 2008, C-454/06 (presstext Nachrichtenagentur).

wordt een wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht omschreven als een wijziging die dusdanig is dat die wijziging doet blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. Er is sprake van een wezenlijke wijziging wanneer de wijziging voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen. Ook een in belangrijke mate uitbreiding van de diensten is een wezenlijke wijziging. Ten slotte is een wijziging wezenlijk 'wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld'. Een vervanging van een onderaannemer kan, zelfs indien de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet, in uitzonderlijke gevallen een wezenlijke wijziging vormen. Dit is het geval wanneer de keuze van een bepaalde onderaannemer een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst.²⁷ De wijziging van inschrijvingsvoorwaarden is uiteraard wel mogelijk als deze aanpassingsmogelijkheid (en de wijze van toepassing ervan) uitdrukkelijk is opgenomen in het bestek. In dat geval hebben alle (potentiële) inschrijvers immers van meet af aan kennis van deze mogelijkheid en bevinden zij zich weer op voet van gelijkheid. Als niet uitdrukkelijk in een aanpassingsmogelijkheid is voorzien, is natuurlijk de vraag wat hiervan het gevolg is. Het Hof van Justitie stelt dat de nationale rechter "overeenkomstig de interne rechtsorde van de betrokken lidstaat alle noodzakelijke maatregelen, daaronder begrepen een nieuwe aanbestedingsprocedure, moeten gelasten om de transparantie van de procedure te herstellen".²⁸ Als een aanbestedende dienst een wezenlijke wijziging wil aanbrengen in het gunningscontract dan kan het organiseren van een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig zijn.

Ten slotte is de vraag van belang wat de gevolgen zijn van schending van het transparantiebeginsel. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het niet geboden is dat de nationale autoriteiten een overeenkomst opzeggen of dat de nationale rechterlijke instanties een bevel daartoe uitvaardigen steeds wanneer het transparantiebeginsel niet is nagekomen. Dit is een aangelegenheid van de nationale rechtsorde. Het is mogelijk om voor een ander rechtsmiddel te kiezen, mits dit middel niet ongunstiger is dan soortgelijke nationale rechtsmiddelen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en het middel de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maakt (doeltreffendheidsbeginsel).²⁹ Dit betekent dat naast het opzeggen van een overeen-

27 HvJ EG 13 april 2010, C-91/08 (Wall AG).

28 HvJ EG 13 april 2010, C-91/08 (Wall AG).

29 HvJ EG 13 april 2010, C-91/08 (Wall AG).

komst die in strijd met het transparantiebeginsel tot stand is gekomen, ook een schadevergoeding tot de mogelijkheden kan behoren.

2.2 *Omvang van het transparantiebeginsel*

De eerste uitspraken over het transparantiebeginsel hadden betrekking op de gunning van overheidsopdrachten. Het transparantiebeginsel is vervolgens neergelegd in de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG.³⁰ De algemene indruk was dan ook dat het transparantiebeginsel uitsluitend in acht hoefde worden genomen bij het gunnen van overheidsopdrachten die vallen binnen de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen. Dit is inmiddels achterhaald. In latere jurisprudentie heeft het Hof van Justitie zich namelijk op het standpunt gesteld dat het non-discriminatieverbod rechtstreeks uit het EG-verdrag (thans EU-Werkingsverdrag) volgt. Volgens het Hof van Justitie behoort ook het transparantiebeginsel daarom tot het primaire gemeenschapsrecht. In het recente arrest Wall oordeelde het Hof van Justitie: “De transparantieplichting vloeit rechtstreeks voort uit de artikelen 43 EG en 49 EG, die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde van de lidstaten en primeren op elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht.”³¹

Indien het transparantiebeginsel onderdeel uitmaakt van het primaire gemeenschapsrecht is de werking van het beginsel niet beperkt tot de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen, maar wel tot de werkingssfeer van het EG-verdrag. Uitsluitend bij opdrachten met een grensoverschrijdend belang (dat wil zeggen dat marktpartijen uit andere lidstaten in de opdracht geïnteresseerd kunnen zijn) is het transparantiebeginsel van toepassing.

De uitbreiding van de werking van het transparantiebeginsel tot opdrachten die niet vallen binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen heeft gevolgen voor (ten minste) drie soorten opdrachten. Allereerst is het beginsel van toepassing op overheidsopdrachten die vallen onder de drempelwaarden genoemd in de aanbestedingsrichtlijnen.³² Bij opdrachten onder de drempelwaarde zijn de (procedureregels uit de) aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing, maar moet wel het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Ten tweede zijn de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing op bepaalde soorten opdrachten (de zogenaamde “B-diensten”), maar ook dan is het transparantiebeginsel wel van toepassing. Mede naar aanleiding van deze ontwikkelingen heeft de Europese Commissie in 2006 een Interpretatieve Mededeling gepubliceerd die betrekking heeft op deze twee soorten groepen opdrachten die (gedeeltelijk) buiten de werkingssfeer van de aanbe-

30 Artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG luidt als volgt: “Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

31 Artikel 43 en 49 EG-verdrag zijn thans artikel 49 en 56 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (het EU-Werkingsverdrag).

32 Thans bedraagt de drempelwaarde voor overheidsopdrachten van decentrale overheden voor werken € 4.845.000,- en voor leveringen en diensten € 193.000,-.

stedingsrichtlijnen vallen, maar waarop wel het transparantiebeginsel betrekking heeft.³³ Volgens de Europese Commissie werden door deze mededeling geen nieuwe rechtsregels gecreëerd. Duitsland was het hier niet mee eens en heeft tegen mededeling beroep ingesteld bij het Hof van Justitie. Op 20 mei 2010 heeft het Gerecht het beroep van Duitsland niet-ontvankelijk verklaard, omdat “de mededeling geen nieuwe regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten toevoegt aan de uit het bestaande gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen.”³⁴

Naast bovenstaande twee groepen opdrachten (opdrachten onder de drempelwaarde en de zogenaamde B-diensten) is er nog een derde soort ‘opdrachten’ waarop het transparantiebeginsel van toepassing is. Dit is de uitgifte van dienstenconcessies. Een dienstenconcessie lijkt op een overheidsopdracht voor diensten, maar bij een concessie bestaat de tegenprestatie van de aanbestedende dienst uit het verlenen van een exclusief recht om die dienst te exploiteren (eventueel met een geldelijke vergoeding). De aanbestedingsrichtlijnen zijn ook op deze concessies niet van toepassing, maar het transparantiebeginsel wel.

Een voorbeeld van een arrest van het Hof van Justitie over concessies is het arrest Commissie/Italië.³⁵ Dit arrest heeft betrekking op het verlengen van concessies voor het beheer van paardenweddenshappen zonder voorafgaande openbare aanbesteding. Het Hof van Justitie oordeelt dat Italië “door 329 concessies voor het beheer van paardenweddenshappen zonder enige aanbestedingsprocedure te hernieuwen, de krachtens de artikelen 43 EG en 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen en meer bepaald het transparantiebeginsel en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te waarborgen, heeft geschonden.” Het Hof van Justitie oordeelt dat de hernieuwing zonder aanbesteding van de oude concessies verhindert dat bedoelde concessies worden opengesteld voor de mededinging en dat de toewijzingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst. Dit zou slechts toelaatbaar kunnen worden geacht op grond van de in de artikelen 45 EG en 46 EG uitdrukkelijk genoemde uitzonderingen of, haar rechtvaardiging kan vinden in dwingende redenen van algemeen belang. Italië had betoogd dat de noodzaak was gelegen in het ontmoedigen van de ontwikkeling van illegale activiteiten op het gebied van de inzameling en de toekenning van weddenshappen. Volgens het Hof van Justitie had Italië echter niet gemotiveerd hoe de hernieuwing van de bestaande concessies zonder enige aanbestedingsprocedure de ontwikkeling van illegale activiteiten in de sector van de paardenweddenshappen zou kunnen tegenhouden.

Italië heeft ervoor gekozen om kansspelen te reguleren via een concessiesysteem. Nederland heeft in de Wet op de kansspelen (Wok) gekozen voor een vergunningstelsel. Ook in

33 Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

34 GEA 20 mei 2010, T-256/06 (Duitsland/Commissie).

35 HvJ EG 13 september 2007, C-260/04, (Commissie/Italië), BR 2008/131.

Nederland is de toegang tot de kansspelmarkt beperkt, omdat er slechts één of enkele kansspelvergunningen per soort kansspel worden verleend. Daarnaast is ook verlenging van deze vergunningen mogelijk. Zowel de verlening als de verlenging vindt plaats zonder aanbesteding of daarmee vergelijkbare procedure. Lange tijd was onduidelijk of ook op deze vergunningverlening het transparantiebeginsel van toepassing was. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("de Afdeling") heeft hierover prejudiciële vragen gesteld. Deze vragen hebben geresulteerd in het arrest *Betfair*.³⁶ Op de inhoud en de gevolgen van dit arrest voor de Nederlandse bestuursrechtpraktijk wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

De komende jaren zal het transparantiebeginsel ongetwijfeld verder uitkristalliseren. In het vervolg van deze bijdrage zal ik mij beperken tot de relevantie van het transparantiebeginsel voor Nederlandse vergunningstelsels. Desalniettemin wil ik wijzen op twee andere toekomstige ontwikkelingen die van belang kunnen zijn. Allereerst is in het werkprogramma van de Europese Commissie voor 2010 het initiatief aangekondigd voor een richtlijn voor concessies.³⁷ Een tweede relevante ontwikkeling is op nationaal niveau, namelijk de totstandkoming van een Aanbestedingswet. Op 6 juli 2010 is het wetsvoorstel voor de 'Aanbestedingswet 20..' aangeboden aan de Tweede Kamer. In dit wetsvoorstel wordt het transparantiebeginsel beperkt gecodificeerd.³⁸ Interessant is of de uitwerking van de (Europese) beginselen van aanbestedingsrecht, zoals het transparantiebeginsel, in de Aanbestedingswet in de toekomst analoog kunnen worden toegepast in bestuursrechtelijke procedures over schaarse besluiten. Veel procedurebepalingen (bijvoorbeeld over wat minimaal in de aankondiging moet worden opgenomen) zijn een concretisering van hetgeen uit het transparantiebeginsel voortvloeit. Als het transparantiebeginsel ook bij vergunningverlening in acht moet worden genomen, zou dan ook gekeken kunnen worden naar de regeling in de Aanbestedingswet.

36 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (*Sporting Exchange Ltd (Betfair)/Minister van Justitie van Nederland*), JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel, NJ 2010/490, m.nt. M.R. Mok en P. Adriaanse, T. Barkhuysen en S. van den Bogaert "Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat", *NJB* 2010, afl. 29, p. 1900 e.v.

37 Werkprogramma 2010 d.d. 31 maart 2010, COM(2010) 135 final. Ter uitvoering hiervan is de Europese Commissie een openbare consultatie gestart voor dit initiatief. Eenieder kon tot 9 juli 2010 een vragenlijst invullen over concessies. Een deel van deze vragen had betrekking op de te betrachten transparantie bij het verlenen van concessies. Het valt dan ook te verwachten dat in het initiatief ingegaan zal worden op het transparantiebeginsel.

38 Kamerstukken II, 2009-2010, 32 440, nr. 1-3.

3 HET TRANSPARANTIEBEGINSEL BIJ VERGUNNINGVERLENING: BETFAIR

Uit het arrest Betfair blijkt dat het transparantiebeginsel zoals hierboven omschreven ook van toepassing is bij éénvergunningstelsels. Hieronder zal daarom (nadat kort de casus is beschreven) de argumentatie van het Hof van Justitie worden weergegeven.

3.1 *De casus*

Op grond van de Wet op de kansspelen (Wok) kan er slechts één vergunning verleend worden voor het organiseren van een totalisator. Een totalisator is een gelegenheid waarbij op de uitslag van harddraverijen en paardenrennen gewed kan worden en waarbij het totaal van de inleg verdeeld zal worden onder degenen die op de winnaar hebben gewed. Daarnaast kan op grond van de Wok ook slechts één vergunning verleend worden voor het organiseren van sportprijsvragen.

De Lotto is sinds 1961 de houder van de vergunning voor sportprijsvragen, de lotto en het cijferspel. De totalisatorvergunning is verleend aan Scientific Games Racing BV (SGR). Betfair biedt via het internet en de telefoon vanuit het Verenigd Koninkrijk een platform aan voor weddenschappen over sportevenementen en paardenrennen. Om deze diensten in Nederland aan te mogen bieden heeft Betfair bij de Minister van Justitie een aanvraag om een kansspelvergunning ingediend. De Minister heeft deze aanvraag geweigerd omdat de Wok een gesloten systeem van kansspelen kent.

Betfair heeft in beroep onder meer aangevoerd dat zij geen eerlijke kans heeft gehad om mee te dingen naar het verkrijgen van de vergunning. Bij de verlening van de vergunning voor kansspelen had het transparantiebeginsel eerbiedigd moeten worden. De Afdeling heeft vervolgens prejudiciële vragen gesteld.

3.2 *Beantwoording van de prejudiciële vragen*

Het Hof van Justitie beantwoordt in het arrest een aantal vragen. Allereerst wordt ingegaan op de vraag of Nederland een éénvergunningstelsel voor kansspelen mag hanteren. Vervolgens komt de vraag aan de orde of op dit éénvergunningstelsel het transparantiebeginsel van toepassing is. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de verlening en de verlenging van deze vergunningen.

Met betrekking tot de eerste vraag stelt het Hof van Justitie (net als in de zaak Commissie/Italië) voorop dat de regeling uit de Wok een beperking van het vrij verkeer van diensten vormt, maar dat deze beperking kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. De doelstelling om consumentenbescherming te waarborgen en om

criminaliteit en gokverslaving te bestrijden, kunnen een dergelijke rechtvaardiging vormen. In beginsel mag Nederland dan ook een éénvergunningstelsel hebben.

Vervolgens beantwoordt het Hof van Justitie de vraag of bij de verlening en verlenging van deze ene vergunning het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen. Het Hof van Justitie wijst allereerst op haar vaste jurisprudentie over concessieovereenkomsten voor diensten.³⁹ Het Hof van Justitie vergelijkt vervolgens het éénvergunningstelsel uit de Wok met deze concessieovereenkomsten. Het Hof van Justitie erkent dat de afgifte van één vergunning niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst, maar acht dit op zichzelf geen rechtvaardiging om niet aan de uit het EG-verdrag voortvloeiende vereisten, zoals het transparantiebeginsel, te hoeven voldoen. Het beginsel vormt een “dwingende prealabele voorwaarde” om aan één ondernemer een exclusief recht voor het verrichten van een economische activiteit te verlenen, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Het transparantiebeginsel moet ook toepassing vinden bij vergunningverlening aan één enkele ondernemer, omdat de gevolgen van deze vergunningverlening voor Betfair dezelfde zijn als bij een concessieverlening voor diensten.

Een éénvergunningstelsel moet dus aan het transparantiebeginsel voldoen. Dit is echter niet het enige waar vergunningstelsels die de vrijheden uit het EG-verdrag beperken aan moeten voldoen. Zelfs als sprake is van een dwingende reden van algemeen belang, moet een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen gebaseerd zijn op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn. Hierdoor wordt een grens gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten en wordt willekeur voorkomen. Daarnaast moet het mogelijk zijn beroep in te kunnen stellen tegen de vergunningverlening. Het vereiste dat objectieve criteria moeten worden opgesteld vloeit voort uit het willekeurverbod. Op grond van het transparantiebeginsel moet vervolgens aan die objectieve criteria voldoende bekendheid worden gegeven.

Het Hof van Justitie beantwoordt vervolgens de vraag of het transparantiebeginsel ook van toepassing is bij de verlenging van de kansspelvergunningen. De aan Lotto en SGR verleende vergunningen zijn (zonder enige oproep tot mededinging) verlengd met respectievelijk drie en vijf jaar. Het Hof van Justitie oordeelt dat ook een de procedure voor deze verlenging aan het transparantiebeginsel moet voldoen, omdat een procedure die hieraan

39 Het Hof stelt dat bij het sluiten van concessieovereenkomsten “de fundamentele regels van het EG-Verdrag in het algemeen, met name artikel 49 EG, 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 worden genomen. Vervolgens oordeelt het Hof dat deze transparantieplichting van toepassing is “wanneer een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de betrokken dienstenconcessie wordt verleend, in deze concessie geïnteresseerd kan zijn”. “Zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbesteding moet worden uitgeschreven, houdt deze transparantieplichting in dat de concessieverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen, zodat de openbare dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.”

niet voldoet in beginsel belet “dat andere exploitanten hun interesse in de uitoefening van de betrokken activiteit kenbaar kunnen maken, en zij worden aldus verhinderd rechten te doen gelden die zij aan het Unierecht ontleen”. Het Hof van Justitie benadrukt hierbij dat onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de gevolgen van het toelaten van mededinging op de markt van de kansspelen en anderzijds de gevolgen van het toelaten van mededinging voor de toekenning van de opdracht. Het Hof van Justitie maakt hierbij onderscheid tussen mededinging *op* de markt en mededinging *om* de markt. Hiermee bedoel ik het volgende. Het uitsluiten van mededinging op de kansspelmarkt is volgens het Hof van Justitie gerechtvaardigd, omdat als meerdere ondernemers kansspelen aanbieden zij zullen gaan wedijveren om hun aanbod aantrekkelijker te maken. Hierdoor zouden de uitgaven van de consumenten voor spelen en de gevaren van verslaving van consumenten toenemen. Deze redenen rechtvaardigen een éénvergunningstelsel. Een geheel andere vraag is echter hoe men in aanmerking kan komen voor deze ene vergunning. Hierbij zal beoordeeld moeten worden wat de gevolgen van het toelaten van mededinging zijn bij de verlening van de vergunning. De hiervoor beschreven schadelijke gevolgen, zoals consumentenbescherming tegen gokverslaving, zijn niet relevant bij de vraag waarom niet meerdere partijen voor die ene vergunning in aanmerking zouden kunnen komen. Het niet organiseren van competitie bij de verlening van één vergunning (mededinging om de markt) is daarom in beginsel niet gerechtvaardigd.

Het is de vraag of de Minister (alsnog) een rechtvaardiging kan vinden voor het niet willen organiseren van deze competitie. Het Hof van Justitie biedt de Minister alvast één ontsnapingsmogelijkheid: als de Minister besluit de vergunning te verlenen aan (of te verlengen voor) “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” is sprake van een situatie waarbij de beperking van het vrij verkeer van diensten door het Hof van Justitie gerechtvaardigd wordt geacht. Alleen in dat geval is de verlening of verlenging van een vergunning zonder oproep tot mededinging niet onevenredig.

3.3 *Gevolgen van het arrest*

De vraag is wat de gevolgen van dit arrest zijn voor de Nederlandse vergunningverlening-praktijk.⁴⁰

Bij bestudering van het arrest valt allereerst op dat het Hof van Justitie benadrukt dat sprake is van een éénvergunningstelsel. Hieruit mag mijns inziens echter niet worden afgeleid dat de strekking van het arrest beperkt zou zijn tot éénvergunningstelsels. In het arrest Commissie/Italië (over de concessieverlenging voor paardenwedenschappen) was

⁴⁰ Zie ook Van Ommeren in zijn bijdrage aan deze bundel, die deze rechtspraak in de context plaatst van het creëren van mededingingsruimte.

immers sprake van 329 concessies. Het Hof van Justitie heeft daar geoordeeld dat voor de verlening van die 329 concessies het transparantiebeginsel in acht moest worden genomen. Dit is ook logisch als men uitgaat van de basisgedachte dat het transparantiebeginsel in beeld kan komen als een van de vrijheden uit het EG-verdrag wordt beperkt. Bij ieder vergunningstelsel waarbij het aantal te verlen(g)en vergunningen is gemaximeerd (met andere woorden: schaarse vergunningen in de zin van deze bundel) wordt het vrij verkeer (potentieel) belemmerd. Uit het arrest blijkt dat deze belemmering van het vrij verkeer slechts bij uitzondering is gerechtvaardigd.

Door het transparantiebeginsel te koppelen aan het EG-verdrag wordt uiteraard wel een andere beperking aan de werkingssfeer van het beginsel gecreëerd: het beginsel is namelijk alleen van toepassing bij grensoverschrijdende gevallen. Dat betekent dat sprake moet zijn waar potentieel ook marktpartijen uit andere lidstaten in geïnteresseerd zouden kunnen zijn. De vraag of sprake is van een grensoverschrijdend belang kan soms beantwoord worden aan de hand van de waarde van de opdracht, maar ook andere elementen, zoals de plaats van uitvoering, kunnen hierbij van belang zijn. Deze drempel zal echter niet heel groot zijn. Er is snel sprake van een situatie met potentieel geïnteresseerden uit andere lidstaten. Het is bovendien de vraag of een beperking van de werking van het transparantiebeginsel gerechtvaardigd is. Het doel transparantiebeginsel is om favoritisme en willekeur door aanbestedende diensten (of bij vergunningen: bestuursorganen) uit te bannen. Er zijn m.i. geen goede redenen waarom marktpartijen slechts bij grensoverschrijdende situaties tegen dit risico beschermd zouden moeten worden.

Daarnaast wil ik benadrukken dat uit het arrest niet blijkt dat voor vergunningverlening waarbij sprake is van een maximum aantal te verlenen vergunningen (oftewel waarvoor een 'plafond' is gecreëerd) een aanbestedingsprocedure zou moeten worden gevolgd. In het *Betfair*-arrest wordt expliciet gesteld: "Zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbesteding moet worden uitgeschreven, houdt deze transparantieplichting in dat de concessieverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen, zodat de openbaredienstenconcessie voor mededinging openstaat en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst." Hieruit volgt dat voordat de vergunningen verleend (of verlengd) worden er een kennisgeving moet plaatsvinden die alle potentiële vergunninghouders bereikt. In die kennisgeving moet staan hoe deze potentiële vergunninghouder in aanmerking kan komen voor een vergunning. Reeds door deze algemene kennisgeving kunnen alle potentiële vergunninghouders meedingen naar de vergunning. Het bestuursorgaan beschikt nog altijd over de discretionaire bevoegdheid om zelf te kiezen welk verdelingssysteem hij vervolgens wil hanteren. Dit kan een aanbesteding (ook wel aangeduid als tender, beauty contest of vergelijkende toets) zijn, maar ook een veiling, loting of zelfs een verlening op grond van de volgorde van ontvangst van de aanvraag (het wie-het-eerst-komt-systeem).

3.4 *De Nederlandse praktijk*

Aan de hand van twee uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) kan worden geïllustreerd hoe het transparantiebeginsel toegepast zou kunnen worden in de Nederlandse praktijk. Beide zaken hebben betrekking op de Wok. In de eerste uitspraak heeft het CBb het bestreden besluit vernietigd wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, maar was vernietiging ook op grond van het transparantiebeginsel mogelijk. In de tweede uitspraak is het beroep ongegrond verklaard, maar had toepassing van het transparantiebeginsel wellicht tot een andere uitkomst kunnen leiden.

In de eerste uitspraak⁴¹ was in de kansspelverordening van de gemeente Den Haag opgenomen dat in de gemeente slechts acht speelautomatenhallen mochten worden gevestigd verdeeld over drie gebieden binnen de gemeente. Een aanvraag om een exploitatievergunning zou worden geweigerd als daarmee het maximumaantal vestigingen binnen een gebied zou worden overschreden. Hommerson's had al meerdere vestigingen binnen de gemeente, waaronder in Scheveningen. Het CBb stelt vast dat het maximaal toegestane aantal van acht hallen voor de hele gemeente was bereikt. Er kon dus alleen met succes een aanvraag voor een vergunning worden ingediend, als één van de reeds verleende vergunningen zou komen te vervallen of zou worden ingetrokken. Hommerson's heeft in de aanvraag om een vergunning voor een hal in het centrum aangegeven bereid te zijn haar vergunning voor een hal in Scheveningen op te geven. De burgemeester heeft vervolgens gelijktijdig de ene vergunning verleend en de ander ingetrokken. Een concurrent van Hommerson's is tegen de vergunningverlening opgekomen en heeft onder meer betoogd dat hij had moeten kunnen mededingen naar die vergunning. De burgemeester betoogde dat hij bij de verlening van de vergunningen "een afwachtende houding heeft aangenomen en dat van ondernemers alertheid en initiatieven worden verwacht om gebruik te kunnen maken van de mogelijkheden die nieuwe projecten bieden".

Op basis van de hierboven geciteerde overweging uit het Betfair-arrest had het CBb kunnen oordelen dat het transparantiebeginsel inhoudt dat het bestuursorgaan had moeten zorgdragen voor een passende mate van openbaarheid zodat de vergunningverlening voor mededinging openstond. De afwachtende houding van de burgemeester was hiermee in strijd. Het CBb komt met een andere motivering tot dezelfde conclusie.

Het CBb is van oordeel dat de verlening van de vergunning aan Hommerson's op gespannen voet staat met het zorgvuldigheidsbeginsel: "Het zorgvuldigheidsbeginsel vergt in een geval als het onderhavige (...) dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden mee te dingen naar deze schaarse vergunning." Door de gelijktijdige intrekking en verlening "is een situatie in het leven geroepen waarin derden niet van te voren op de hoogte konden

41 CBb 3 juni 2009, LJN: BL6466, JB 2009/188 en AB 2009/373 (m.nt. C.J. Wolswinkel).

worden gebracht van het feit dat een vergunning was vrijgekomen en het maximum van acht vergunningen niet langer was bereikt. Het onder deze omstandigheden verlenen van een vergunning aan Hommerson's voldoet dus in beginsel niet aan de eisen die op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden gesteld aan de besluitvorming'. Dit zou slechts anders zijn, als bij voorbaat vaststond dat alleen de nieuwe locatie van Hommerson's aan de wettelijke voorschriften voldeed. Omdat dit niet uit het besluit bleek, vernietigt het CBb de beslissing op bezwaar wegens het missen van een deugdelijke motivering.

Wat kan de burgemeester doen om het transparantiebeginsel (dan wel het zorgvuldigheidsbeginsel) in acht te nemen? De burgemeester kan eerst de vergunning van Hommerson's voor de hal in Scheveningen intrekken. Vervolgens moet de burgemeester zorgen voor een "passende bekendmaking". In deze bekendmaking zou moeten staan dat eenieder voor een bepaalde datum een aanvraag kan indienen voor een exploitatievergunning in het centrum. In die bekendmaking moet de burgemeester opnemen op grond van welke criteria hij de vergunning zal verlenen. Eén manier zou kunnen zijn een verlening aan de exploitant met de kwalitatief beste aanbieding of de exploitant met het hoogste financiële bod. Een andere manier zou echter ook kunnen zijn, dat de vergunning wordt verleend aan de eerste aanvraag die wordt ingediend. Door te kiezen voor deze tweede manier kiest de burgemeester bewust niet voor de kwalitatief beste aanvraag, maar voor de makkelijkste manier. Indien men er vanuit gaat dat een bestuursorgaan in beginsel het beste resultaat wenst, lijkt de eerste manier (vergelijkende toets) te prefereren boven de tweede manier. De tweede manier lijkt alleen aangewezen in situaties waarin de kwaliteit van de aanvraag (en de aanvrager) geheel irrelevant is. Hoewel deze discussie interessant is, laat ik deze hier verder rusten. De discussie heeft namelijk betrekking op de keuze voor de beste verdelingsmethode en staat geheel los van het transparantiebeginsel.⁴² Beide manieren voldoen immers aan het transparantiebeginsel: iedere potentiële aanvrager is door de kennisgeving in staat gesteld om (of als eerste of als beste) een aanvraag in te dienen. Hierdoor is de vergunningverlening voor mededinging geopend.

De tweede uitspraak speelt zich af in Zwolle.⁴³ In de Verordening Speelautomatenhallen Zwolle is bepaald dat de burgemeester voor één speelautomatenhal een vergunning kan verlenen. Deze ene vergunning is verleend aan A en is geldig tot en met 31 december 2007. Op 15 januari 2007 dient A, namens Flash, een aanvraag in voor een nieuwe vergunning vanaf 1 januari 2008. De huidige vergunninghouder A is tevens bestuurder van Flash. In november 2007 wordt de ontwerpvergunning (met toepassing van afdeling 3.4 Awb) ter inzage gelegd. Twee concurrenten van Flash, Pierik en Meson, dienen vervolgens een zienswijze én een aanvraag om een vergunning in. Desondanks verleent de burgemeester de vergunning aan Flash en wijst de andere twee aanvragen af. Het CBb leidt uit de veror-

⁴² Zie ook de bijdragen van Wolswinkel en van Jacobs en Den Ouden aan deze bundel.

⁴³ CBb 28 april 2010, AB 2010/186 (m.nt. C.J. Wolswinkel).

dening een verdelingssysteem van volgorde van binnenkomst af. Het CBb stelt voorop “dat, indien bij de verlening van een schaarse vergunning gebruik wordt gemaakt van een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvraag, voor potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is. In dit geval was het appellanten bekend of had hun bekend kunnen zijn dat de verleende vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal in het centrum van Zwolle op 31 december 2007 zou komen te vervallen en was de procedure ten aanzien van het verlenen van de vergunning duidelijk. Het stond appellanten vrij om voor de exploitatie van een speelautomatenhal voor het jaar 2008 en volgende, tijdig een volledige aanvraag in te dienen. Dat zij dit hebben nagelaten en zij, pas nadat Flash een volledige aanvraag had ingediend en het ontwerp van het besluit was gepubliceerd, onvolledige aanvragen hebben ingediend, is voor hun risico”. Het CBb stelt terecht dat voor potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of de vergunning beschikbaar is en wat de te volgen procedure is. Dit vloeit voort uit het transparantiebeginsel. Vervolgens gaat het CBb echter uit van een (nogal verstrekkende) onderzoeksplicht voor deze potentiële gegadigden. Het transparantiebeginsel gaat juist uit van een informatieverplichting voor het bestuursorgaan: het bestuursorgaan moet zorgen voor een passende bekendmaking.

Uit de uitspraak blijkt niet duidelijk waarop het CBb het oordeel baseert dat Pierik en Meson bekend hadden kunnen of moeten zijn met de geldigheidsduur van de al verleende vergunning. Flash had voorkennis omdat een van haar bestuurders de huidige vergunninghouder was en Pierik en Meson hadden deze voorkennis niet. Wel staat in de kansspelverordening dat de vergunning door toepassing van afdeling 3.4 Awb wordt verleend. Indien ook in 1998 de vergunning is verleend met toepassing van afdeling 3.4 Awb, dan zal destijds de vergunning (met beperkte geldigheidsduur) bekend gemaakt zijn en hadden Pierik en Meson als zij al in 1998 waren opgericht) hier kennis van kunnen nemen. Ik vraag me af of ook van een bedrijf dat pas is opgericht na de vergunningverlening mag worden verwacht dat zij kennis had kunnen en moeten hebben van die vergunningverlening. Als een exploitant wil voorkomen dat hem wordt tegengeworpen dat hij kennis had kunnen hebben van een eerdere vergunningverlening, dan verdient het aanbeveling dat hij (en alle overige potentiële gegadigden) bij alle burgemeesters in Nederland een Wob-verzoek indient om erachter te komen welke vergunningen zijn verleend, tot wanneer deze geldig zijn, en welke verdelingsprocedure wordt gehanteerd. Dit lijkt mij onwenselijk. Het transparantiebeginsel, dat juist uitgaat van een informatieverplichting voor het bestuursorgaan, doet m.i. meer recht aan de positie van andere gegadigden.

Daarnaast is er nog een tweede punt van kritiek mogelijk op deze uitspraak. Het CBb stelt dat alle potentiële gegadigden een tijdige aanvraag hadden kunnen indienen. In dit geval had Flash bijna één jaar voor het verstrijken van de vergunning al een aanvraag ingediend. De burgemeester had geen nader beleid vastgesteld over de werking het wie-het-eerst-komt-systeem. Betekent dit dat nu de nieuwe vergunning op 8 april 2008 aan Flash is

verleend, Meson en Pierik direct op 9 april 2008 een aanvraag zouden kunnen en moeten indienen om in aanmerking te kunnen komen voor een nieuwe vergunning na het verstrijken van de geldigheidsduur van die nieuwe vergunning? Uit de uitspraak blijkt dat de vergunning slechts is verleend voor de duur van één jaar en niet zoals de vorige vergunning voor een periode van tien jaar. In de kansspelverordening staat geen regeling voor de verlenging van de vergunning. Als het wie-het-eerst-komt-systeem onverkort wordt toegepast, dan zullen zowel de vergunninghouder Flash als de concurrenten Meson en Pierik zo snel mogelijk een aanvraag moeten indienen. Als nog niet direct een vergunningverleningsprocedure wordt gestart (hetgeen met een lange geldigheidsduur wenselijk kan zijn), dan zou de burgemeester in dat geval een wachtlijst kunnen bijhouden voor het verlenen van de vergunning.

Het CBb stelt dat er geen wettelijke verplichting voor de burgemeester bestaat om beleid op te stellen over het vergunningverleningssysteem en dat het ontbreken van dergelijk beleid ook niet in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. M.i. had op basis van de Europeesrechtelijke jurisprudentie over het transparantiebeginsel ook geoordeeld kunnen worden dat de burgemeester een aankondiging (bijvoorbeeld in de vorm van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel) bekend had moeten maken waarin het wie-het-eerst-komt-systeem wordt uitgewerkt, bijvoorbeeld door te stellen dat er een wachtlijst wordt gehanteerd dan wel dat vanaf één jaar voor het verstrijken van de verleende vergunning nieuwe aanvragen kunnen worden ingediend. Ook het wie-het-eerst-komt-systeem kan immers op verschillende manieren worden uitgewerkt.

Ten slotte wijs ik erop dat de concurrenten weliswaar geen expliciet beroep hebben gedaan op het transparantiebeginsel, maar wel hebben betoogd dat de verleningsprocedure onvoldoende helder en open was. Het CBb verwerpt dit beroep met de overweging “dat niet is gebleken dat de in afdeling 3.4 Awb vervatte procedure in dit geval niet inzichtelijk en onjuist zou zijn verlopen”. Deze afdeling bevat echter pas procedurevoorschriften vanaf het moment van terinzagelegging van het ontwerpbesluit. De beroepsgrond van de concurrenten had echter (ook) betrekking op de procedure daaraan voorafgaand: had de burgemeester na ontvangst van de aanvraag concurrenten moeten informeren of zelfs vóórdat de eerste aanvraag werd ingediend beleid moeten vaststellen. De procedure van afdeling 3.4 Awb voorziet hier niet in. Door de thans gevoerde procedure, waarbij er een overlap bestaat tussen de bestuurders van beide vergunninghouders, kan bij mij toch niet de indruk worden weggenomen dat niet elk risico van favoritisme en willekeur is weggenomen. Het transparantiebeginsel had hiervoor uitkomst kunnen bieden.

4 EEN TOEKOMSTVERKENNING

4.1 *Reikwijdte van het transparantiebeginsel*

Uit het Betfair-arrest blijkt dat onder omstandigheden ook bij vergunningverlening het transparantiebeginsel relevant kan zijn. Dit is het geval indien het aantal beschikbare vergunningen gemaximeerd is door middel van een plafond. Op grond van het EG-verdrag moeten in dat geval alle potentiële aanvragers in de gelegenheid gesteld worden om mee te kunnen dingen naar die vergunning. Dit creëren van mededinging moet worden gerealiseerd door een passende bekendmaking.

Het Betfair-arrest heeft betrekking op vergunningstelsels. Dit is logisch, omdat de casus betrekking heeft op een kansspelvergunning. De Awb is echter gebaseerd op het besluitbegrip. De vraag is dan of het transparantiebeginsel ruimer getrokken kan worden naar alle besluiten. Het arrest dwingt niet tot deze conclusie. De werking van het transparantiebeginsel is beperkt tot situaties waarbij sprake is van (al dan niet kunstmatig gecreëerde) schaarste. Slechts bij de verdeling van schaarse publieke rechten bestaat er reden om de mededinging te reguleren door middel van een transparante procedure. Daarentegen moet het woord 'vergunning' m.i. niet eng worden uitgelegd tot alleen besluiten die de naam 'vergunning' dragen. Ik sluit mij aan bij de omschrijving van het begrip 'vergunning' van Van Ommeren, nl. iedere 'toestemming' die door een bestuursorgaan wordt verleend (of te wel een uitzondering op een gebod of verbod), zoals een ontheffing, vrijstelling, concessie of vergunning in enge zin.⁴⁴ Ook bij de verlening deze besluiten waarbij een schaars publiek recht wordt toegekend, is het transparantiebeginsel van belang.

Een bijzondere vorm van de verdeling van schaarste is de verlening van subsidies. Bij subsidieverlening wordt er vaak een plafond vastgesteld. Indien er meer aanvragen om subsidie worden ingediend dan er geld beschikbaar is, zal er een verdelingsmechanisme moeten worden gehanteerd. De toekenning van deze subsidiegelden na een verdelingsprocedure (bijvoorbeeld een vergelijkende toets / beauty contest) lijkt dus sterk op de verdeling van een vergunning na een vergelijkende toets. Het ligt dan ook in de rede om ook bij de verdeling van subsidiegelden te stellen dat favoritisme van het bestuursorgaan moet worden voorkomen en dat dit het beste kan door het transparantiebeginsel (analoog) toe te passen. Ook dit kan echter niet uit het Betfair-arrest worden afgeleid. Het arrest heeft immers betrekking op een situatie waarbij een (exclusief) recht wordt verleend om een activiteit te kunnen verrichten. Er is dus sprake van een situatie waarbij iets verboden is, tenzij daar een vergunning voor is verleend. Bij subsidieverlening is daar geen sprake van. Een subsidie wordt verleend om een bepaalde activiteit mogelijk te maken, maar er geldt geen verbod

⁴⁴ F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen; de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het bestuursrecht*, Deventer 2004, p. 2.

om de activiteit zonder subsidie te verrichten. Desalniettemin zijn er wel argumenten die het toepassen van het transparantiebeginsel rechtvaardigen. Allereerst is al gewezen op de vergelijkbare verdelingsprocedures die in de praktijk en regelgeving bij schaarse subsidie dan wel vergunningverlening gevolgd worden. Daarnaast is van belang dat subsidies vaak verleend worden voor activiteiten die anders niet kunnen plaatsvinden. Voor innovatieve projecten is een subsidie vaak noodzakelijk om de benodigde gelden te kunnen verkrijgen. Dit betekent dat als aan initiatiefnemer A een subsidie wordt verleend en aan initiatiefnemer B de subsidie wordt geweigerd wegens het bereiken van het subsidieplafond, de facto sprake is van een situatie waarbij A het project kan realiseren en B niet. Hoewel het verrichten van de activiteit niet aan B wordt verboden, zal B dit wel zo ervaren. Ook in deze situatie kan gesteld worden dat om een gelijke behandeling van A en B te kunnen garanderen, het transparantiebeginsel toegepast zou kunnen worden.

4.2 *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

Gelet op het Betfair-arrest zal de transparantieplichting in Nederland door de wetgever en het bestuur in acht moeten worden genomen. Indien een bestuursorgaan deze verplichting niet in acht neemt, is de vraag met welke rechtsregel het bestuursorgaan in strijd handelt. In het Nederlandse bestuursrecht kennen we het transparantiebeginsel immers (nog) niet als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De vraag dringt zich op of het mogelijk (en afdoende) is om de transparantieplichting te scharen onder een van de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur of dat het nodig is een nieuw 'transparantiebeginsel' te introduceren. Bij de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur kan met name gedacht worden aan het gelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Deze vraag is niet nieuw; al in 1988 schreef Kleijn over het zorgvuldigheidsbeginsel en gelimiteerde vergunningstelsels,⁴⁵ waarna Damen in een ingezonden bijdrage zich afvroeg of een wie-het-eerst-komt-principe bij gelimiteerde beschikkingstelsels niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel moet worden geacht.⁴⁶ Deze discussies werden en worden veroorzaakt doordat de grenzen van de diverse beginselen vaag zijn en de beginselen elkaar deels overlappen.

In jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt vaak gesproken over "het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting". Ook hier worden het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel dus aan elkaar gekoppeld, maar tegelijkertijd wel van elkaar onderscheiden. Volgens Prechal zijn er drie redenen waarom

45 G.P. Kleijn, "Het zorgvuldigheidsbeginsel en gelimiteerde vergunningstelsels", *Gemeentestem* 1988, no. 6850, p. 73-78.

46 L. Damen, "Gelimiteerde vergunningstelsels, of ruimer: beschikkingstelsels en het gelijkheidsbeginsel (Ingezonden bijdrage)", *Gemeentestem* 1988, no. 6853, p. 151-152.

het transparantiebeginsel zijn eigen, specifieke betekenis heeft.⁴⁷ Allereerst stelt het zelfstandige eisen met betrekking tot de helderheid en duidelijkheid van informatie, die geschonden kunnen worden zonder dat er ook sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel. Ten tweede gaat transparantie volgens Prechal aan het gelijkheidsbeginsel vooraf. Zonder transparantie is de controle op het de naleving van het gelijkheidsbeginsel niet mogelijk. Ten derde dient het transparantiebeginsel een ruimere doelstelling: het beginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het (nationale) gelijkheidsbeginsel wordt vaak omschreven als de eis dat 'gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden en ongelijke gevallen ongelijk in de mate waarin zij verschillen'.⁴⁸ De nadruk wordt dan ook met name gelegd op de verplichting voor het bestuursorgaan om consistent te handelen. De drie door Prechal genoemde aspecten van het transparantiebeginsel worden dus (thans) niet door het gelijkheidsbeginsel bestreken.

Ook in de hiervoor al genoemde Zwolse kansspelzaak⁴⁹ hadden de concurrenten een beroep op het gelijkheidsbeginsel gedaan. Het CBb oordeelt dat dit betoog faalt, omdat de aanvraag van de concurrent was ingediend na de (volledige) indiening van de aanvraag van Flash en de terinzagelegging van het ontwerpbesluit. Om deze reden is er volgens het CBb geen sprake van een gelijk geval. Indien het transparantiebeginsel als subbeginsel van het gelijkheidsbeginsel zou moeten worden gezien, dan had het CBb m.i. niet uitsluitend mogen kijken naar de datum van de aanvragen. Juist omdat Flash, Meson en Pierik concurrenten van elkaar zijn, hadden zij in ieder geval dezelfde kans geboden moeten krijgen van het bestuursorgaan om in aanmerking te komen voor de vergunning. Het is de vraag of Meson en Pierik in deze procedure dezelfde kans hebben gekregen als Flash. De transparantieplichting is een randvoorwaarde (een procedurespelregel) die waarborgt dat het beginsel van gelijke behandeling nageleefd wordt, maar niet het gelijkheidsbeginsel zelf. Het lijkt mij echter niet onmogelijk om de strekking van het gelijkheidsbeginsel op te rekken naar een situatie waarin wordt geoordeeld dat bij het schenden van een informatieplichting sprake is van potentieel ongelijke benadeling en daarom in strijd met het gelijkheidsbeginsel. In dat geval zou er binnen het beginsel een onderscheid moeten worden gecreëerd tussen materiële gelijkheidsaspecten en formele (procedurele) gelijkheidsaspecten. Feit blijft echter dat het gelijkheidsbeginsel in het algemeen bestuursrecht thans (nog) niet op deze wijze wordt toegepast.

47 S. Prechal, 'De emancipatie van 'het algemene transparantiebeginsel'', *SEW* 2008, p. 320.

48 Vgl. H.F.T. Pennarts, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2008, p. 76.

49 CBb 28 april 2010, AB 2010/186.

Een tweede beginsel van behoorlijk bestuur waar het transparantiebeginsel overlap mee vertoont, is het rechtszekerheidsbeginsel.⁵⁰ Het formele rechtszekerheidsbeginsel vereist immers dat besluiten duidelijk en ondubbelzinnig moeten worden geformuleerd. Voor de verdeling van schaarse vergunningen is dan wel van belang dat niet alleen de uiteindelijke vergunning duidelijk moet zijn, maar juist ook het voortraject. Het transparantiebeginsel vereist immers dat in een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel de criteria op basis waarvan de vergunning zal worden verleend worden neergelegd en dat de aanvang van de verdelingsprocedure wordt bekendgemaakt zodat eenieder kan meedingen naar die vergunning. Ook hier geldt dat het mijns inziens mogelijk is om de transparantievereisten via het rechtszekerheidsbeginsel in het algemeen bestuursrecht te borgen, maar dat dit tot op heden onvoldoende gebeurt. Een uitspraak waarin het rechtszekerheidsbeginsel wordt toegepast bij de beoordeling van de rechtmatigheid van schaarse vergunningverlening is de uitspraak Amutron.⁵¹ In deze uitspraak wilde de burgemeester van Culemborg door middel van een vergelijkende toets een speelautomatenhalvergunning verlenen. De selectiecriteria waren in een beleidsregel vastgelegd. Na het verstrijken van de aanvraagtermijn bleek dat geen enkele aanvraag aan alle in de beleidsregel opgenomen criteria voldeed. Daarom besloot de burgemeester om van de beleidsregel af te wijken en de vergunning (kort samengevat) te verlenen aan de aanvraag die het meest in de buurt kwam van de gestelde eisen. Het CBB oordeelt terecht dat het de burgemeester niet vrijstond om gedurende de besluitvormingsfase over te gaan tot een wijziging van de beleidsregels. Het CBB oordeelt: "Vanuit een oogpunt van objectiviteit, *transparantie en rechtszekerheid* dienen bij het toepassen van een vergelijkende toets de criteria waaraan de aanvragen worden getoetst, tevoren te worden vastgelegd en kunnen deze criteria gedurende de besluitvormingsfase niet worden gewijzigd; hooguit verduidelijkt. [cursivering dzz.]" Het CBB noemt transparantie en rechtszekerheid als twee aparte elementen. Ook hieruit kan worden afgeleid dat het rechtszekerheidsbeginsel thans nog niet (alle) transparantievereisten omvat. Een ruimere uitleg van het rechtszekerheidsbeginsel zou dan ook nodig zijn om de transparantievereisten in het Nederlandse bestuursrecht te borgen.

Naast het gelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel zou ook gekeken kunnen worden naar het willekeurverbod en het verbod van vooringenomenheid. Het willekeurverbod wordt echter in de sleutel geplaatst van de marginale beleidstoetsing van besluiten.⁵² De informatieverplichting die het transparantiebeginsel bevat, valt echter niet binnen deze belangenafwegingstoets. De transparantievereisten zijn geen eisen waarbij het bestuursorgaan over discretionaire ruimte beschikt om beleid te maken. Het bestuursorgaan beschikt wel over

50 Zie ook Prechal, 'De emancipatie van 'het algemene transparantiebeginsel'', *SEW* 2008, p. 317-318 en Van Ommeren, 'Schaarse vergunningen; de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het bestuursrecht', Deventer 2004, p. 49.

51 CBB 19 december 2007, JB 2008/67.

52 Vgl. H.F.T. Pennarts, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2008, p. 137 e.v.

beslissingsruimte bij de vraag welke verdelingsmethode gehanteerd zal worden. Het willekeurverbod zou hierbij dan ook wellicht wel een rol kunnen spelen, maar als er eenmaal voor gekozen is een verdelingsprocedure te hanteren dan zal deze procedure transparant moeten verlopen.

Ook het verbod van vooringenomenheid, zoals dat is gecodificeerd in artikel 2:4 Awb, heeft raakvlakken met het transparantiebeginsel. Zoals gesteld beoogt het transparantiebeginsel in essentie te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen.⁵³ Het uitsluiten van favoritisme wordt ook met het verbod van vooringenomenheid beoogd. Het verbod van vooringenomenheid speelde een rol in de subsidietenderprocedure over subsidieverlening door het Fonds voor Podiumkunsten aan De Theatercompagnie.⁵⁴ In de subsidietender werden de aanvragen beoordeeld door een adviescommissie. Eén van de leden van de adviescommissie die de aanvraag van De Theatercompagnie moest beoordelen, bleek tevens directeur te zijn van een stichting die ook een subsidieaanvraag had ingediend. Het commissielid had zich wel verschoond bij de advisering over de subsidieaanvraag van zijn eigen stichting, maar niet voor de advisering over de aanvraag van De Theatercompagnie. De subsidieaanvragen werden door de adviescommissie beoordeeld op kwaliteit. Zowel de Afdeling als de rechtbank oordeelden dat het commissielid belang kon hebben bij een negatieve advisering, omdat de kans dan groter zou worden dat zijn eigen stichting voor subsidie in aanmerking zou komen. Hierdoor is de schijn van belangenverstrengeling gewekt en is het advies van de adviescommissie in strijd met artikel 2:4 Awb en niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand gekomen. Het advies mocht daarom niet ten grondslag aan het subsidieverleningsbesluit ten grondslag worden gelegd. Bij besluitvorming waarbij gebruik gemaakt wordt van een vergelijkende toets zal dan ook bij de vorming van adviescommissies rekening moeten worden gehouden met de onafhankelijkheid van de commissieleden. Dit vereiste staat echter los van het transparantievereiste dat een kenbaarheidsverplichting inhoudt. Ook door het voorafgaand aan de besluitvorming kenbaar maken van de selectiecriteria wordt echter gewaarborgd dat het bestuursorgaan zonder vooringenomenheid handelt. Tot nu toe reikt de werking van artikel 2:4 Awb niet zo ver dat het verbod van vooringenomenheid verplicht tot het bekendmaken van informatie zoals het transparantiebeginsel dit doet.

Een laatste mogelijkheid is het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit beginsel is ook door het CBb in de Hommerson's-uitspraak gehanteerd. Het zorgvuldigheidsbeginsel is gedeeltelijk gecodificeerd in artikel 3:2 Awb, waarin wordt bepaald dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis moet vergaren omtrent de relevante feiten

⁵³ Vgl. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta).

⁵⁴ ABRvS 24 maart 2010, JB 2010/119 en AB 2010/137 (m.nt. Den Ouden). De uitspraak in eerste aanleg (rechtbank Amsterdam 27 oktober 2009) is gepubliceerd in Gstem. 2009/123 (m.nt. Neerhof). Zie ook de bijdrage van Jacobs en Den Ouden elders in deze bundel.

en de af te wegen belangen. De transparantieplichting heeft echter juist betrekking op het als bestuursorgaan verstrekken (in plaats van vergaren) van informatie. De transparantieplichting zou dan in de sleutel van het (ongeschreven) formele zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden geplaatst. Nicolai heeft in zijn onderzoek naar beginselen van behoorlijk bestuur voor het zorgvuldig nemen van een besluit onderscheid gemaakt tussen de beslissingsprocedure en de inhoudelijke besluitvorming.⁵⁵ Deze deugdelijke inhoudelijke besluitvorming heeft onder meer betrekking op een (deugdelijke) belangenafweging. Nicolai stelt dat deze belangenafweging onder omstandigheden, namelijk als sprake is van een maximumstelsel, de verplichting kan bevatten om een vergelijkende methode toe te passen.⁵⁶ De vraag aan welke normen die vergelijking dan moet voldoen, wordt door hem niet beantwoord. Dit zou wellicht als een onderdeel van de belangenafweging kunnen worden gezien. Ook in dat geval worden de transparantievereisten een subonderdeel van de belangenafweging en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Uit het voorgaande blijkt dat de transparantievereisten in beginsel binnen de bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen worden vervat. Die beginselen zullen dan wel ruimer moeten worden uitgelegd dan thans het geval is. Er is echter een aantal voordelen aan rechtstreekse toetsing aan het transparantiebeginsel boven toetsing via het zorgvuldigheidsbeginsel. Ten eerste kan daarmee worden benadrukt dat aan de verlening van schaarse besluiten specifieke transparantievereisten voortvloeien die afwijken van reguliere besluitvorming bij ongelimiteerde vergunningstelsels. Hoewel deze transparantievereisten wellicht passen binnen bestaande beginselen, blijkt dat zowel bestuursorganen als rechters de normen nog onvoldoende toetsen en onvoldoende oog hebben voor de specifieke aspecten van schaarse besluitvorming. Ook Wolswinkel stelt dat de toegevoegde waarde van de transparantieplichting gezocht moet worden bij de eigen aard van de schaarse vergunning. Anders dan bij niet-schaarse vergunningen, moet bij schaarse vergunningen namelijk een keuze worden gemaakt tussen aanvragers door middel van een onderlinge vergelijking.⁵⁷ Zoals reeds eerder gesteld, kan die onderlinge vergelijking volgens mij bestaan uit een vergelijkende toets, een verdeling op basis van volgorde van binnenkomst of een andere verdelingsmethode. Het transparantiebeginsel sluit geen enkele verdelingsmethode uit, maar vereist wel dat de verleningsprocedure van de gekozen methode transparant verloopt. Die transparantievereisten bij de verlening van schaarse besluiten hoeven bij reguliere besluitvorming in beginsel niet in acht te worden genomen.

Ten tweede is van belang dat de transparantievereisten absolute, objectieve procedureregels zijn die betrekking hebben op het verstrekken van informatie. De enkele schending van deze regels heeft tot gevolg dat de verdelingsprocedure opnieuw zal moeten plaatsvinden

⁵⁵ P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990, p. 301.

⁵⁶ P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990, p. 348.

⁵⁷ HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (Betfair), JB 2010/171, m.nt. Wolswinkel.

omdat potentiële aanbieders potentieel kunnen zijn benadeeld. De toets aan bestaande beginselen als het zorgvuldigheids-, rechtszekerheids- of gelijkheidsbeginsel, wordt vaak gehanteerd binnen het kader van het twee- of driepartijengeding tussen het bestuursorgaan, degene die de vergunning had willen krijgen (de appellant) en degene die de vergunning heeft gekregen (de derdebelanghebbende). Slechts bezien wordt of het bestuursorgaan onzorgvuldig jegens de benadeelde appellant heeft gehandeld. Vaak is er onvoldoende oog voor de belangen van de (niet aanwezige, onbekende) potentiële geïnteresseerde, terwijl deze door schending van een bekendmakingsverplichting benadeeld kan zijn en dus in strijd met de transparantievereisten is gehandeld.

Het derde verschil hangt samen met het tweede en heeft betrekking op het doel van de transparantievereisten. Een belangrijk doel van het transparantiebeginsel is om ieder risico van favoritisme en willekeur uit te bannen. Dit doel vloeit voort uit de specifieke aard van schaarse besluitvorming en is de reden dat bestuursorganen procedurespelregels die zorgen voor een transparante verdelingsprocedure moet volgen. Deze procedureregels moeten altijd gevolgd worden, niet uit het oogpunt van zorgvuldigheid, maar ter voorkoming van willekeur, welk risico inherent voortvloeit uit de schaarse aard van het besluit. Deze doelstelling kan door toetsing aan de hiervoor genoemde bestaande beginselen minder goed worden geborgd.

Een laatste voordeel van het transparantiebeginsel is dat beter aangesloten kan worden bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de nationale aanbestedingsjurisprudentie over het transparantiebeginsel. Deze jurisprudentie die zich de laatste decennia heeft ontwikkeld kan dan analoog worden toegepast door bestuursorganen en de bestuursrechter. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat erkenning van het transparantiebeginsel als (ongeschreven) beginsel van behoorlijk bestuur een toegevoegde waarde zal hebben voor de verlening van schaarse publieke rechten.

5 AFRONDING

Met het Betfair-arrest heeft het Hof van Justitie meer invulling gegeven aan het toepassingsbereik van het transparantiebeginsel. Desondanks is er nog veel onduidelijk over hoe dit beginsel in Nederland moet worden toegepast. In ieder geval is de stelling dat het transparantiebeginsel nimmer van toepassing is bij de verlening van schaarse vergunningen niet langer houdbaar. Het transparantiebeginsel vormt een “dwingende prealabele voorwaarde” om aan één ondernemer een exclusief recht te verlenen, ongeacht de wijze van selectie. Het transparantiebeginsel moet daarom ook toegepast worden bij vergunningverlening. Het transparantiebeginsel houdt een kenbaarheidsverplichting in en verplicht bestuursorganen om bepaalde informatie vooraf bekend te maken. Het transparantiebeginsel verplicht echter niet tot het houden van een aanbestedingsprocedure. Ook andere verdelingsproce-

dures zoals een wie-het-eerst-komt-systeem kunnen in overeenstemming met het transparantiebeginsel zijn, mits wordt gekozen voor een passende mate van openbaarheid van de procedure. Het uitgangspunt bij de verlening van schaarse vergunningen zou moeten zijn dat alle potentiële vergunninghouders dezelfde kansen hebben. Daarbij moet elk risico van favoritisme en willekeur door het bestuursorgaan worden uitgebannen. Dit uitgangspunt van gelijke kansen kan gewaarborgd worden via een transparante procedure. Een passende mate van openbaarheid betekent dat het bestuursorgaan bepaalde informatie vooraf moet bekendmaken. Door middel van een algemene kennisgeving dient het bestuursorgaan ervoor zorg te dragen dat de vergunningverlening voor mededinging open staat. In de kennisgeving kan onder andere een uiterste ontvangstdatum voor de aanvragen worden opgenomen. Daarnaast zullen van tevoren de selectie- en gunningscriteria bekendgemaakt moeten worden, bijvoorbeeld in de vorm van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel.

Het transparantiebeginsel wordt thans nog niet erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Uit de twee in deze bijdrage gegeven voorbeelden blijkt dat dit soms een probleem kan zijn. In het eerste voorbeeld (Hommerson's) werd via toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel eenzelfde resultaat bereikt. In de andere uitspraak (Flash) werd geoordeeld dat de verleningsprocedure zorgvuldig was verlopen, terwijl de vergunningverlening op gespannen voet met het transparantiebeginsel lijkt te staan. Kennelijk leidt toepassing van het zorgvuldigheids-, rechtszekerheids- of gelijkheidsbeginsel (nog) niet tot een juiste toetsing aan de transparantievereisten zoals deze volgen uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Dit betekent ofwel dat de bestaande beginselen van behoorlijk bestuur een ruimere uitleg moeten krijgen ofwel dat het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur moet worden erkend. Hiervoor heb ik aangegeven dat rechtstreekse toetsing aan het transparantiebeginsel een aantal voordelen heeft boven toetsing via de bestaande beginselen. Uiteindelijk gaat het er echter om dat (het doel en de strekking van) de transparantievereisten correct worden toegepast in Nederland. Dat is voor de rechtszoekende belangrijker dan de naam van het beestje.