

Cover Page



Universiteit Leiden



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

**Author:** Drahmman, Annemarie

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

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

*Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*



# Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten

Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van  
een transparantieverplichting bij de verdeling van  
schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van  
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,  
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,  
volgens besluit van het College voor Promoties  
te verdedigen op donderdag 5 februari 2015  
klokke 16.15 uur

*door*

Annemarie Drahmman

geboren te Amsterdam

in 1981

Promotiecommissie:

Promotoren: prof. mr. T. Barkhuysen  
prof. mr. W. den Ouden

Overige leden: prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt (Universiteit van Amsterdam)  
prof. mr. F.J. van Ommeren (Vrije Universiteit Amsterdam)  
prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (Universiteit Utrecht)  
prof. dr. J.M. Hebly  
prof. mr. S.C.G. Van den Bogaert  
prof. dr. W.J.M. Voermans

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest  
Vertaling slotbeschouwing: Hendriks & James – Amsterdam

Dit onderzoek is mede tot stand gekomen dankzij een financiële bijdrage van het Meijers Instituut en Stibbe.

© 2015 A. Drahmman

ISBN 978 90 1312 911 3  
ISBN 978 90 1312 912 0 (e-book)

*Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, in fotokopie of anderszins zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan Stichting Reprorecht, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp.*

*Correspondentie inzake overneming of reproductie richten aan: Kluwer, Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn.*

## Woord vooraf

Promotieonderzoek doen leek mij altijd geweldig, maar niets voor mij. Ik was en ben tenslotte meer een doener dan een denker. Na mijn studie aan de VU wist ik zeker dat ik mijn bestuursrechtkennis in de praktijk wilde brengen en die kans kreeg ik bij Stibbe. Toch was ik altijd een beetje jaloers op vrienden die wel onderzoek deden. Alles veranderde toen het bestuur van de vereniging voor bestuursrecht VAR mij vroeg om een preadvies voor de Jonge VAR te schrijven. Na afloop daarvan werd mij namelijk meerdere keren gevraagd of promoveren niet wat voor mij was, waardoor die oude wens toch weer werd aangewakkerd.

Ik wil allereerst mijn promotores, Willemien den Ouden en Tom Barkhuysen, bedanken dat zij het hebben aangedurfd om mij als buitenpromovenda aan te nemen. Daarnaast wil ik iedereen bedanken bij Stibbe, met name Jan Reinier van Angeren en Aaldert ten Veen, die het mogelijk hebben gemaakt om naast – en waar nodig tijdens – mijn werk aan mijn dissertatie te schrijven. Ten slotte natuurlijk veel dank aan mijn vrienden en familie, in het bijzonder Betsy, Frits, Esther en Beinte: zonder jullie enthousiasme, liefde en geduld, had ik dit traject nooit tot een goed einde kunnen brengen.

Het onderzoek is afgerond op 1 juli 2014. Latere ontwikkelingen zijn – op een enkele kleine uitzondering na – niet meer meegenomen.



# Inhoudsopgave

## LIJST VAN AFKORTINGEN

XIII

1	INLEIDING	1
1.1	Een casus	1
1.2	Aanleiding	3
1.3	Doel- en vraagstelling	6
1.4	Plan van aanpak en leeswijzer	7
1.5	Onderzoeksmethode	10
1.6	Plaatsbepaling en relevantie van het onderzoek	12
2	AFBAKENING: KADER EN TERMINOLOGIE	15
2.1	Inleiding	15
2.2	De Unierechtelijke transparantieverplichting, het -beginsel en de -vereisten	15
2.2.1	De transparantieverplichting in brede zin	16
2.2.2	De Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke transparantieverplichting	19
2.2.3	Het Betfair-arrest in het kort	29
2.2.4	De transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse rechten	34
2.3	De verdeling van schaarse rechten bij besluit	34
2.3.1	Wat zijn schaarse rechten?	35
2.3.2	De verdeling van schaarse rechten	37
2.3.3	De rol van de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse rechten	39
2.4	Afsluiting	40
3	OP NAAR EEN TRANSPARANT(ER) 2013 (DEEL 1); EEN OVERZICHT VAN ÉÉN JAAR TRANSPARANTIERECHTSPRAAK	43
3.1	Inleiding	43
3.2	Definitie en reikwijdte van het transparantiebeginsel	44
3.3	Transparantie vooraf: de passende bekendmaking en het vaststellen van voorwaarden en modaliteiten	47
3.3.1	De Noord-Hollandse koffiekeurmerkenzaak	48
3.3.2	Schoolvoorbeeld	50

3.3.3	Passende bekendmaking	50
3.3.4	Te beperkte eis	51
3.3.5	Behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver	51
3.3.6	Geen duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering	53
3.3.7	Wijziging	57
3.4	Afsluiting	58
4	OP NAAR EEN TRANSPARANT(ER) 2013 (DEEL 2); EEN OVERZICHT VAN ÉÉN JAAR TRANSPARANTIERECHTSPRAAK	61
4.1	Inleiding	61
4.2	Transparantie tijdens de procedure: de beoordeling van de offertes	61
4.2.1	Wanneer is sprake van nieuwe criteria?	62
4.2.2	Aantonen geschiktheid door de inschrijver	63
4.2.3	Geen wijziging of aanvulling van ingediende inschrijvingen	63
4.2.4	Beoordelingscommissie	66
4.3	Transparantie achteraf: motivering, de toetsing door de rechter en de wezenlijke wijziging	67
4.3.1	Motiveringsplicht	68
4.3.2	Toetsing door de rechter	71
4.3.3	Ambtshalve aanvulling rechtsgronden	73
4.3.4	Wezenlijke wijziging	73
4.3.5	Waar leidt een geslaagd beroep op het transparantiebeginsel toe?	75
4.4	Afsluiting	78
5	TRANSPARANTIE EN MEDEDINGING IN HET NEDERLANDSE BESTUURSRECHT: VAN OPDRACHTEN, VIA CONCESSIONS NAAR VERGUNNINGEN?	81
5.1	Inleiding	81
5.2	Het Betfair-arrest in het kort	82
5.3	De concessie en de verlening van exclusieve rechten	86
5.3.1	Inleiding	86
5.3.2	De opdracht	87
5.3.3	De concessie	87
5.3.4	Verschillen tussen de opdracht en concessie	89
5.4	Vergunningen	98
5.4.1	Wat is een vergunning?	98
5.4.2	Kan een vergunning een concessie naar Europees aanbestedingsrecht zijn?	101
5.4.3	Tussenconclusie	108
5.5	Wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving?	109
5.6	Enkele concrete voorbeelden	112
5.6.1	Wet op de kansspelen	113
5.6.2	Telecommunicatiewet en de Wp2000	114

---

5.6.3	Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen	115
5.6.4	Winkeltijdenwet	116
5.6.5	Wet milieubeheer: gemeentelijke afvalinzameling	117
5.7	Afronding	118
6	UITDIJING VAN DE WERKING VAN HET TRANSPARANTIEBEGINSEL: VAN CONCESSIONS NAAR VERGUNNINGEN? EEN BESCHOUWING NAAR AANLEIDING VAN HET BETFAIR-ARREST	121
6.1	Inleiding	121
6.2	Het Betfair-arrest in het kort	122
6.3	De opdracht	124
6.4	De concessie	125
6.5	De verlening van exclusieve rechten	127
6.6	Vergunningen	130
6.7	Kan een vergunning een concessie naar Europees aanbestedingsrecht zijn?	133
6.7.1	Bezwarende titel: uitvoeringsplicht	134
6.7.2	Overeenkomst	136
6.8	Tussenstand: toepassing van het transparantiebeginsel bij vergunningverlening	137
6.9	Wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving?	138
6.10	Afronding	140
7	IS HET STRIKTE ONDERSCHIED TUSSEN SUBSIDIE- EN OPDRACHTVERLENING NOG HOUDBAAR?	143
7.1	Inleiding	143
7.2	Het verloop van een aanbestedings- en subsidieprocedure	145
7.2.1	Aanbestedingsprocedure	145
7.2.2	De verleningsprocedure bij schaarse subsidies	147
7.2.3	Overeenkomsten tussen subsidie- en aanbestedingsprocedure	149
7.3	Verschillen tussen subsidie- en opdrachtverlening	151
7.3.1	Formeel verschil	152
7.3.2	Materiële verschillen	153
7.4	Het transparantiebeginsel	157
7.4.1	Reikwijdte van het beginsel	158
7.4.2	Inhoud van het beginsel	159
7.4.3	Nog meer transparantie	161
7.5	Afronding	165
8	KAN HET SUBSIDIERECHT TRANSPARANTER?	167
8.1	Inleiding	167
8.2	Passende mate van openbaarheid	168

8.2.1	Wettelijke grondslag voor subsidies	168
8.2.2	Vaststellen van het subsidieplafond	169
8.2.3	Vermelding van de wijze van verdeling	171
8.2.4	Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure	173
8.3	Inhoud van de bekendmaking	173
8.3.1	Openbaarmaking van de verdelingscriteria	173
8.3.2	Aanvraagperiode en onvolledige aanvragen	176
8.3.3	Rol van adviescommissies	182
8.3.4	Wijziging van subsidiebesluiten	185
8.3.5	Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure	186
8.4	Motivering en toetsing door de rechter	187
8.4.1	Motivering van het subsidiebesluit	187
8.4.2	Volledige heroverweging en de gevolgen van schending van het transparantiebeginsel	189
8.4.3	Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure	193
8.5	Afronding	194
9	IS DE TRANSPARANTIE BIJ DE VERDELING VAN SCHAARSE VERGUNNINGEN VOLDOENDE GEWAARBORGD?	195
9.1	Inleiding	195
9.2	Uitgangspunten	196
9.2.1	Terminologie: transparantie en schaarse vergunningen	196
9.2.2	De essentie van het transparantiebeginsel	198
9.3	Welke verplichtingen vloeien voort uit het transparantiebeginsel?	200
9.3.1	Tussenconclusie	204
9.4	Toetsing aan het transparantiebeginsel door het CBb en de Afdeling	205
9.4.1	CBb: winkeltijdenwetonthefingen	206
9.4.2	Afdeling: APV-vergunningen	216
9.5	Overzicht van de door het CBb en Afdeling gehanteerde toetsingsgronden in het licht van het transparantiebeginsel	224
9.6	Afronding	229
10	DE BETEKENIS VAN HET TRANSPARANTIEBEGINSEL VOOR HET OMGEVINGSRECHT	233
10.1	Inleiding	233
10.2	Wat is het transparantiebeginsel?	234
10.3	Reikwijdte transparantiebeginsel binnen huidige projectontwikkeling	235
10.4	Transparante verdeelmethodes in de Omgevingswet	238
10.4.1	Programmatische aanpak	239
10.4.2	Omgevingsverordening voor een ontwikkelingsgebied	242
10.4.3	Zonering: het zonebeheerplan en geluidreductieplan	244
10.4.4	Bestemmingsregulering in de omgevingsverordening (thans het bestemmingsplan)	246
10.4.5	De exploitatievergunning in de omgevingsverordening	252
10.5	Afronding	260

---

11	HOE KUNNEN TRANSPARANTIEVERPLICHTINGEN WORDEN GEÏNTRODUCERD IN HET NEDERLANDSE BESTUURSRECHT BIJ DE VERDELING VAN SCHAARSE BESLUITEN?	261
11.1	Inleiding	261
11.2	Afbakening: transparantie en schaarse besluiten	263
11.3	Inhoud van de transparantieverplichting	265
11.3.1	Doelstellingen	266
11.3.2	Verplichtingen	266
11.4	De transparantieverplichting als onderdeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur	267
11.4.1	De positie van de transparantieverplichting ten opzichte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: overlap en verschillen	267
11.4.2	De transparantieverplichting als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel?	273
11.5	De introductie van een 'transparantiebeginsel' bij de verdeling van schaarse besluiten	274
11.6	Codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb	277
11.7	Afronding	279
12	SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING	283
12.1	Inleiding	283
12.2	Afbakening: kader en terminologie	283
12.2.1	Schaarse besluiten	283
12.2.2	De transparantieverplichting, het -beginsel en de -vereisten	284
12.2.3	Reikwijdte van de transparantieverplichting	286
12.2.4	De rol van de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse rechten	287
12.3	<i>Deelvraag 1</i> : Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie over aan- bestedingsrechtelijke procedures blijkt dat moet worden voldaan aan transparantievereisten. Wat houden deze transparantievereisten in?	288
12.3.1	De Unierechtelijke transparantieverplichting zoals die volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie	288
12.3.2	De transparantieverplichting zoals die volgt uit jurisprudentie van de Nederlandse civiele (kort geding) rechter	292
12.3.3	Conclusie	296
12.4	<i>Deelvraag 2</i> : Wat is de reikwijdte van de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantieverplichting?	297
12.4.1	Reikwijdte van de Unierechtelijke transparantieverplichting	298
12.4.2	Grijs gebied 1: de vergunning en de concessie	306
12.4.3	Grijs gebied 2: de subsidie en de opdracht	311
12.4.4	Mogelijke uitbreiding van de reikwijdte van de transparantieverplichting	313
12.4.5	Conclusie	317

12.5	<i>Deelvraag 3: In hoeverre zijn de transparantievereisten reeds in het Nederlandse algemeen bestuursrecht geborgd?</i>	317
12.5.1	Van de Unierechtelijke transparantieplichting naar het nationale bestuursrecht	319
12.5.2	Van Awb naar de Unierechtelijke transparantieplichting	332
12.5.3	Van de jurisprudentie van de bestuursrechter naar de Unierechtelijke transparantieplichting	342
12.5.4	Intermezzo: rechtsbescherming	346
12.5.5	Conclusie	350
12.6	<i>Deelvraag 4: Voor zover de transparantievereisten thans onvoldoende in het Nederlandse algemeen bestuursrecht zijn geborgd en / of er elementen uit de Awb zijn die op gespannen voet staan met de transparantieplichting, hoe kunnen deze vereisten dan alsnog worden geïntroduceerd en geborgd in het Nederlandse bestuursrecht?</i>	352
12.6.1	De transparantieplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur	352
12.6.2	Erkenning van het transparantiebeginsel als zelfstandig beginsel	355
12.6.3	Codificatie van (onderdelen van) de transparantieplichting in de Awb	356
12.6.4	Voorkeursoptie	358
12.6.5	Conclusie	367
12.7	<i>Hoofdvraag: Welke transparantievereisten zouden bij de verdeling van schaarse bestuursrechtelijke besluiten door Nederlandse bestuursorganen in acht moeten worden genomen; in hoeverre worden deze vereisten in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk al nageleefd en, voor zover dat onvoldoende het geval is, hoe zouden deze transparantievereisten dan beter kunnen worden geborgd in het Nederlands bestuursrecht?</i>	368
12.7.1	Naar een betere borging van transparantievereisten via het formele gelijkheidsbeginsel	368
12.7.2	Overzicht van geformuleerde aanbevelingen	370
12.8	Uitleiding	375
	SUMMARY OF CONCLUDING OBSERVATIONS	377
	LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR	471
	LIJST VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE	483
	TREFWOORDENREGISTER	495
	CURRICULUM VITAE	497

## Lijst van afkortingen

IIB-diensten	Diensten genoemd in Bijlage IIB van Richtlijn 2004/18/EG
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Afdeling	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
afl.	aflevering
A-G (of AG)	Advocaat-Generaal
amvb	algemene maatregel van bestuur
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
Ar	Aanwijzingen voor de regelgeving
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B&W	college van burgemeester en wethouders
BA	Bestuursrecht Actueel
Bao	Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten
Bass	Besluit aanbestedingen speciale sectoren
Bevi	Besluit externe veiligheid inrichtingen
bijv.	bijvoorbeeld
BR	Bouwrecht
Bro	Besluit ruimtelijke ordening
BSDE	Besluit stimulering duurzame energieproductie
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Chw	Crisis- en herstelwet
CMLR	Common Market Law Review
College	college van burgemeester en wethouders
COM	Commissiedocument
Commissie m.e.r.	Commissie voor de milieueffectrapportage
CRvB	Centrale Raad van Beroep
curs.	cursivering
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.v.	en verder
ECLI	European Case Law Identifier
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EL&I	Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
ELR	European Law Review
EP EVRM	Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Financieel Reglement	Verordening (EG) nr. 1605/2002, Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen
GEA	Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen
GEU	Gerecht van de Europese Unie
Gst	Gemeentestem
Hof	Gerechtshof
Hof van Justitie	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBR	Instituut voor Bouwrecht
Interpretatieve Mededeling	Interpretatieve mededeling van de Europese 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)
JAAN	Jurisprudentie Aanbestedingsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
JIN	Jurisprudentie in Nederland
jo.	juncto
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
NALL	Netherlands Administrative Law Library
Nb-wet 1998	Natuurbeschermingswet 1998
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer
NSL	Nationale Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NtER	Nederlands tijdschrift voor Europees Recht
O&A	Overheid en aansprakelijkheid
o.a.	onder andere
ond.	onderstreping
p.	pagina
p.b.o.	publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie
PAS	Programmatische Aanpak Stikstof
Pb	Publicatieblad van de Europese Unie
PPLR	Public Procurement Law Review
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
REALaw	Review of European Administrative law
red.	Redactie

RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
RvdW	Rechtspraak van de Week
RVR	Rechtspraak Vastgoedrecht
SEW	SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TA	Tijdschrift Aanbestedingsrecht
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
TO	Tijdschrift voor Omgevingsrecht
VAR	VAR Vereniging voor bestuursrecht
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vz.	Voorzieningenrechter
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
Wbr	Wet beheer rijkswaterstaatswerken
WGH	Wet geluidhinder
Wira	Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden
Wks	Wet op de kansspelen
Wm	Wet milieubeheer
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WoK	Wet op de kansspelen
Wp2000	Wet personenvervoer 2000
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WTW	Winkeltijdenwet



# 1 | Inleiding

## 1.1 EEN CASUS

Het is druk op de Amsterdamse grachten. Om de veiligheid op het water te kunnen garanderen en om overlast te voorkomen hanteert de gemeente daarom al sinds 1948 een 'volumebeleid'. Dit volumebeleid houdt in dat het verboden is om een rondvaartboot te exploiteren, waterfietsen te verhuren of ander bedrijfsmatig passagiersvervoer uit te voeren zonder exploitatievergunning. Deze exploitatievergunningen werden tot voor kort voor onbepaalde tijd verleend. Nieuwe initiatieven konden slechts voor een vergunning in aanmerking komen door mee toe doen aan een uitgifteronde van het college van burgemeester en wethouders ('het college').

De laatste uitgifteronde had, tot 2014, in 2006 plaatsgevonden. Sindsdien stelde het college zich op het standpunt dat de grachten 'vol' waren en dat er geen nieuwe exploitatievergunningen konden worden verleend.

In 2010 heeft de gemeenteraad de Verordening op het binnenwater gewijzigd door te bepalen dat, naast een uitgifteronde, ook een vergunning kon worden verleend voor bijzondere initiatieven met milieuvriendelijke aandrijving of voor een innovatief vervoersconcept. Deze uitzonderingsbepaling leidde echter tot juridische procedures, omdat de bepaling enerzijds bedoeld was voor bijzondere gevallen (en het college daarom beleidsvrijheid gaf) en anderzijds voor nieuwkomers de enige feitelijke mogelijkheid was om toe te kunnen treden tot de markt voor rondvaartboten.

De raad en het college hebben daarom in 2013 nieuw beleid vastgesteld.<sup>1</sup> Op basis hiervan zijn de in het verleden verleende vergunningen voor onbepaalde tijd omgezet in vergunningen voor bepaalde tijd. Daarnaast is besloten een beperkt aantal nieuwe vergunningen te verloten.<sup>2</sup>

---

1 Zie de Nota 'Varen in Amsterdam 2.1, beleidskader voor het varen en afmeren in en door Amsterdam, voor passagiersvervoer en pleziervaart', de (gewijzigde) Verordening op het binnenwater 2010 en de (nieuwe) Regeling Passagiersvaart Amsterdam 2013.

2 Er is sprake van een zogenoemde 'schaarse vergunning', omdat het aantal vergunningen dat kan worden verleend beperkt is doordat het bestuursorgaan een plafond heeft vastgesteld. Zo zijn er voor overkapte rondvaartboten ('bemand gesloten') tien vergunningen beschikbaar. Als er meer dan tien aanvragen worden ingediend dan zal het college een keuze tussen de aanvragers moeten maken. Om deze keuze te kunnen maken heeft het college als verdeelmethode gekozen voor een loting.

Waternet – het waterbedrijf van de gemeente Amsterdam en van het waterschap Amstel, Gooi en Vecht – heeft, namens het college, openbaar aangekondigd dat aanvragen voor een exploitatievergunning kunnen worden ingediend. Deze hierna afgedrukte bekendmaking heeft in december 2013 plaatsgevonden op onder meer Waternet.nl en in *Het Parool*.

#### 04 DEC

### Uitgifteronde 2014 exploitatievergunningen passagiersvervoer

Het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam heeft op 19 november jl. besloten tot een uitgifteronde voor vergunningen passagiersvervoer als bedoeld in artikel 2.4.5. van de Verordening op het binnenwater.

Deze uitgifteronde heeft betrekking op exploitatievergunningen voor de vergunningsgebieden 1 en 2. Hiervoor is per segment een bepaald aantal vergunningen beschikbaar welke per vergunning via de uitgifteprocedure worden uitgegeven (tenzij anders beschreven).

- ▶ 10 vergunningen Bemand gesloten voor Vergunningsgebied 1
- ▶ 15 Vergunningen Bemand open voor Vergunningsgebied 1
- ▶ 60 Vergunningen Onbemand voor Vergunningsgebied 1, welke per set van 10 stuks via de uitgifteprocedure worden uitgegeven.
- ▶ 100 Vergunningen "Waterfiets of Onbemand" voor Vergunningsgebied 2, welke per set van 10 stuks via de Uitgifteprocedure worden uitgegeven.
- ▶ 50 Vergunningen Bemand voor Vergunningsgebied 2

### Indienen aanvraag

Aanvragen voor de uitgifteronde 2014 voor exploitatievergunningen ex artikel 2.4.5 Vob moeten uiterlijk 20 december 2013, 17.00 uur zijn ingediend en ontvangen door Waternet. Aanvragen voor deze vergunningen moeten schriftelijk, met het daarvoor bestemde aanvraagformulier, worden ingediend bij de stichting Waternet, Postbus 94370, 1090 GJ Amsterdam

[Hier](#) kunt u alle informatie terugvinden en downloaden met betrekking tot:

- ▶ Uitgifteprocedure 2014
- ▶ Aantallen beschikbare vergunningen
- ▶ Vergunningsgebieden en vergunningsvoorwaarden
- ▶ Aanvraagformulier exploitatievergunning

▶ [Ga voor meer informatie naar uitgifteronde 2014](#)

Een dergelijke bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen is al gebruikelijk voor aanbestedende diensten als zij een overheidsopdracht voor een werk, levering of dienst willen plaatsen. Sinds 1 april 2013 vinden deze bekendmakingen plaats op TenderNed.nl. Als grondslag voor deze bekendmaking wordt in het aanbestedingsrecht vaak het 'transparantiebeginsel' genoemd. Dit aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel verplicht aanbestedende diensten onder meer tot een passende bekendmaking.<sup>3</sup>

Uit deze casus blijkt dat bestuursorganen soms ook overgaan tot dit soort bekendmakingen. Op vergunningverlening is echter niet het aanbestedingsrecht, maar het bestuursrecht van toepassing. De ontwikkeling waarbij gesloten markten worden geopend door vergunningen via een openbare procedure te verdelen, is mijns inziens een goede ontwikkeling, maar roept ook diverse juridische vragen op. Zo is het bijvoorbeeld de vraag of een algemene bekendmaking ook in het Nederlands bestuursrecht verplicht is en of het transparantiebeginsel hieraan ten grondslag ligt. In dit onderzoek worden deze en andere vragen beantwoord.

Deze dissertatie heeft een sterk juridisch karakter. Het maatschappelijke doel ervan is dat de verdeling van dit soort schaarse vergunningen eerlijker wordt doordat bestuursorganen transparant(er) handelen. Dit komt de gelijke behandeling van alle aanvragers ten goede.

## 1.2 AANLEIDING

De laatste jaren wordt in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur en jurisprudentie steeds meer aandacht besteed aan 'schaarse publieke rechten'.<sup>4</sup> Dit vloeit voort uit het feit dat, net als in de casus het geval is, bestuursorganen steeds vaker vergunningen, subsidies en andere besluiten verloten, veilen of anderszins verdelen, omdat er meer aanvragen zijn dan beschikbare rechten.

Schaarse publieke rechten zijn dus rechten waarvan het aantal beperkt is (schaars) en deze rechten worden verleend bij besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De schaarste heeft tot gevolg dat er meer vraag is (of in ieder geval in potentie kan zijn) dan aanbod. Dat betekent dat het bestuursorgaan bij de verlening van deze besluiten een keuze moet maken tussen de aanvragen. Hierdoor ontstaat een verdelingsvraagstuk.

---

3 De volgende elementen uit de bekendmaking van Waternet kunnen worden aangemerkt als voortvloeiend uit de transparantieplichting: informatie over het onderwerp (vergunning voor passagiersvervoer), wanneer de aanvragen moeten zijn ingediend (uiterlijk 20 december 2013 om 17.00 uur) en op welke wijze (schriftelijk, met het aanvraagformulier, bij Waternet), alsmede informatie over waar het uitgifte-reglement en de vergunningvoorwaarden zijn te vinden.

4 O.a. Van Ommeren 2004; Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011 en Wolswinkel 2013. In de laatste, 16<sup>e</sup> druk uit 2014 van Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male wordt voor het eerst een paragraaf gewijd aan schaarse publieke rechten (hoofdstuk 8, §3).

Het leerstuk van de 'schaarse rechten' is voor het bestuursrecht relatief nieuw, maar staat niet op zichzelf. In het aanbestedingsrecht is de afgelopen jaren veel ervaring opgedaan met het verstrekken van overheidsopdrachten.<sup>5</sup> Ook bij het verstrekken van een opdracht moet een aanbestedende dienst doorgaans een keuze maken tussen verschillende aanbieders. Deze parallel was voor mij aanleiding om te bezien in hoeverre het bestuursrecht bij de verdeling van schaarse rechten wat zou kunnen 'leren' van het aanbestedingsrecht, in het bijzonder op het gebied van de transparantie bij de besluitvorming.

Als gekeken wordt naar de ontwikkeling van het bestuursrechtelijke leerstuk van de schaarse rechten en de ontwikkeling van het aanbestedingsrecht, vallen twee zaken op.

Ten eerste kan worden geconstateerd dat in het aanbestedingsrecht een aantal fundamentele beginselen wordt onderscheiden dat een aanbestedende dienst in acht moet nemen. Eén van deze beginselen is het transparantiebeginsel (of de transparantieplichting). Uit jurisprudentie volgt dat het transparantiebeginsel ertoe strekt te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Hierdoor kunnen alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria begrijpen en deze criteria op dezelfde manier interpreteren. Bovendien stelt dit de aanbestedende dienst in staat om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsheeft, zoals de selectiecriteria.<sup>6</sup> Het Nederlandse bestuursrecht kent een groot aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar geen 'transparantiebeginsel'.<sup>7</sup> Daar-

---

5 Op 31 maart 2004 zijn richtlijn 2004/17/EG (Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten) en 2004/18/EG (Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten) vastgesteld. Deze waren in Nederland eerst in het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao) (*Stb.* 2005, 408) geïmplementeerd en sinds 1 april 2013 in de Aanbestedingswet 2012 (*Stb.* 2012, 542).

6 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en ECLI:NL:HR:2012:BW9233.

7 In Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014 (hoofdstuk 7, §2) is voor het eerst het transparantiebeginsel opgenomen in het overzicht van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk onder de categorie beginselen 'bestuurlijk handelen (algemeen)'. Wel wordt opgemerkt dat voor de rechter in een toenemend aantal gevallen wordt geklaagd over onvoldoende transparantie van overheidswege, maar dat het aantal uitspraken waarin

naast zijn de diverse transparantievereisten ook niet (expliciet) in de Awb gecodificeerd.

Ten tweede valt op dat in het Europese recht de reikwijdte van de transparantieplichting steeds verder wordt uitgebreid. Artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat aanbestedende diensten bij het verstrekken van een opdracht transparant moeten handelen. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('Hof van Justitie') volgt echter dat deze transparantieplichting niet alleen binnen de reikwijdte van deze richtlijn in acht moet worden genomen, maar dat sprake is van een verplichting die rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht, namelijk uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Door deze kwalificatie als Unierechtelijke verplichting kon het Hof van Justitie de werkingssfeer van de verplichting uitbreiden van opdrachten naar concessies<sup>8</sup> en zelfs vergunningen.<sup>9</sup> Met de uitbreiding naar vergunningverlening is de transparantieplichting ook relevant geworden voor het bestuursrecht.

Deze twee constatering geven aanleiding om te onderzoeken wanneer de Unierechtelijke transparantieplichting in acht moet worden genomen dan wel, indien het Unierecht niet van toepassing is, of een transparantieplichting kan worden gebaseerd op het Nederlandse bestuursrecht. De doelstelling van de transparantieplichting, namelijk het waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door een bestuursorgaan wordt uitgebannen, is naar mijn mening ook in het Nederlandse bestuursrecht nastrevenswaardig. De transparantieplichting draagt immers bij aan het creëren van eerlijke mededinging door te garanderen dat aan alle potentieel geïnteresseerde aanvragers gelijke kansen worden geboden. De vraag is echter in hoeverre deze doelstelling niet al voldoende (zij het indirect) door de Awb en ongeschreven algemene beginselen wordt geborgd. Hierbij is van belang dat volgens vaste jurisprudentie van het CBb aan schaarse besluitvorming, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen dienen te worden gesteld.<sup>10</sup> Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met de (Unierechtelijke) transparantieplichting die in dit onderzoek centraal staat. De transparantie-

---

rechtsreeks wordt getoetst aan een aldus geformuleerde eis nog betrekkelijk gering is. Het transparantiebeginsel wordt als volgt omschreven: 'Transparantie betekent dat belanghebbenden over de informatie kunnen beschikken die zij nodig te hebben om te kunnen beoordelen of zij fair worden behandeld en om de juiste keuzen te kunnen maken. Doorgaans zijn er belanghebbende concurrenten in het spel. Een belangrijk onderdeel is dan ook de openbaarheid van (overheids)documenten, behandeld in het vorige punt. Maar ook de besluitvorming moet transparant, doorzichtig zijn, zowel wat de procedure betreft (wie speelt wanneer welke rol) als wat de motivering aangaat.'

8 O.a. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, *NJ* 2001/387 (Telaustia) en HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (Coname).

9 O.a. HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *AB* 2011/17, m.nt. A. Buijze, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en *NJ* 2010/491, m.nt. M.R. Mok (Betfair).

10 O.a. CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, *AB* 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel.

verplichting kan dan ook wellicht gezien worden als een nadere inkleuring van de door het CBB geformuleerde 'zware eisen'.

Uiteindelijk heeft dit onderzoek dus zowel betrekking op de vraag wanneer de transparantieverplichting in acht moet worden genomen op grond van het Unierecht als de vraag wanneer de transparantieverplichting in acht moet worden genomen in het Nederlands bestuursrecht op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

### 1.3 DOEL- EN VRAAGSTELLING

Naar aanleiding van de hiervoor beschreven ontwikkelingen kan de volgende hoofdvraag worden geformuleerd:

*Welke transparantievereisten zouden bij de verdeling van schaarse bestuursrechtelijke besluiten door Nederlandse bestuursorganen in acht moeten worden genomen; in hoeverre worden deze vereisten in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk al nageleefd en, voor zover dat onvoldoende het geval is, hoe zouden deze transparantievereisten dan beter kunnen worden geborgd in het Nederlands bestuursrecht?*

Uit deze hoofdvraag kunnen de volgende deelvragen worden afgeleid:

- 1) Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie over aanbestedingsrechtelijke procedures blijkt dat moet worden voldaan aan transparantievereisten. Wat houden deze transparantievereisten in?
- 2) Wat is de reikwijdte van de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantieverplichting?
- 3) In hoeverre zijn de transparantievereisten reeds in het Nederlandse algemeen bestuursrecht geborgd?
- 4) Zijn er elementen uit de Awb die op gespannen voet staan met de transparantieverplichting?
- 5) Voor zover de transparantievereisten thans onvoldoende in het Nederlandse algemeen bestuursrecht zijn geborgd en/of er elementen uit de Awb zijn die op gespannen voet staan met de transparantieverplichting, hoe kunnen deze vereisten dan alsnog worden geïntroduceerd en geborgd in het Nederlandse bestuursrecht?
- 6) Ten behoeve van de beantwoording van bovenstaande vragen zal bijzondere aandacht worden besteed aan een aantal deelgebieden binnen het bestuursrecht waar schaarse rechten worden verleend door de volgende vragen te beantwoorden:
  - a) In hoeverre worden transparantievereisten in acht genomen bij de verlening van schaarse ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet en de verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen op grond van Algemene Plaatselijke Verordeningen (APVs)?

- b) In hoeverre worden transparantievereisten in acht genomen bij subsidieverstrekking?
- c) In hoeverre moeten de transparantievereisten worden toegepast (bij de verlening van vergunningen en het vaststellen van plannen) in het omgevingsrecht en worden deze eisen reeds materieel toegepast?

#### 1.4 PLAN VAN AANPAK EN LEESWIJZER

Het onderzoek naar de hierboven geformuleerde deelvragen heeft geleid tot een zestal gepubliceerde artikelen in de jaren 2011 tot en met 2014. Deze artikelen zijn in dit boek ongewijzigd en thematisch opgenomen. Deze aanpak heeft een aantal gevolgen voor de vormgeving en de leesbaarheid van dit boek. Ten eerste betekent dit dat de hoofdstukken de nodige herhaling bevatten, omdat ieder artikel los is gepubliceerd en daarom zelfstandig leesbaar diende te zijn. Verder moet worden vermeld dat de hoofdstukken niet zijn geactualiseerd. Waar relevant zijn actuele ontwikkelingen opgenomen in de slotbeschouwing van hoofdstuk 12. Ten slotte hebben het tijdsverloop en voortschrijdend inzicht tot gevolg dat de gehanteerde terminologie niet geheel consequent is. Zo is in diverse artikelen gekozen voor het begrip 'transparantiebeginsel', omdat dit aansluit bij hetgeen in het aanbestedingsrecht gebruikelijk is. Gelet op het feit dat in de vijfde deelvraag de vraag aan de orde is of de transparantieplichting een nieuw beginsel van behoorlijk bestuur zou moeten worden, wordt in dat artikel, alsmede in het volgende hoofdstuk (afbakening) en in de slotbeschouwing over 'de transparantieplichting' gesproken.

In hoofdstuk 2 wordt eerst een nadere uitleg gegeven van de begrippen die in het onderzoek centraal hebben gestaan, namelijk 'de transparantieplichting' en 'schaarse besluiten'.

De hoofdstukken 3 en 4 hebben betrekking op de vraag wat de transparantieplichting inhoudt in het Unierechtelijke en Nederlandse aanbestedingsrecht. Dit is het (in twee delen) in Tijdschrift voor Bouwrecht (*TBR*) gepubliceerde artikel 'Op naar een transparant(er) 2012; een overzicht van één jaar transparantierechtspraak'.<sup>11</sup>

De hoofdstukken 5 en 6 hebben betrekking op de reikwijdte van de transparantieplichting. In het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (*NTB*) is het artikel 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?' gepubliceerd.<sup>12</sup> Daarnaast is in de Netherlands Administrative Law Library (*NALL*) een uitgebreide versie van dit artikel gepubliceerd.<sup>13</sup> Ik heb (na enige aarzeling) ervoor gekozen om beide artikelen op te nemen, omdat de artikelen complementair zijn. De versie die in het *NTB*

---

11 *TBR* 2013/24 en *TBR* 2013/41.

12 *NTB* 2012/25.

13 *NALL* 2012, DOI 10.5553/*NALL*/.000007.

is gepubliceerd (hoofdstuk 6), is korter en bondiger, hetgeen menig lezer naar verwachting op prijs zal stellen. De lange, in de *NALL* gepubliceerde versie (hoofdstuk 5) is uitgebreider en bevat meer diepgaande informatie. Zo worden alleen in dat hoofdstuk de kenmerken van een aantal vergunningstelsels getoetst aan het concessiebegrip uit de aanbestedingsrichtlijnen (paragraaf 5.6).

Ook – het in de Gemeenstestem gepubliceerde – hoofdstuk 7 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?'<sup>14</sup> betreft de reikwijdte van de transparantieplichting.

Hoofdstukken 8 tot en met 11 betreffen vervolgens de vraag in hoeverre de transparantievereisten al (afdoende) in het Nederlandse bestuursrecht worden geborgd en, voor zover dit niet het geval is, hoe deze alsnog zouden kunnen worden geborgd. Het betreft de artikelen 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?'<sup>15</sup>, 'Kan het subsidierecht transparanter?'<sup>16</sup>, 'De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht'<sup>17</sup> en 'Hoe kunnen transparantieplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?'<sup>18</sup>

Dit onderzoek wordt afgesloten met een samenvattende slotbeschouwing in hoofdstuk 12. Hierin wordt het antwoord op de deelvragen geformuleerd en worden, waar nodig, ontwikkelingen beschreven die zich hebben voorgedaan nadat een artikel was gepubliceerd. Ook wordt in dit hoofdstuk de hoofdvraag beantwoord.

De hoofdstukken corresponderen gedeeltelijk, maar niet volledig met de hiervoor gestelde deelvragen. Hierna wordt schematisch weergegeven in welk artikel / hoofdstuk op welke deelvraag wordt ingegaan:

---

14 *Gst.* 2011/115.

15 *JBplus* 2013, afl. 3, p. 141 e.v.

16 *Gst.* 2011/124.

17 *BR* 2012/161.

18 *NTB* 2014/11.

Deelvraag	Artikel / Hoofdstuk
<p>Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie over aanbestedingsrechtelijke procedures blijkt dat moet worden voldaan aan transparantievereisten. Wat houden deze transparantievereisten in?</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· Op naar een transparant(er) 2012; een overzicht van één jaar transparantierechtspraak (hoofdstuk 3 en 4).</li> <li>· Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd? (§3 van hoofdstuk 9)</li> </ul>
<p>Wat is de reikwijdte van de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantieverplichting?</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? (hoofdstuk 6)</li> <li>· Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen (hoofdstuk 5).</li> <li>· Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar (hoofdstuk 7)?</li> <li>· De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht (hoofdstuk 10).</li> </ul>
<p>In hoeverre zijn de transparantievereisten reeds in het Nederlandse algemeen bestuursrecht geborgd? Zijn er elementen uit de Awb die op gespannen voet staan met de transparantieverplichting?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· In hoeverre worden transparantievereisten in acht genomen bij de verlening van schaarse ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet en de verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen op grond van Algemene Plaatselijke Verordeningen (APVs)?</li> <li>· In hoeverre worden transparantievereisten in acht genomen bij subsidieverstrekking?</li> <li>· In hoeverre moeten de transparantievereisten worden toegepast bij (de verlening van vergunningen en het vaststellen van plannen) in het omgevingsrecht en worden deze eisen reeds materieel toegepast?</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd (hoofdstuk 9)?</li> <li>· Kan het subsidierecht transparanter (hoofdstuk 8)?</li> <li>· De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht (hoofdstuk 10).</li> </ul>

Deelvraag	Artikel / Hoofdstuk
Voor zover de transparantievereisten thans onvoldoende in het Nederlandse algemeen bestuursrecht zijn geborgd en/of er elementen uit de Awb zijn die op gespannen voet staan met de transparantieverplichting, hoe kunnen deze vereisten dan alsnog worden geïntroduceerd en geborgd in het Nederlandse bestuursrecht?	Hoe kunnen transparantieverplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten (hoofdstuk 11)?

## 1.5 ONDERZOEKSMETHODE

Voor de beantwoording van bovenstaande hoofd- en deelvragen heb ik onderzoek gedaan naar literatuur, wetgeving, en jurisprudentie. In dit onderzoek probeer ik deze bestaande bronnen te beschrijven en nader te duiden in het licht van de door mij geformuleerde onderzoeksvraag.

Het literatuuronderzoek bestond uit boeken, bundels, oraties, dissertaties en artikelen over het Europees recht, het aanbestedingsrecht en het Nederlandse bestuursrecht in het algemeen, alsmede over schaarse rechten en de transparantieverplichting in het bijzonder.

Met betrekking tot wetgeving heb ik de relevante Europese richtlijnen en mededelingen van de Europese Commissie bestudeerd. Daarnaast heb ik gekeken naar de relevante nationale wetgeving, in het bijzonder de Aanbestedingswet 2012, haar voorloper, het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), en de Algemene wet bestuursrecht (Awb), alsmede naar de parlementaire geschiedenis van deze wetten.

Ten aanzien van het jurisprudentieonderzoek kan onderscheid worden gemaakt tussen jurisprudentie van het Hof van Justitie, de Nederlandse bestuursrechter en de Nederlandse civiele rechter.

Voor de uitleg van de Unierechtelijke transparantieverplichting, heb ik de jurisprudentie die op Curia is verschenen over 'transparantie' bestudeerd, alsmede de geannoteerde arresten van het Hof van Justitie in onder meer *NJ*, *AB* en *NtER*.

Voor de uitleg van de transparantieverplichting door de Nederlandse civiele rechter in aanbestedingsgeschillen is van belang dat aanbestedingsgeschillen met name in kort geding aan de voorzieningenrechter worden voorgelegd. Daarom heb ik eerst gekeken naar de beschikbare jurisprudentie van de Hoge Raad en vervolgens voor één jaar (2012) naar alle jurisprudentie over transparantie die is gepubliceerd op rechtspraak.nl en in juridische tijdschriften

als de *NJ*, *TBR* en *TA*.<sup>19</sup> Hierdoor was het mogelijk om een gedetailleerd (casuïstisch) overzicht te maken van aanbestedingsrechtelijke geschillen over de transparantieplichting.

Ten slotte heb ik onderzoek gedaan naar jurisprudentie van de Nederlandse (hoogste) bestuursrechters. Nu de transparantieplichting (nog) niet expliciet is geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht was het niet zinvol om (primair) op uitspraken over 'transparantie' te zoeken. Daarom heb ik gekeken naar drie rechtsgebieden waarin vaak sprake is van schaarste, namelijk het subsidierecht, ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet en (schaarse) gemeentelijke vergunningen, zoals de in de inleidende casus genoemde exploitatievergunning. Ik heb voor deze drie deelgebieden gekozen, omdat voor deze besluiten geen dwingende, gedetailleerde regeling voor de verdeling van die schaarse besluiten bestaat, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de verdeling van vergunningen op grond van de Telecommunicatiewet.<sup>20</sup> Door het gebrek aan een wettelijke verdeelregeling is er meer beleidsvrijheid voor bestuursorganen. Ook is er, door het gebrek aan regelgeving, een grotere rechtsvormende taak voor de bestuursrechter weggelegd. Er is dan ook veel jurisprudentie beschikbaar over de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de verdeling van schaarse besluiten. Dit is van belang voor de vraag in hoeverre een transparantieplichting toegevoegde waarde kan hebben voor het Nederlandse bestuursrecht. Daarnaast is sprake van drie verschillende soorten besluiten, namelijk subsidies, ontheffingen en vergunningen. Het jurisprudentieonderzoek bestrijkt daardoor schaarse besluiten met een verschillend karakter. De focus bij het jurisprudentieonderzoek heeft gelegen op uitspraken van de hoogste bestuursrechters. Gezocht is op rechtspraak.nl, alsmede in juridische tijdschriften, in het bijzonder de *AB*, *JB* en *Gst*. Naast deze drie rechtsgebieden is ook nog gekeken naar de verdeling van schaarse rechten in het omgevingsrecht. De deelgebieden samen bestrijken een breed gebied van het bestuursrecht, namelijk zowel het algemeen bestuursrecht, economisch bestuursrecht als ruimtelijk bestuursrecht. Daarmee ontstaat een representatief beeld dat illustratief is voor het gehele bestuursrecht. Als het, op basis van dit jurisprudentieonderzoek, mogelijk zou zijn een transparantieplichting te formuleren die in acht moet worden genomen bij de verdeling van alle schaarse besluiten, vervalt daarmee tevens de noodzaak om (elementen van) deze transparantieplichting op te nemen in bijzondere wetgeving.

---

19 Voor de hoofdstukken 3 en 4 is gezocht op rechtspraak.nl en curia.europa.eu op alle uitspraken die tussen 1 januari 2012 en 31 december 2012 zijn gepubliceerd en de woorden 'transparantie\*' of 'doorzichtigheid\*' bevatten.

20 Hierop wordt kort ingegaan in paragraaf 5.6.2. Zie voor meer over de verdeling van radiofrequenties o.a. Van Eijk & Hins 2011. Zie voor meer voorbeelden Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011 alsmede Wolswinkel 2013, p. 25.

## 1.6 PLAATSBEPALING EN RELEVANTIE VAN HET ONDERZOEK

In dit onderzoek probeer ik een verbinding te leggen tussen het aanbestedingsrecht en het Nederlandse bestuursrecht en wel voor zover het de rol van de transparantieplichting bij het nemen van schaarse besluiten betreft.

Dit onderzoek neemt het huidige Nederlandse algemeen bestuursrecht, zoals dit is vormgegeven in de Awb en jurisprudentie van de bestuursrechter, als uitgangspunt. Vervolgens heb ik gekeken naar het aanbestedingsrecht. Het aanbestedingsrecht wordt door Nederlandse juristen vaak onderscheiden van het bestuursrecht, alleen al omdat het civielrechtelijk is geregeld. Lange tijd was de vraag in hoeverre dit strikte onderscheid houdbaar zou blijven, gelet op de overeenkomsten tussen opdrachten, concessies, schaarse subsidies en schaarse vergunningen en de steeds grotere invloed van het Unierecht hierop. Met het *Betfair*-arrest werd definitief duidelijk dat de Unierechtelijke transparantieplichting, zoals Nederland die al kende in het aanbestedingsrecht, ook van toepassing kan zijn op schaarse vergunningen.<sup>21</sup> Dit arrest was aanleiding om te onderzoeken of de Unierechtelijke transparantieplichting al (volledig) in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse rechten wordt toegepast, dan wel of (verdere) introductie van deze verplichting in het Nederlandse bestuursrecht wenselijk is.

Voor dit onderzoek zijn met name twee begrippen van belang, namelijk 'transparantieplichting' en 'schaarse besluiten'. Over deze twee onderwerpen zijn in 2013 al twee dissertaties in Nederland verschenen. Dit onderzoek kan worden gezien als een vervolg op deze twee onderzoeken.

Voor de transparantieplichting is met name het onderzoek van Buijze van belang.<sup>22</sup> Zij heeft onderzoek gedaan naar de diverse betekenissen die de transparantieplichting kan hebben binnen het Unierecht en is daarbij tot een indeling gekomen waarin ze zes verschillende categorieën transparantieplichtingen onderscheidt. De zes categorieën verschillen onderling in zowel doel, inhoud als normadressaat. In dit onderzoek staat slechts één van de zes categorieën van Buijze centraal, namelijk de betekenis van de transparantieplichting binnen het Unierechtelijke aanbestedingsrecht en hieraan direct aanverwante terreinen.

Dit onderzoek is daarnaast beperkt tot schaarse besluiten. Van Ommeren heeft met zijn oratie in 2004 de aandacht gevestigd op de verdeling van schaarse rechten als onderdeel van het algemeen bestuursrecht.<sup>23</sup> Wolswinkel heeft hier in 2013 een vervolg aan gegeven door op zoek te gaan naar algemene regels van verdelingsrecht.<sup>24</sup> In mijn onderzoek ga ik daarom – behalve kort

---

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

22 Buijze 2013.

23 Van Ommeren 2004.

24 Wolswinkel 2013.

in hoofdstuk 2 om het kader te schetsen – niet meer in op de vraag hoe een verdeelprocedure in algemene zin vormgegeven kan worden. Mijn onderzoek onderscheidt zich van het onderzoek van Wolswinkel doordat het zich primair afspeelt op beginselniveau (en dan ook nog één beginsel in het bijzonder), waar Wolswinkel beziet in hoeverre regels uit bestaande bijzondere wetgeving kunnen worden gegeneraliseerd tot algemene regels van verdelingsrecht. Om deze reden zal ik dan ook niet ingaan op bijzondere verdelingsregels zoals die op een aantal terreinen, zoals telecommunicatie, emissies, kansspelen, delfstofwinning, windenergie en openbaar vervoer, bestaan.

Verder wijs ik nog op de dissertatie van Heijnsbroek.<sup>25</sup> Hij gaat in op de vraag in hoeverre er een verplichting voor Nederlandse overheden bestaat om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen bij het sluiten van gronduitgifteovereenkomsten. Ook in zijn onderzoek staat de vraag centraal in hoeverre een Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke verplichting (van gelijke kansen) zou moeten worden uitgebreid naar een nationaal terrein dat zich op het grensvlak publiek-privaat bevindt, namelijk gronduitgifte. In dit onderzoek ga ik niet in op de privaatrechtelijke aspecten van gronduitgifte. Wel ga ik in hoofdstuk 10 in op de vraag in hoeverre de transparantieplichting een rol zou kunnen spelen (bij de verlening van vergunningen en het vaststellen van plannen) in het omgevingsrecht.

Ook is de (nog te verschijnen) Leidse dissertatie van Van Rijn van Alkemade over de rechtsbescherming bij schaarse rechten interessant. De rechtsbescherming bij schaarse besluiten is complex. Een van de elementen van de transparantieplichting betreft de motivering van schaarse besluiten en het besluitvormingsproces. Zo wordt de toetsing van dat besluit door de rechter mogelijk gemaakt. In dit onderzoek ga ik uitsluitend in op dit laatste deelaspect van rechtsbescherming.

Dit onderzoek is vernieuwend en heeft wetenschappelijke toegevoegde waarde, omdat het een verbinding legt tussen de Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke transparantieplichting en Nederlandse schaarse besluitvorming. Daarbij wordt ten eerste met een 'aangebestedingsrechtelijke blik' naar het bestuursrecht (zowel de Awb als jurisprudentie van de bestuursrechter) gekeken. Ten tweede is onderzocht of de Unierechtelijke transparantieplichting toegevoegde waarde zou kunnen hebben in zuiver interne situaties. Ten derde geeft het antwoord op de vraag of, en zo ja hoe, die transparantieplichting effectief in het Nederlands bestuursrecht zou kunnen worden geïncorporeerd.

Ten slotte wil ik met dit onderzoek ook een maatschappelijke bijdrage leveren. De afgelopen jaren heeft Nederland in een economische crisis verkeerd. Dit was aanleiding voor bestuursorganen om aanzienlijk te bezuinigen, onder meer op subsidies. Tegelijk werden ondernemingen en particulieren door diezelfde crisis afhankelijker van die subsidies. Dit was voor veel bestuursorga-

---

25 Heijnsbroek 2013.

nen reden om kritisch na te denken over de wijze van verdeling van de subsidies. De noodzaak voor eerlijke, transparante verdeelmethodes werd daarmee groter, maar hoe dat te bereiken, is geen eenvoudige vraag. Een tweede tendens die al langer zichtbaar is, is de marktwerking en de bijzondere positie die bestuursorganen en overheidsbedrijven hierin innemen, hetgeen bijvoorbeeld heeft geleid tot de inwerkingtreding van de Wet markt en overheid op 1 juli 2012. Dit onderzoek draagt bij aan de beantwoording van de vraag, als eenmaal besloten is een plafond in te stellen en slechts één of enkele marktpartijen te selecteren, hoe deze partij(en) op transparante wijze kunnen worden geselecteerd.

## 2 | Afbakening: kader en terminologie

### 2.1 INLEIDING

In dit onderzoek staan twee begrippen centraal, namelijk de transparantieverplichting (of 'het transparantiebeginsel') en 'schaarse besluiten' (of: 'schaarse publieke rechten'). Deze worden hierna nader geduid.

### 2.2 DE UNIERECHTELIJKE TRANSPARANTIEVERPLICHTING, HET -BEGINSEL EN DE -VEREISTEN

Het begrip 'transparantie' wordt in de juridische literatuur in verschillende betekenissen gebruikt.<sup>1</sup> Zo kan bij transparantie worden gedacht aan de plicht voor bestuursorganen om informatie openbaar te maken.<sup>2</sup> In het kader van de verdeling van schaarse rechten is het begrip van belang in de Europese context van de beperking van het vrij verkeer en in de context van het aanbestedingsrecht. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie<sup>3</sup> en de Hoge Raad<sup>4</sup> strekt de transparantieverplichting in essentie ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Kort samengevat betekent dit dat aanbestedende diensten bij het begin van een aanbestedingsprocedure een 'passende mate van openbaarheid' moeten betrachten.

Hierna zal eerst nader worden ingegaan op de betekenis van de transparantieverplichting in 'brede zin' en vervolgens op de Unierechtelijke transparantieverplichting in 'enge zin' zoals deze in de rest van dit onderzoek centraal staat.

In dit boek wordt wisselend gesproken over 'transparantiebeginsel', 'transparantieverplichting' en 'transparantievereisten'. In de diverse artikelen is gekozen voor het begrip 'transparantiebeginsel', omdat dit aansluit bij hetgeen in het Nederlandse aanbestedingsrecht gebruikelijk is. Gelet op het feit dat bij het beantwoorden van de vijfde deelvraag aan de orde is of de

---

1 Zie voor alle mogelijke betekenissen van het begrip transparantie in het Unierecht: Buijze 2013, i.h.b. p. 275-281.

2 Vgl. ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9910, waarin wordt geoordeeld dat het 'transparantiebeginsel' aan de Wet bescherming persoonsgegevens ten grondslag ligt.

3 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta).

4 O.a. HR 4 november 2005, BR 2006/36, m.nt. H. Nijholt en NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

transparantieplichting een nieuw beginsel van behoorlijk bestuur zou moeten worden of dat er andere opties zijn, wordt in dat artikel (hoofdstuk 11) over 'de transparantieplichting' gesproken.

In hoofdstuk 1 (Inleiding), 2 (Afbakening: kader en terminologie) en 12 (Samenvattende slotbeschouwing) wordt onderscheid gemaakt tussen de transparantieplichting, het -beginsel en de -vereisten.

De *transparantieplichting* is de hoofdterm die wordt gebruikt voor de verplichting om elk risico van favoritisme en willekeur uit te bannen door, onder meer, een passende mate van openbaarheid in acht te nemen. De eerste reden hiervoor is dat hiermee aangesloten wordt bij de terminologie van het Hof van Justitie.<sup>5</sup> De tweede reden is dat als een van de deelvragen is óf sprake is van een beginsel, het niet zuiver lijkt om het 'transparantiebeginsel' als hoofdterm te nemen, omdat dit de suggestie wekt dat aan het begin van het onderzoek al de conclusie vast zou staan dat sprake is van een beginsel, hetgeen niet het geval is.

De term *transparantiebeginsel* wordt dus in de hoofdstukken 1, 2 en 12 uitsluitend gebruikt als ook daadwerkelijk bedoeld wordt op het transparantiebeginsel als zelfstandig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Ten slotte kan de transparantieplichting (alsmede het transparantiebeginsel) worden geconcretiseerd. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan een aantal concrete vereisten worden afgeleid. Deze vereisten worden in dit boek aangeduid als *transparantievereisten* en vormen dus onderdeel van de transparantieplichting.

### 2.2.1 De transparantieplichting in brede zin

In de dissertatie van Buijze staat de 'transparantieplichting in brede zin' centraal. Hiertoe hanteert zij de volgende definitie van transparantie: 'A transparent government is one that provides people with the information they need to ascertain and understand the state of the world and to predict how their own actions will affect that world, and that does not unnecessarily complicate that world.'<sup>6</sup>

Buijze onderscheidt vervolgens in haar dissertatie zes verschillende categorieën van transparantieplichtingen binnen het Unierecht:<sup>7</sup>

---

5 Hoewel de terminologie van het Hof van Justitie niet consequent is, kan wel worden geconstateerd dat vaker wordt gesproken over een 'verplichting' dan een 'beginsel'. Zo oordeelde het Hof van Justitie in oktober 2013 dat "het Unierecht met name het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers of gegadigden en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie" toepast (HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12).

6 Buijze 2013, p. 31.

7 Craig & De Búrca wijzen op acht verschillende manieren waarop het Unierecht aan transparantie bijdraagt (Craig & De Búrca 2011, p. 541-549).

*'Type A transparency: will formation.*

Type A transparency is required in a democratic society and aims to allow citizens to participate effectively in the process of public will formation. (...)

*Type B transparency: public participation and accountability.*

Type B transparency is required in a democratic society and aims to ensure that public authorities do in fact represent the public interest as discovered through the process of public will formation. (...)

*Type C transparency: efficient decision making.*

Type C transparency is required to comply with the free movement rules and aims to increase the overall efficiency of the EU's internal market by improving the quality of the decisions of homo economicus. (...)

*Type D transparency: compliance with economic law.*

Type D transparency is required to ensure that public authorities comply with the rules governing the EU's internal market by allowing homo economicus to see what public authorities are doing, which enables him to hold them accountable for their actions and to try to affect those actions. (...)

*Type E transparency: respecting the intrinsic worth of homo dignus.*

Type E transparency is required to respect the rights of homo dignus and aims to facilitate autonomous decision making. (...)

*Type F transparency: ensuring respect for homo dignus.*

Type F transparency is required to ensure that public authorities respect the rights of homo dignus by allowing him to see what public authorities are doing, which enables him to hold them accountable for their actions and to try to affect those actions.<sup>8</sup>

De zes categorieën verschillen onderling dus zowel in doel, inhoud als norm-adressaat. In het Nederlandse bestuursrecht krijgt met name de categorie die (kort samengevat) betrekking heeft op het recht van burgers ('citoyen', type A) tot de toegang van documenten veel aandacht. De transparantieverplichting in deze betekenis wordt in het Nederlandse bestuursrecht genoemd als grondslag voor de Wet bescherming persoonsgegevens<sup>9</sup> (Wbp) en de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Ook in literatuur over het Unierecht wordt de transparantieverplichting vaak in één adem genoemd met het recht op toegang tot informatie. De transparantieverplichting in deze context heeft als doel om burgers meer te betrekken bij het besluitvormingsproces en om de legitimiteit

---

8 Buijze 2013, i.h.b. p. 276 en 279-280 en Buijze, *ULR* 2013, afl. 3, p. 3-25.

9 ABRvS 30 januari 2013, *JB* 2013/61, ECLI:NL:RVS:2013:BY9910.

van het bestuur te vergroten. Transparantie – in de betekenis van toegang tot documenten – draagt hiermee bij aan de versterking van de democratie.<sup>10</sup>

In dit onderzoek neem ik een andere categorie als uitgangspunt, namelijk de categorie van de transparantieverplichting die ten doel heeft de 'homo economicus' betere beslissingen te laten nemen (type C) en bestuursorganen te kunnen controleren (type D). Deze transparantieverplichting heeft in het Unierecht als doel het functioneren van de interne markt te verbeteren en de homo economicus te beschermen tegen marktversturend optreden door bestuursorganen.<sup>11</sup>

Dat het begrip 'transparantieverplichting' in verschillende betekenissen wordt gehanteerd, leidt direct tot complicaties en is een van de redenen waarom, om met Buijze te spreken, de transparantieverplichting maar niet transparant wil worden.<sup>12</sup> Men zou zich zelfs kunnen afvragen of wel gesproken kan worden van één overkoepelend 'transparantiebeginsel' dat al deze zes categorieën omvat, of dat er zes verschillende transparantieverplichtingen bestaan.<sup>13</sup>

Bij het lezen van deze dissertatie is van belang dat de transparantieverplichting in brede zin niet het uitgangspunt van het onderzoek vormt. Ik beperk mij tot de transparantieverplichting zoals deze in het aanbestedingsrecht wordt toegepast.<sup>14</sup> De reden hiervoor is dat er parallellen zijn te trekken tussen de verdeling van schaarse rechten bij besluit en het verstrekken van overheidsopdrachten. Bovendien stelt de transparantieverplichting juist in deze Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke context duidelijke, harde eisen. De transparantieverplichting is in deze context meer uitgekristalliseerd en biedt daardoor concrete(re) handvatten. Het is mogelijk om duidelijke transparantievereisten te formuleren waar bij de verdeling van schaarse rechten aan moet worden voldaan. Op deze beperkte betekenis van de transparantieverplichting wordt hierna nader ingegaan.

---

10 O.a. Lenaerts, *CMLR* 2004, p. 318-324, i.h.b. p. 319-320. Zie over transparantie in de betekenis van openbare besluitvorming en openbaarheid van documenten in de Europese Unie ook: Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 601-607 en 746-749, Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 166-170, Chalmers, Davies & Monti 2010, p. 384-395, Coudray 2014, p. 699-712, Türk 2006, p. 555-558 en Hofmann, Rowe & Türk 2012, p. 170-172.

11 Zie in het bijzonder Buijze 2013, p. 266-268 en p. 279-280, alsmede p. 146-174 over de toepassing van de transparantieverplichting in het aanbestedingsrecht en p. 210-212 over de toepassing van de transparantieverplichting in situaties van schaarste.

12 Zie bijv. Buijze, *NtER* 2011, nr. 7, p. 240-248.

13 Prechal en De Leeuw hebben de transparantieverplichting eerder omschreven als een 'umbrella notion' in Prechal & De Leeuw 2008.

14 Zie voor deze betekenis van de transparantieverplichting ook Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 192-199.

## 2.2.2 De Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke transparantieplichting

De transparantieplichting is voor het eerst in 1995 door het Hof van Justitie in een aanbestedingsprocedure geïntroduceerd in het Waalse Bussen-arrest.<sup>15</sup> Sindsdien heeft de transparantieplichting zich verder ontwikkeld doordat het Hof van Justitie de reikwijdte heeft vergroot en de betekenis heeft geconcretiseerd. Stergiou heeft deze ontwikkeling in drie generaties transparantierechtspraak ingedeeld. De eerste generatie rechtspraak loopt tot 2005 en betreft de vraag in hoeverre bij dienstenconcessies de transparantieplichting in acht moet worden genomen. Belangrijke arresten hierbij zijn Unitron Scandinavia<sup>16</sup>, Telaar Austria<sup>17</sup>, Coname<sup>18</sup> en Parking Brixen.<sup>19</sup> De tweede generatie transparantierechtspraak betreft de periode 2006-2008. In deze periode wordt duidelijk dat de transparantieplichting ook moet worden toegepast bij andere van de aanbestedingsrichtlijnen uitgezonderde overheidsopdrachten, zoals de zogenaamde IIB-diensten en opdrachten onder de drempelwaarde. Hierbij is in het bijzonder de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie uit 2006 van belang.<sup>20</sup> Belangrijke arresten in deze generatie rechtspraak zijn An Post<sup>21</sup>, Correos<sup>22</sup> en Commissie/Italië<sup>23</sup>. Met de arresten Betfair<sup>24</sup> en Engelman<sup>25</sup> is een derde generatie rechtspraak aangebroken waarbij de transparantieplichting ook is toegepast op vergunningverlening.<sup>26</sup> Met de initiatieven om tot een Europese wet bestuursprocesrecht te komen (waarop in paragraaf 12.4.1 wordt ingegaan) is wellicht een nieuwe vierde fase gestart.

De Unierechtelijke transparantieplichting zoals deze uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt, is door de Hoge Raad in december 2012 als volgt omschreven:

‘Art. 2 van de Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (L 134/114) bepaalt dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-

---

15 HvJ EG 25 april 1996, C-87/94.

16 HvJ EG 18 november 2009, C-275/98.

17 HvJ EG 7 december 2000, C-324/98.

18 HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03.

19 HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03.

20 Interpretatieve mededeling van de Europese 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).

21 HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, NJ 2008/101, m.nt. M.R. Mok.

22 HvJ EG 18 december 2007, C-220/06, NJ 2008/281.

23 HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04.

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

25 HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, NJ 2010/661.

26 Stergiou, *NtER* 2011, p. 77-87. Zie over de transparantieplichting in het aanbestedingsrecht tevens: Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, Arrowsmith 2005, p. 191-197 en p. 430-431, Barents & Brinkhorst 2012, p. 628-629.

discriminerende wijze dienen te behandelen en transparantie in hun handelen moeten betrachten. Het voorschrift is geïmplementeerd in het vrijwel gelijklopende art. 2 Bao. Het strekt tot codificatie van vaste rechtspraak van het HvJEU dat, wat openbare inschrijvingen betreft, de aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers moet respecteren, en dat dit beginsel tot transparantie verplicht, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd (vgl. HvJEU 29 april 2004, C-496/99P, Jur. 2004, p. I-03801, LJV BG2419, *Succhi di Frutta*, punten 108 en 109). In bedoeld arrest heeft het HvJEU met verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak uiteengezet wat de betekenis is van de aan het Europese aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen van gelijkheid en transparantie.

De Hoge Raad heeft deze uiteenzetting in zijn arrest van 4 november 2005, LJV AU2806, *NJ* 2006/204, als volgt samengevat. Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers strekt ertoe de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen, en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsheeft, zoals de selectiecriteria.

In zijn arrest van 24 januari 2008, C-532/06, Jur. 2008, p. I-00251, LJV BC5729, *NJ* 2008/307 (*Lianakis/Alexandroupolis*) heeft het HvJEU de in dit verband op de aanbestedende dienst rustende verplichting aldus verwoord dat een aanbestedende dienst geen afwegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria kan toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht (punt 38).<sup>27</sup>

De transparantieplichting is niet alleen te vinden in jurisprudentie. De verplichting is ook gecodificeerd in Nederland, in de Aanbestedingswet 2012, en in de Europese Unie, in de aanbestedingsrichtlijnen.

In Nederland is de transparantieplichting gecodificeerd in artikel 1.9 van de Aanbestedingswet 2012. Het eerste lid bepaalt in algemene zin dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf transparant moet handelen. Het tweede lid bepaalt dat in ieder geval moet worden zorggedragen voor

---

27 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en ECLI:NL:HR:2012:BW9233. Zie tevens HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078.

een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht, tot het sluiten van een concessieovereenkomst voor openbare werken of het uitschrijven van een prijsvraag, tenzij een van de uitzonderingen van het derde lid van toepassing is. De reikwijdte van de transparantieplichting zoals deze volgt uit de hiervoor genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie is gecodificeerd in artikel 1.7 van de Aanbestedingswet 2012.<sup>28</sup> Schaarse besluiten, zoals vergunningen, ontheffingen en subsidies, vallen echter niet binnen de reikwijdte van de Aanbestedingswet 2012 en de daarin gecodificeerde transparantieplichting.

Op Europees niveau is de transparantieplichting gecodificeerd in richtlijn 2004/18/EG.<sup>29</sup> Op grond van artikel 2 van deze richtlijn behandelen aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten zij transparantie in hun handelen. Op 28 maart 2014 zijn nieuwe richtlijnen in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerd. Naast een nieuwe richtlijn voor overheidsopdrachten<sup>30</sup> is er ook een richtlijn voor concessieovereenkomsten<sup>31</sup> vastgesteld.<sup>32</sup> Ook in deze richtlijnen is de transparantieplichting neergelegd.<sup>33</sup>

A) *Doelstellingen en vereisten die voortvloeien uit de transparantieplichting*

Uit de hiervoor genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie kunnen de volgende doelstellingen en vereisten die voortvloeien uit de transparantieplichting worden afgeleid:

---

28 Onderdeel a betreft opdrachten en concessies voor werken die ook binnen de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen vallen. Onderdeel b heeft betrekking op opdrachten, concessieovereenkomsten voor werken en prijsvragen beneden de drempel maar met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Onderdeel c betreft concessieovereenkomsten voor diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

29 Daarnaast is ook van belang Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

30 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (L 94/65).

31 Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (L 94/1).

32 Daarnaast is ook nog vastgesteld 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.

33 Het eerste lid van artikel 18 van Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en op een transparante en proportionele wijze handelen. Ook artikel 3 van Richtlijn 2014/23/EU codificeert de transparantieplichting.

*Doelstellingen*

- het openen van de markt voor mededinging;<sup>34</sup>
- waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen;<sup>35</sup>
- het verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of elke potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie (ook wel omschreven als het waarborgen van de gelijkheid van kansen).<sup>36</sup>

Volgens Buijze geldt daarnaast op Europees niveau de bevordering van de interne markt en de verdragsvrijheden als overkoepelend principe dat invulling geeft aan de Europese transparantieverplichting.<sup>37</sup> Vertaald naar het nationaal niveau kan worden gesteld dat de transparantieverplichting bijdraagt aan de Nederlandse rechtsstaat doordat het willekeurig optreden van de overheid tegengaat en de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan afbakent. De transparantieverplichting legt daarnaast de nadruk op het vastleggen van regels voordat tot besluitvorming wordt overgegaan. De transparantieverplichting vertoont daarmee verwantschap met het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel.<sup>38</sup>

*Vereisten*

- Aan elke potentiële aanvrager moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd: alle potentiële aanvragers moeten vóór de indiening van hun aanvraag kennis kunnen nemen van de criteria waaraan de aanvraag moet voldoen, alsmede van het relatieve belang van elk van deze criteria.<sup>39</sup>
- Alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Hierdoor wordt de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan afgebakend. Het bestuursorgaan moet (aan de hand van de door de aanvra-

---

34 O.a. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria).

35 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta).

36 O.a. HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (Costa en Cifone). In dit arrest wordt ook een koppeling gemaakt met het rechtszekerheidsbeginsel: 'Het rechtszekerheidsbeginsel verlangt daarenboven dat de gevolgen van rechtsregels duidelijk, precies en voorspelbaar zijn, in het bijzonder wanneer die regels nadelig kunnen werken voor particulieren en ondernemingen'.

37 Buijze 2013, p. 261.

38 Het legaliteitsbeginsel en het 'vereiste van een voorafgaande algemene regel ten aanzien van burgers belastend overheidsoptreden' zijn twee van de zes elementen van de rechtsstaatsgedachte, aldus Kortmann 2012, p. 48 en 311-314. Een derde element is de onafhankelijke rechtspraak. De transparantieverplichting draagt bij aan de controleerbaarheid van besluiten van de overheid door die rechtspraak.

39 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94, Commissie/België (Waalse bussen) en HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria).

- gers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken) in staat zijn om na te gaan of de aanvragen beantwoorden aan de gestelde criteria.<sup>40</sup>
- Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren.<sup>41</sup>
  - Een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen moet worden gesteld. Hierdoor beschikken alle aanvragers na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging) over evenveel tijd om hun aanvraag voor te bereiden.<sup>42</sup>
  - Geen rekening mag worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager, omdat deze aanvrager dan wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten.<sup>43</sup>
  - Het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen.<sup>44</sup>
  - De criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers.<sup>45</sup>
  - Verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Hiervoor is het noodzakelijk dat het schaarse besluit wordt gemotiveerd. Het beginsel van gelijke behandeling omvat een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd.<sup>46</sup>
  - Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk. Een wijziging kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer hierbij verplichtingen worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke verdelprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen aanvraag. Als het bestuursorgaan om bepaalde redenen, nadat het besluit is genomen, bepaalde voorschriften, voorwaarden of verplichtingen wil kunnen wijzigen, dan dient het bestuursorgaan deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het wettelijk voorschrift (of daarop gebaseerde nadere regels) waarop de verdelprocedure is gebaseerd.<sup>47</sup>

---

40 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta) en HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (Costa en Cifone).

41 O.a. HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (SIAC Construction) en HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta).

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

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

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

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

46 O.a. HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (Wienstrom).

47 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall). Vgl. ook HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Presse-text Nachrichtenagentur).

B) *Reikwijdte: zuiver interne situatie*

Met betrekking tot de reikwijdte van de transparantieverplichting, wordt er hier reeds op gewezen dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat de transparantieverplichting niet alleen uit de aanbestedingsrichtlijnen<sup>48</sup> voortvloeit, maar ook – of zelfs juist – rechtstreeks uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>49</sup> Dat de transparantieverplichting uit het Unierecht voortvloeit, heeft enerzijds een uitbreiding en anderzijds een beperking van de reikwijdte van het vereiste tot gevolg.

De uitbreiding is erin gelegen dat de werkingssfeer niet beperkt is tot de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen. Ten onrechte wordt soms aangenomen dat de transparantieverplichting alleen in acht hoeft te worden genomen als sprake is van een opdracht die valt binnen de reikwijdte van richtlijn 2004/18/EG. Illustratief in dit verband is de eerste overweging van richtlijn 2014/24/EU (die richtlijn 2004/18/EG zal vervangen) waarin wordt gesteld dat als overheidsopdrachten worden gegund, de beginselen van het VWEU moeten worden geëerbiedigd: 'met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.' Het doel van de richtlijn is dan ook om bepalingen op te stellen die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging.<sup>50</sup> Bovendien blijkt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de transparantieverplichting ook relevant is bij concessieovereenkomsten, IIB-diensten en opdrachten die de drempelwaarden niet overschrijden. In hoeverre de transparantieverplichting toegepast moet worden bij vergunning- en subsidieverlening is minder duidelijk. Om deze reden wordt over de reikwijdte van de transparantieverplichting bij vergunning- en subsidieverlening hierna nog nader ingegaan.

---

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

49 Artikel 49 en 56 VWEU, voorheen artikel 43 en 49 EG-Verdrag.

50 Vermeldenswaardig in dit verband is dat richtlijn 2004/18/EG, richtlijn 92/50/EEG heeft vervangen. Deze eerdere richtlijn had eveneens betrekking op de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. In deze richtlijn was de transparantieverplichting nog niet expliciet gecodificeerd. Desalniettemin heeft het Hof van Justitie toen al geoordeeld dat overheidsopdrachten die binnen de reikwijdte van die richtlijn vielen op basis van het EG-Verdrag aan de transparantieverplichting moesten voldoen (o.a. HvJ EU 7 december 2000, C-324/98).

De beperking is gelegen in het feit dat het Unierecht in beginsel niet van toepassing is op zuiver interne situaties.<sup>51</sup> De vraag wanneer sprake is van een zuiver interne situatie mag niet te terughoudend worden beantwoord.<sup>52</sup> Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de transparantieplichting in acht moet worden genomen wanneer sprake is van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. Dit duidelijke grensoverschrijdende belang 'kan met name voortvloeien uit het economische belang van de geplande overeenkomst, de plaats van uitvoering ervan (...) of uit de technische kenmerken ervan'.<sup>53</sup>

De Afdeling heeft in juli 2014 in twee zaken prejudiciële vragen gesteld over, onder meer, de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op zuiver interne situaties. Hierbij wordt gevraagd in hoeverre het van belang is of de dienstverrichter zich grensoverschrijdend heeft gevestigd of grensoverschrijdend diensten aanbiedt en of in andere lidstaten gevestigde ondernemingen daadwerkelijke interesse hebben getoond.<sup>54</sup> Het antwoord op deze vragen kan ook van belang zijn voor het antwoord op de vraag wie een beroep kunnen doen op de Unierechtelijke transparantieplichting.

Steyger wijst erop dat Nederlandse rechters behoudend lijken met betrekking tot het vaststellen van een potentiële handelsbelemmering. Volgens haar lijken rechters op het gebied van de interne markt nauwelijks onderzoek te doen naar de potentiële handelsbelemmering; spelen alle feiten zich binnen Nederland af, dan is het vrij verkeer niet van toepassing. Met haar ben ik van mening dat de Nederlandse rechtspraak een beperktere toets lijkt te verrichten dan het Hof van Justitie.<sup>55</sup>

In dit verband wijs ik in het bijzonder op het arrest van het Hof van Justitie van 13 november 2013 over de toepassing van de transparantieplichting bij een concessieovereenkomst. Hierin oordeelt het Hof allereerst dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet is vereist dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Dit geldt in het bijzonder wanneer het geschil betrekking heeft op een gebrek aan transparantie. In een dergelijk geval hebben de marktdeelnemers uit andere lidstaten immers geen reële mogelijkheid gehad om hun belangstelling voor de betrokken concessie te uiten. Daarnaast oordeelt het Hof dat zodra vaststaat dat een bepaalde concessieovereenkomst voor diensten een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, de transparantieplichting ten aanzien van elke potentiële inschrijver geldt, ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als de concessieverlener. Het Hof overweegt ten slotte expliciet dat het Unierecht dezelfde verplichtingen zou opleggen indien in plaats van een concessie een vergunning

---

51 Zie bijv. ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444.

52 Zie hierover ook de Conclusie van A-G Bot van 17 december 2009 bij het *Betfair*-arrest (C-203/08). Vgl. ook HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, AB 2012/324, m.nt. A. Drahmman.

53 O.a. HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, TA 2014/6, m.nt. A. Drahmman en NJ 2014/96, m.nt. M.R. Mok.

54 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495 en ECLI:NL:RVS:2014:2488.

55 Steyger, *SEW* 2014/24, p. 72-74.

zou zijn verleend om een economische activiteit uit te oefenen.<sup>56</sup> Uit dit arrest kan mijns inziens worden afgeleid dat als een Nederlandse ondernemer kan aantonen dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, de bestuursrechter zal moeten toetsen of bij de verlening van een schaars besluit de transparantieverplichting in acht is genomen. De transparantieverplichting geldt ten aanzien van elke potentiële inschrijver, ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als het bestuursorgaan. Manunza gaat zelfs nog een stap verder. Volgens haar is het zonneklaar dat de Verdragsbeginselen, zoals gelijke behandeling en transparantie, in aanbestedingszaken (waarbij zij het begrip 'aanbesteding' in ruime zin hanteert, waardoor ook schaarse besluiten onder dit begrip vallen) in zuiver interne situaties kunnen worden ingeroepen. Dit komt volgens haar door het specifieke kenmerk van het aanbestedingsrecht en de rol van de transparantieverplichting hierin: als bestuursorganen niet openbaar publiceren, ontnemen zij partijen de kans om voor het schaarse recht in aanmerking te komen en wordt de interstatelijke handel altijd (potentieel) belemmerd dan wel moet het criterium voor de grensoverschrijdendheid snel vervuld worden geacht.<sup>57</sup>

Als geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang en het Unierecht dus niet van toepassing is, kan 'vrijwillige' adoptie van een Unierechtelijke verplichting plaatsvinden als een lidstaat deze communautaire verplichting een mooie aanvulling acht, of om te voorkomen dat in de nationale rechtsorde twee varianten van dezelfde verplichting moeten worden toegepast.<sup>58</sup> Gelet op de hiervoor beschreven doelstellingen van de transparantieverplichting, is verdedigbaar dat de transparantieverplichting een dergelijke aanvulling van het Nederlandse bestuursrecht zou kunnen zijn. Eén van deze doelstellingen is het uitbannen van favoritisme en willekeur door bestuursorganen en het creëren van eerlijke mededinging door het bieden van gelijke kansen aan alle potentieel geïnteresseerde partijen. Deze doelstelling is naar mijn mening niet uitsluitend van waarde in grensoverschrijdende situaties, maar ook bij de verdeling van schaarse rechten in een zuiver interne situatie.<sup>59</sup> Bovendien vind ik een dergelijke rechtsongelijkheid tussen Unieburgers, zeker als het een norm als de transparantieverplichting betreft die partijen moet beschermen tegen

---

56 O.a. HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, *TA* 2014/6, m.nt. A. Drahmman en *NJ* 2014/96, m.nt. M.R. Mok.

57 Manunza 2006, p. 79-80.

58 Widdershoven 2004, p. 293-327, i.h.b. p. 307-308. Indien de Unierechtelijke transparantieverplichting op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk wordt gemaakt door het nationale recht dan zal het Hof van Justitie zich ook bevoegd achten om deze verplichting uit te leggen in zuiver interne situaties (aldus o.a. HvJ EU 21 december 2011, C-482/10, *AB* 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven).

59 Hoewel ik me realiseer dat een grote mate van transparantie in bepaalde marktomstandigheden ook nadelige effecten kan hebben voor de mededinging. Zie hierover bijvoorbeeld Estevan de Quesada, *PPLR* 2014, p. 229-224.

favoritisme en willekeur van de overheid, moeilijk te rechtvaardigen. Zoals eerder gesteld, beperkt dit onderzoek zich daarom niet tot de vraag wanneer de Unierechtelijke transparantieplichting in acht moet worden genomen, maar betreft het onderzoek ook de vraag of in zuiver interne situaties de in het Unierecht geformuleerde transparantieplichting al door de bestuursrechter voldoende wordt geborgd door toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de Awb of dat de transparantieplichting nog van toegevoegde waarde zou kunnen zijn voor het Nederlandse bestuursrecht.

C) *Reikwijdte: werken, leveringen en diensten*

De Unierechtelijke transparantieplichting is van toepassing op zowel werken, leveringen als diensten, omdat de transparantieplichting – zoals hiervoor al is toegelicht – rechtstreeks voortvloeit uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>60</sup>

Het onderscheid tussen werken, leveringen en diensten is echter wel van belang voor de vraag of de bepalingen uit Richtlijn 2004/18/EG en Richtlijn 2006/123/EG in acht moeten worden genomen. Richtlijn 2004/18/EG heeft betrekking op het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. De richtlijn is niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten. Bovendien bevat de richtlijn verschillende drempelwaarden voor werken, leveringen en diensten. Voor de vraag of een aanbestedingsprocedure die voldoet aan de eisen van deze richtlijn, moet worden gevolgd, is dus van belang of sprake is van een werk, levering of dienst. Richtlijn 2006/123/EG, de Dienstenrichtlijn, heeft eveneens betrekking op het verrichten van diensten, maar uitsluitend binnen de werkingssfeer van die richtlijn.<sup>61</sup>

In de richtlijn is een '*werk*' gedefinieerd als 'het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen'. Een '*levering*' heeft betrekking op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten. '*Overheidsopdrachten voor diensten*' zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II van richtlijn 2004/18/EG bedoelde diensten.<sup>62</sup> Daarnaast is een '*dienst*' in de Dienstenrichtlijn gedefinieerd als 'elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag'.<sup>63</sup> Artikel 50 van het EG-Verdrag is thans artikel 57 VWEU. Het artikel bepaalt dat, in de zin van de Verdragen, als diensten worden beschouwd 'de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende

---

60 Artikel 49 en 56 VWEU, voorheen artikel 43 en 49 EG-Verdrag.

61 Artikel 2 van Richtlijn 2006/123/EG.

62 Artikel 1 lid 2, onder b-d, van Richtlijn 2004/18/EG.

63 Artikel 4, aanhef en onder 1, van Richtlijn 2006/123/EG.

het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden: a) van industriële aard, b) van commerciële aard, c) van het ambacht, d) van de vrije beroepen.'

Schaarse besluiten hebben met name, maar niet uitsluitend, betrekking op diensten. Veel besluiten hebben betrekking op het reguleren van dienstenactiviteiten, zoals de in de inleiding genoemde exploitatievergunningen voor rondvaartboten. Ook (schaarse) terrasvergunningen en evenementenvergunningen hebben betrekking op dienstverrichting. Het verlenen van een ontheffing aan een supermarkt voor een zondagopenstelling op grond van de Winkeltijdenwet kan echter worden gekwalificeerd als het reguleren van het vrije verkeer van goederen, omdat de vrijheid van diensten ondergeschikt is aan het vrije verkeer van goederen.<sup>64</sup> Een subsidie voor het bouwen van een integraal duurzame stal kan worden aangemerkt als een subsidie ten behoeve van het realiseren van een werk.<sup>65</sup> Op de vraag of een subsidie onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een opdracht (voor bijvoorbeeld een werk of dienst) wordt ingegaan in hoofdstuk 7. Voor het onderscheid tussen vergunningen en concessies (voor met name diensten) verwijs ik naar hoofdstuk 5 of 6.

*D) Reikwijdte: verhouding tot 'gewone' vergunningen*

Ter voorkoming van misverstanden wijs ik er ten slotte op dat ook bij de verlening van 'gewone', niet-schaarse vergunningen Europese randvoorwaarden gelden. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie kan een stelsel van een voorafgaande administratieve vergunning geen rechtvaardiging vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de Unievoorschriften, met name die betreffende een fundamentele vrijheid als de vrijheid van dienstverrichting, van hun nuttig effect kunnen worden beroofd. Zo'n vergunningstelsel is volgens het Hof slechts gerechtvaardigd indien het is gebaseerd op objectieve, niet-discriminerende en vooraf bekende criteria, die ervoor zorgen dat duidelijke grenzen worden gesteld aan de uitoefening door de nationale autoriteiten van hun beoordelingsbevoegdheid.<sup>66</sup> Ook voor 'gewone' vergunningen wordt deze verplichting gebaseerd op het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Het doel van de verplichting is echter anders. Bij een 'gewone' vergunning wordt door het in acht nemen van de transparantieplichting een grens gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten zodat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt. Om

---

64 O.a. ABRvS 25 juni 2014, TBR 2014/133, m.nt. J.C. van Oosten en I.L. Haverkate.

65 Zie bijvoorbeeld CBb 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

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

controle van de onpartijdigheid van de vergunningprocedure mogelijk te maken, is het noodzakelijk dat het besluit op een voor het publiek toegankelijke wijze wordt gemotiveerd.<sup>67</sup> In het *Betfair*-arrest,<sup>68</sup> waar sprake is van de verlening van een exclusief recht, wordt naast de motiveringsplicht, de nadruk gelegd op de passende bekendmaking vooraf. De transparantieverplichting houdt in dat geval in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de vergunningverlening voor mededinging openstaat. Bij een 'gewone' vergunning speelt dit element van de transparantieverplichting niet, omdat (blijkens het *Betfair*-arrest) het effect van deze vergunningverlening niet vergelijkbaar is met concessieverlening. Nu dit onderzoek beperkt is tot de verlening van schaarse besluiten, staat de transparantieverplichting zoals geformuleerd in het *Betfair*-arrest hier centraal.

### 2.2.3 Het *Betfair*-arrest in het kort

Een belangrijke aanleiding voor dit onderzoek is het *Betfair*-arrest. Uit dit arrest bleek namelijk ondubbelzinnig dat de transparantieverplichting ook van toepassing kan zijn bij vergunningverlening.<sup>69</sup> Om deze reden zal hierna kort de casus van het *Betfair*-arrest worden geschetst.

#### A) *Het Betfair-arrest: casus en oordeel*

De Wks bepaalt dat aan één rechtspersoon een vergunning kan worden verleend voor het organiseren van sportprijsvragen. Daarnaast kan er één vergunning worden verleend voor het organiseren van een totalisator.<sup>70</sup> Er is dus sprake van een gesloten vergunningstelsel. Er wordt slechts één vergunning afgegeven per toegestaan kansspel. De Stichting de Nationale Sporttotalisator, beter bekend als De Lotto, is sinds 1961 (!) vergunninghoudster voor de organisatie van sportprijsvragen, de lotto en het cijferspel. De vergunning voor het organiseren van een totalisator is verleend aan Scientific Games Racing BV (SGR).

Sporting Exchange Ltd, h.o.d.n. 'Betfair', is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk en biedt via internet en telefoon weddenschappen op sportevenementen en paardenrennen aan. Betfair wil haar diensten ook actief op de Nederlandse markt aanbieden en dient daarom twee vergunningaanvragen

---

67 HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, AB 2012/324, m.nt. A. Drahmman.

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

69 Zie in deze zin ook o.a. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel, NJB 2011/1470, Buijze, NtER 2011, p. 242 en Buijze 2013, 205-206.

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

in. Deze aanvragen worden door de Minister van Justitie afgewezen met een verwijzing naar het gesloten vergunningstelsel van de Wks. De Minister heeft in dezelfde periode de vergunningen aan De Lotto en SGR verlengd. Betfair heeft bezwaar gemaakt tegen zowel de weigering van haar aanvragen als tegen de verlengingsbesluiten. Nadat deze bezwaren ongegrond zijn verklaard, gaat Betfair in beroep. De rechtbank Den Haag verklaart op 8 december 2006 dit beroep van Betfair (grotendeels) ongegrond.<sup>71</sup> In hoger beroep stelt de Afdeling op 14 mei 2008 prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.<sup>72</sup> De eerste vraag is of het gesloten stelsel van de Wks in strijd is met artikel 49 EG-Verdrag. Het Hof oordeelde eerder dat beperking van het vrij verkeer van diensten, zoals neergelegd in artikel 49 EG-Verdrag, is toegestaan indien deze beperking kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. De doelstellingen om consumentenbescherming te waarborgen en om criminaliteit en gokverslaving te bestrijden, waarop het gesloten stelsel van de Wks is gefundeerd, kunnen volgens het Hof worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang. In beginsel is het éénvergunningstelsel van de Wks dus gerechtvaardigd. De vervolgvraag is dan of de verlenging van de Wks-vergunning, zonder oproep tot mededinging, een *geschikt en evenredig* middel vormt ter verwezenlijking van de hiervoor genoemde op dwingende redenen van algemeen belang gefundeerde doelstellingen. Daarbij is van belang dat onduidelijk was of de rechtspraak die het Hof had ontwikkeld op het gebied van dienstenconcessies op het gebied van de kansspelen, ook van toepassing was op vergunningverlening. In deze eerdere rechtspraak had het Hof geoordeeld dat, hoewel concessieovereenkomsten voor diensten niet vallen binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen, de overheden die concessieovereenkomsten sluiten wel 'de fundamentele regels van het 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 nemen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie 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, zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbesteding moet worden uitgeschreven.<sup>73</sup>

---

71 Rechtbank Den Haag 8 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ6335.

72 ABRvS 14 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1483.

73 Aldus r.o. 39-41 van het Betfair-arrest, waarbij het Hof tevens verwijst naar haar eerdere arresten *Telaustria* (HvJ EU 7 december 2000, C-324/98), *Eurawasser* (HvJ EU 10 september 2009, C-206/08), *Wall* (HvJ EU 13 april 2010, C-91/08), *Coname* (HvJ EU 21 juli 2005, C-231/03) en *Coditel Brabant* (HvJ EU 13 november 2008, C-324/07).

De Afdeling vroeg zich af of deze jurisprudentie over concessieovereenkomsten ook van toepassing zou zijn op het gesloten vergunningstelsel van de Wks. Het Hof oordeelt in antwoord op de prejudiciële vragen dat dit inderdaad het geval is: 'Dat de afgifte van één vergunning niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, kan er op zich geen rechtvaardiging voor vormen dat bij de verlening van een administratieve vergunning zoals aan de orde in het hoofdeding, de uit artikel 49 EG voortvloeiende vereisten, met name het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting, niet in acht worden genomen.'<sup>74</sup> De transparantieplichting is 'immers een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het *exclusieve recht* te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Een dergelijke verplichting dient ook toepassing te vinden in een systeem waarin de autoriteiten van een lidstaat in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden aan één enkele ondernemer vergunning verlenen, aangezien de gevolgen van een dergelijke *vergunning* jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een *concessieovereenkomst* voor diensten. [curs. AD]<sup>75</sup> Het Hof overweegt verder dat Nederland mag kiezen voor een éénvergunningstelsel, maar dat dit stelsel geen rechtvaardiging kan vormen voor een werkwijze waardoor het Europese beginsel van het vrij verrichten van diensten van zijn nuttige werking wordt beroofd. Wil een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning in zo'n geval gerechtvaardigd zijn, dan moet het zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn. Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting brengen vervolgens met zich dat aan deze objectieve criteria voldoende bekendheid moet worden gegeven.'<sup>76</sup> De Wks-vergunningen aan De Lotto en SGR zijn, zonder enige oproep tot mededinging, verlengd met respectievelijk drie en vijf jaar. Deze niet-transparante verlengingsprocedure heeft belet dat andere exploitanten hun interesse in de uitoefening van de te vergunnen activiteit kenbaar konden maken. Het Hof oordeelt voorts dat de gevolgen van het toelaten van mededinging op de markt van de kansspelen moet worden onderscheiden van de gevolgen van het toelaten van mededinging voor de toekenning van de betrokken opdracht. Ten slotte overweegt het Hof dat als de vergunning zou worden verleend aan 'een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen' de toekenning of de verlenging van exclusieve rechten voor de exploitatie van kansspelen ten gunste van één exploitant, zonder oproep tot

---

74 R.o. 46.

75 R.o. 47.

76 R.o. 48-51.

mededinging, niet onevenredig is.<sup>77</sup> Het Hof vergelijkt in het arrest (de effecten van) een éénvergunningstelsel met een concessiestelsel, omdat met beide een exclusief recht wordt verleend.

De Afdeling is op grond van dit arrest vervolgens nagegaan of De Lotto en SGR kunnen worden aangemerkt als een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. Op 23 maart 2011 oordeelt de Afdeling dat dit niet het geval is.<sup>78</sup> Voor een uitgebreide analyse van de vraag wanneer sprake is van een dwingende reden van algemeen belang en wanneer voldaan kan worden aan het door het Hof van Justitie geformuleerde toezichtcriterium, verwijs ik graag naar de artikelen van Stergiou<sup>79</sup>, Mulder<sup>80</sup>, Adriaanse, Barkhuysen en Van den Bogaert<sup>81</sup>, Van der Beek<sup>82</sup> en Van den Bogaert & Cuyvers<sup>83</sup>.

Dat het arrest van het Hof geen eendagsvlieg of uitglijder is, blijkt uit het kort daarop gewezen Engelmänn-arrest.<sup>84</sup> In deze procedure had Oostenrijk twaalf concessies voor de exploitatie van casino's zonder aanbesteding voor de duur van 15 jaar aan één exploitant gegund. Engelmänn werd strafrechtelijk vervolgd voor het exploiteren van een casino zonder concessie. In het arrest worden de overwegingen van het Hof van Justitie uit het Betfair-arrest over de toepassing van de transparantieverplichting bij vergunningverlening herhaald.

#### B) *Het vervolg op het Betfair-arrest*

Naar aanleiding van het Betfair-arrest heeft de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie op 19 maart 2011 de Tweede Kamer zijn kansspelbeleid toegezonden. Hierin uit de staatssecretaris zijn voornemen om een vergunningstelsel voor loterijen in te richten waarbij de vergunningen voor goede doelen loterijen en de lotto via een transparante gunningprocedure worden verleend. Omdat de Wks geen voorschriften bevat over de wijze waarop vergunningen worden verleend, zal de staatssecretaris een 'voorziening doen opnemen voor de transparante gunning van vergunningen'. Om de bestaande en toekomstige vergunninghouders voldoende tijd te geven zich op de nieuwe situatie voor te bereiden, heeft de staatssecretaris bovendien besloten om vergunningen

---

77 R.o. 58-60.

78 ABRvS 23 maart 2011, AB 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel, JB 2011/131 en NJB 2011/880.

79 Stergiou, *NtER* 2011, p. 77-87.

80 Mulder, *LIEI* 2011, p. 243-262.

81 Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert 2011 en Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert, *NJB* 2010, p. 1900-1907.

82 Van der Beek, *NtER* 2010, p. 305-317.

83 Van den Bogaert & Cuyvers, *CMLR* 2011, p. 1175-1213.

84 HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, NJ 2010/661. Zie eveneens Stergiou, *NtER* 2011, p. 77-87.

binnen het huidige stelsel alleen nog af te geven met 31 december 2014 als einddatum en een nieuw stelsel pas op 1 januari 2015 in te laten gaan.<sup>85</sup>

In mei 2013 heeft de Kansspelautoriteit een nieuwe vergunning aan de BankGiro Loterij verleend. De vergunning is, overeenkomstig het beleid, verleend tot 1 januari 2015 en niet – zoals gebruikelijk – voor de duur van vijf jaar.

Op 11 juli 2014 heeft de staatssecretaris de Tweede Kamer geïnformeerd over de herijking van het loterijstelsel.<sup>86</sup> Het kabinet heeft ervoor gekozen om de aanpassing van de wijze waarop vergunningen voor loterijen worden verleend niet gelijktijdig te laten lopen met de regulering van kansspelen op afstand. Pas als de Wks is gewijzigd met het reguleren van kansspelen op afstand zal worden overgegaan tot wijziging van de vergunningverlening aan loterijen. De geldigheidsduur van de bestaande vergunningen zal dan ook (nogmaals) verlengd worden. Het kabinet wil vanaf 1 januari 2017 de mogelijkheid bieden voor vergunningverlening aan nieuwe initiatieven op het gebied van landelijke goede doelen loterijen. Bij het verlenen van deze nieuwe vergunningen zal gebruik gemaakt worden ‘van heldere en streng selecterende vergunningvoorwaarden’. De Wks zal worden gewijzigd ‘waarmee op een verantwoorde wijze transparante vergunningverlening van goede doelen loterijvergunningen plaats kan vinden’.<sup>87</sup>

Op dezelfde datum heeft de staatssecretaris de Tweede Kamer de Beleidsvisie herinrichting speelcasinoregime toegezonden.<sup>88</sup> Hieruit blijkt dat het kabinet voornemens is het staatsmonopolie op speelcasino’s op te heffen en te vervangen door een stelsel waarin meerdere private aanbieders naast elkaar opereren. In het nieuwe casinoregime zal een wettelijk verankerde zorgplicht om een effectief preventiebeleid te voeren, worden neergelegd. De speelcasinomarkt zal de eerste vijftien jaar in beperkte mate wordt geopend. Dit betekent onder andere: maximaal 16 vergunningen voor speelcasino’s<sup>89</sup>; transparante en non-discriminatoire verlening van één vergunning per speelcasino; de vergunningen worden volgens een spreidingsbeleid verdeeld over vijf regio’s; en Holland Casino wordt geprivatiseerd en nieuwe casino-exploitanten kunnen

---

85 Kamerstukken II, 2010-11, 24 557, nr. 124, p. 5.

86 Kamerstukken II, 2013-14, 24 557, nr. 134.

87 In maart 2014 is ook het in opdracht van de Kansspelautoriteit gemaakte onderzoeksrapport ‘Transparante gunningsprocedures voor (schaarse) kansspelvergunningen in Europa’ verschenen (Remme & Buwalda 2014). De hierin geformuleerde leerpunten en aanbevelingen zou de Kansspelautoriteit kunnen gebruiken bij de verdere ontwikkeling en uitvoering van (transparante) gunningsprocedures.

88 Kamerstukken II, 2013-14, 24 557, nr. 135.

89 Deze 16 vergunningen zijn als volgt opgebouwd: Holland Casino wordt gesplitst, 10 vestigingen worden als één groep verkocht en 4 afzonderlijk. Daarnaast komen er twee nieuwe vergunningen bij. Feitelijk komen er dus zes vergunningen beschikbaar voor nieuwe aanbieders. Holland Casino (met tien vestigingen) zal niet mogen meebieden voor de zes beschikbare vergunningen. Alle zestien vergunningen zullen voor een periode van vijftien jaar worden verleend.

de speelcasinomarkt betreden. Na vijftien jaar zal dit nieuwe casinoregime worden geëvalueerd, hetgeen kan leiden tot een uitbreiding of beperking van het aantal vergunningen voor speelcasino's. Ook deze wijziging zou in 2017 gerealiseerd moeten zijn.

Vanaf 2017 zal het Wks-stelsel voor loterijen dus worden geopend en voor casino's beperkt worden geopend. Dat betekent dat voor casino's sprake zal blijven van een schaars recht. Bij de verdeling van deze schaarse rechten zal de transparantieverplichting in acht moeten worden genomen. In de beleidsvisie wordt dit ook erkend. Aangegeven wordt dat, naar verwachting, de zestien vergunningen zullen worden verdeeld door middel van een gecontroleerde veiling. Daarnaast zal aan de vergunningen een ingebruiknameverplichting worden verbonden.<sup>90</sup>

#### 2.2.4 De transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse rechten

De hiervoor beschreven transparantieverplichting is naar mijn mening ook relevant voor het Nederlandse bestuursrecht, namelijk bij de verlening van schaarse rechten bij besluit. Er is sprake van een 'schaars recht' als bij of krachtens een wettelijke regeling het aantal te verlenen vergunningen of subsidies wordt beperkt door het vaststellen van een plafond.<sup>91</sup> Bij dergelijke schaarse rechten is immers sprake van (potentiële) concurrentie waarbij er meer geïnteresseerden dan beschikbare rechten zijn. In een dergelijke situatie is het niet meer dan logisch dat als er dan toch een situatie van concurrentie (mededinging) wordt gecreëerd, deze mededinging 'eerlijk' moet plaatsvinden, oftewel dat alle potentiële gegadigden gelijke kansen hebben om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. De transparantieverplichting vormt een concretisering van hoe een besluitvormingsprocedure vormgegeven moet worden om die gelijke kansen te borgen.

Hierna zal daarom kort nader ingegaan worden op de vraag wat schaarse rechten zijn en hoe ze (transparant) verdeeld kunnen worden.

### 2.3 DE VERDELING VAN SCHAARSE RECHTEN BIJ BESLUIT

Het tweede begrip dat in dit onderzoek centraal staat (naast de transparantieverplichting), is het begrip 'schaarse besluiten' (of: 'schaarse publieke rechten'). Dit onderzoek is namelijk beperkt tot de verdeling van schaarse rechten in het bestuursrecht. Deze beperking zal hierna nader worden toegelicht.

---

<sup>90</sup> Zie over de ingebruiknameverplichting ook paragraaf 5.4.2 en 12.4.2.

<sup>91</sup> Zie uitvoeriger over plafonds: o.a. Van Ommeren 2004, p. 2 en 24 en Wolswinkel 2013, p. 224 e.v.

### 2.3.1 Wat zijn schaarse rechten?

Door middel van een vergunning of een ontheffing verleent een bestuursorgaan een recht.<sup>92</sup> Een handeling die eerst verboden was, wordt door de vergunning of ontheffing toegestaan. Het bestuursorgaan geeft de vergunninghouder daarmee bijvoorbeeld een bouwrecht of exploitatierecht.

Een subsidie is een aanspraak op financiële middelen.<sup>93</sup> Een subsidie wordt verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten. Als deze activiteiten worden verricht, heeft de subsidieontvanger recht op het in het subsidiebesluit opgenomen geldbedrag. Daarmee kan ook een subsidie aangemerkt worden als een 'recht' dat bij besluit wordt verstrekt.<sup>94</sup>

Bij schaarse rechten is er een beperkt aantal rechten dat verdeeld kan worden. Deze schaarste kan door bestuursorganen worden gecreëerd door het vaststellen van een 'plafond' dat aangeeft hoeveel toekenningsbesluiten maximaal kunnen worden genomen.

Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn heeft uitsluitend betrekking op de situatie waarbij het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt wordt door 'schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden'. In dat geval moeten bestuursorganen een selectie uit de gegadigden maken 'volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.' Dit onderzoek heeft niet alleen betrekking op deze door de natuur of techniek veroorzaakte schaarste, maar ook om beleidsmatige redenen, kunstmatig gecreëerde schaarste. Zowel het in hoofdstuk 1 gegeven voorbeeld over het vergunningenplafond voor exploitatievergunningen voor passagiersvervoer op de Amsterdamse grachten als de kansspelvergunningverlening die centraal stond in het Betfair-arrest zijn vormen van dergelijke vanuit beleidsmatig oogpunt ingegeven plafonds: om redenen van veiligheid of consumentenbescherming kan een bestuursorgaan het wenselijk achten om een plafond vast te stellen. Uit het Betfair-arrest volgt dat ook voor dergelijke schaarse besluiten, in beginsel, een transparante selectieprocedure moet plaatsvinden.

---

92 Een vergunning is een beschikking waarbij een bepaalde handeling wordt toegestaan, een ontheffing is een beschikking waarbij in een individueel geval een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt en een vrijstelling is een besluit waarbij een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt voor een categorie van gevallen (aanwijzing 125 van de Ar).

93 Artikel 4:21 Awb.

94 Zie voor een uitgebreidere omschrijving van het begrip 'publieke rechten': Wolswinkel 2013, p. 74-92.

Dit onderzoek is beperkt tot het bestuursrecht. Hierdoor staat de toekenning van schaarse rechten bij besluit in de zin van de Awb centraal.<sup>95</sup> Omdat 'een besluit waarbij een schaars recht wordt toegekend' nogal een mond vol is, wordt in het vervolg van dit onderzoek vaak gesproken over een 'schaars besluit'. Onder 'schaarse besluiten' worden dan alle besluiten verstaan die door bestuursorganen worden genomen in de situatie waarbij het aantal (potentiële) aanvragers groter kan zijn dan het aantal beschikbare toekenningsbesluiten. Afhankelijk van de context kan een schaars besluit dus een besluit zijn waarbij een schaars recht wordt toegekend of juist geweigerd. In het verlengde daarvan spreek ik ook over de verdeling van schaarse besluiten (bijvoorbeeld omdat er maximaal vijf ontheffingen kunnen worden verleend en dus ook onder de aanvragers kunnen worden verdeeld). Ik erken dat het 'juridisch correcter' zou zijn om te spreken over een verdeelprocedure die er toe leidt dat een schaars recht bij besluit wordt toegekend of geweigerd.<sup>96</sup> Alleen daar waar de inkorting van de terminologie tot verwarring zou kunnen leiden, wordt het besluit of de besluitvorming geëxpliciteerd. Dit is echter zelden het geval, omdat in dit onderzoek niet alle aspecten van de verdeling van schaarse rechten aan de orde zijn, maar uitsluitend de transparantieverplichting.

Schaarse besluiten kunnen zowel vergunningen, ontheffingen, concessies<sup>97</sup> als subsidies betreffen. De Awb bevat wel een definitie voor een 'besluit' in artikel 1:3 Awb, maar geen definitie voor een vergunning, ontheffing of concessie. Richtlijn 2004/18/EG bevat wel een definitie voor een opdracht en concessie. Dit is van belang voor de reikwijdte van de Unierechtelijke transparantieverplichting. Het Hof van Justitie beoordeelt zelfstandig of sprake is van een 'overheidsopdracht'<sup>98</sup> of 'concessieovereenkomst'<sup>99</sup> als bedoeld in richtlijn 2004/18/EG.<sup>100</sup> Het nationale onderscheid tussen privaat- en bestuursrecht

95 Wolswinkel verstaat onder 'publiekrechtelijke rechten' rechten die door een bestuursorgaan op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid worden verleend (Wolswinkel 2013, p. 91).

96 Wolswinkel acht de term 'schaarse besluiten' een ongelukkige term, omdat het aantal besluiten dat in het kader van een verdeling wordt genomen niet beperkt is tot een maximum: het aantal toekenningsbesluiten is beperkt, maar het aantal weigeringsbesluiten niet (Wolswinkel, *NTB* 2014/7).

97 Op grond van artikel 20 van de Wet personenvervoer 2000 kan een bestuursorgaan een concessiebesluit nemen.

98 Artikel 1, lid 2, aanhef en onder a, van richtlijn 2004/18/EG luidt als volgt: "Overheidsopdrachten" zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn'.

99 Artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG luidt als volgt: 'De "concessieovereenkomst voor diensten" is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.'

100 Vgl. HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (Belgacom).

is daarbij voor het Hof van Justitie niet doorslaggevend. In de hoofdstukken 5-7 van dit boek wordt daarom ingegaan op de verschillen tussen een opdracht, concessie en vergunning. Daarbij wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het onderscheid tussen één- en tweezijdige rechtshandelingen van belang is alsmede of in het schaarse besluit een uitvoeringsverplichting aan de geadresseerde moet worden opgelegd.<sup>101</sup> Hieruit zal blijken dat het voor de vraag of sprake is van een concessie wel van belang is of een uitvoeringsverplichting is opgelegd, maar voor de vraag of de transparantieverplichting in acht moet worden genomen niet.

Dit onderzoek heeft betrekking op 'schaarse besluiten'. Zoals gesteld is sprake van schaarste als het aantal toekenningsbesluiten beperkt is. Dit aantal kan één zijn, waardoor een monopolie ontstaat, of een aantal, waardoor een oligopolie ontstaat. Het bij besluit creëren van een monopolie wordt soms ook aangeduid als het verstrekken van een 'alleenrecht',<sup>102</sup> 'uitsluitend recht'<sup>103</sup> of 'exclusief recht'.<sup>104</sup> Het creëren van een oligopolie wordt aangeduid als het verstrekken van een 'bijzonder recht'.<sup>105</sup>

Schaarse besluiten worden verdeeld door middel van een verdeelprocedure. Op deze verdeelprocedures wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

### 2.3.2 De verdeling van schaarse rechten

Voor de verdeling van schaarse rechten zal, zoals hiervoor is toegelicht, eerst een 'plafond' moeten worden vastgesteld. Hierdoor is duidelijk hoeveel toekenningsbesluiten kunnen worden genomen. Daarmee is echter nog niet duidelijk aan wie deze toekenningsbesluiten verleend moeten worden. Hiervoor wordt een verdeelprocedure gevolgd, bijvoorbeeld een loting, een veiling, een vergelijkende toets (tendersysteem) of verdeling op volgorde van binnenkomst.<sup>106</sup>

Bij al deze verdeelprocedures speelt de transparantieverplichting een rol. In alle gevallen is namelijk sprake van een situatie van schaarste waarbij een keuze zal worden gemaakt tussen de diverse aanvragers. Hiervoor zullen de ingediende aanvragen moeten worden gerangschikt. Voor een gelijke behandeling van deze (potentiële) aanvragers is het noodzakelijk dat zij weten welke

---

101 'Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?', *NTB* 2012/25, en 'Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen', *NALL* 2012, DOI 10.5553/NALL/.000007.

102 Vgl. artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG.

103 Vgl. artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.

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

105 Vgl. artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.

106 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de diverse verdeelmethodes: Wolswinkel 2013, p. 139-169, Wolswinkel 2011 en Van Ommeren 2004, p. 9 e.v. Voor de verdelingsmethodes bij subsidieverlening verwijs ik naar Jacobs & Den Ouden, *JBplus* 2011, p. 35-58 en Jacobs & Den Ouden 2011, p. 203 e.v.

verdeelmethode gehanteerd zal worden, welke regels er tijdens de procedure zullen worden gehanteerd en welke criteria gelden voor de rangschikking van de aanvragen.

Met betrekking tot de criteria kan onderscheid gemaakt worden tussen 'selectiecriteria' en 'gunningscriteria'. Selectiecriteria zijn minimumgeschiktheidseisen en worden ook wel aangeduid als 'toelatingscriteria' of 'geschiktheidseisen'. In het bestuursrecht worden geschiktheidseisen vaak vormgegeven als weigeringsgronden. Als een aanvrager niet voldoet aan deze criteria dan kan hij nimmer voor het schaarse recht in aanmerking komen en wordt hij uitgesloten van de verdere procedure. Alle aanvragen die voldoen aan de selectiecriteria zullen vervolgens moeten worden gerangschikt op basis van de gunningscriteria.

De *verdeling op volgorde van binnenkomst* (ook wel 'wie het eerst komt, het eerst maalt' genoemd) is een veel gehanteerde verdeelmethode, in het bijzonder bij subsidieverstrekking. De rangschikking wordt dus bepaald door het moment van ontvangst van de aanvraag. Deze methode is met name geschikt als het bestuursorgaan van mening is dat het van belang is dat alle aanvragers aan een aantal minimumgeschiktheidseisen voldoen, maar een verdere selectie naar de 'beste' aanvraag niet nodig is.

Deze procedure lijkt op het eerste gezicht een eenvoudige verdeelmethode, omdat er slechts één rangschikkingscriterium is, namelijk de datum van ontvangst van de aanvraag. Toch is er ook hier een aantal aandachtspunten. Allereerst is van belang dat in de verdeelregels wordt bepaald dat de rangschikking plaatsvindt op basis van *volledige* aanvragen.<sup>107</sup> Als dit niet bepaald wordt dan zou dit tot gevolg hebben dat aanvragers die een 'pro forma' aanvraag indienen een grotere kans hebben op het schaarse recht dan een gemotiveerde aanvraag.<sup>108</sup> Een tweede aandachtspunt is de zogenoemde 'postzakproblematiek': wat moet een bestuursorgaan doen als er op één dag met de post meer (volledige) aanvragen binnenkomen (en dus allemaal op hetzelfde moment ontvangen zijn) dan er toegekend kunnen worden? In een dergelijk geval wordt vaak de loting gehanteerd als subsidiaire verdeelmethode.<sup>109</sup>

Bij een *loting* bepaalt het toeval wie het schaarse recht zal verkrijgen. De loting is (ook) een geschikte verdeelmethode als de identiteit van de aanvrager, naast een aantal minimumgeschiktheidseisen, niet van belang is. De loting

---

107 Dit is bijvoorbeeld het geval in het Besluit stimulering duurzame energieproductie. Artikel 58 van dat besluit bepaalt dat als de subsidie wordt verdeeld in de volgorde van ontvangst van de aanvragen, de dag waarop de aanvraag is aangevuld na toepassing van artikel 4:5 Awb, geldt als datum van ontvangst.

108 Vgl. ABRvS 19 januari 2001, AB 2001/113, m.nt. N. Verheij en CBb 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel.

109 O.a. CBb 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. Wolswinkel.

wordt soms als verdeelmethode gehanteerd bij de verstrekking van een ontheffing op grond van de Winkeltijdenwet<sup>110</sup> en bij subsidieverlening.<sup>111</sup>

Een bekend voorbeeld van een *veiling* is de veiling van frequentievergunningen op grond van de Telecommunicatiewet. Bij een veiling wordt de vergunning verleend aan de hoogste bieder van een geldbedrag, mits geen van de weigeringsgronden op deze bieder van toepassing is.

Bij een *vergelijkende toets* (ook wel ‘tender’ of ‘beautycontest’ genoemd) worden kwalitatieve verdeelcriteria gesteld. Het bestuursorgaan wil in een dergelijk geval het schaarse recht toekennen aan degene die de ‘beste’ aanvraag heeft ingediend. Wat in een concreet geval de ‘beste’ aanvraag is, zal moeten worden geobjectiveerd door kwalitatieve criteria te stellen. Iedere aanvraag zal moeten worden getoetst aan deze criteria. Vaak kan er per criterium een aantal punten ‘gescoord’ worden. De aanvragers met de hoogste score zullen het schaarse recht verkrijgen. De gunningscriteria zijn dus in dit geval inhoudelijke criteria voor de keuze van de beste aanvraag.

Een aanbestedingsprocedure waarbij volgens de regels van de Aanbestedingswet 2012 een opdracht wordt gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving is een dergelijke vergelijkende toets. Daarnaast bestaan er ook veel subsidieregelingen waar een vergelijkende toets wordt gehanteerd.<sup>112</sup>

### 2.3.3 De rol van de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse rechten

Bij de verdeling van schaarse rechten ontstaat een vorm van competitie tussen concurrenten. Het verstrekken van het schaarse besluit aan de een, gaat ten koste van de ander en leidt tot een concurrentievoordeel van één (of enkele) partij(en). Dit heeft tot gevolg dat er vaak rechtsmiddelen worden aangewend door de ‘verliezende’ concurrent. In dergelijke procedures wordt vaak betoogd dat de verdeelprocedure ‘oneerlijk’ is verlopen, bijvoorbeeld omdat de verdeelregels onvoldoende duidelijk waren. De beroepsgronden die worden aangevoerd, vertonen grote overeenkomsten met de gronden die in civiel kort geding worden aangevoerd tegen de gunning van een overheidsopdracht. De civiele rechter toetst daarbij aan de transparantieverplichting en het beginsel van gelijke kansen, terwijl de bestuursrechter toetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel. Zo kan uit jurisprudentie van het CBb worden afgeleid dat uit het niet opnemen

---

110 CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373 m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer en CBb 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, AB 2012/146, m.nt. A. Drahmman.

111 Bijvoorbeeld in de Regeling LNV-subsidies.

112 O.a. ABRvS 16 oktober 2013, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel over de ‘Subsidieregeling ESF 2007-2013 (herzien)’.

van verdelingsregels volgens het CbB volgt dat het bestuursorgaan een systeem van verdeling op volgorde van binnenkomst heeft beoogd.<sup>113</sup> Een dergelijk impliciete keuze voor een verdeelsysteem is echter moeilijk te rijmen met de jurisprudentie van het Hof van Justitie die bepaalt dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst moet worden uitgebannen door alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure te formuleren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. In dit onderzoek wordt daarom onder meer bezien of de transparantieverplichting een toegevoegde waarde zou kunnen hebben voor het Nederlandse bestuursrecht.

## 2.4 AFSLUITING

In dit onderzoek staan twee begrippen centraal, namelijk de transparantieverplichting en schaarse besluiten.

Het begrip 'transparantie' wordt in de juridische literatuur in verschillende betekenissen gebruikt. In het kader van de verdeling van schaarse rechten, hetgeen centraal staat in dit onderzoek, is het begrip van belang in de Europese context van de beperking van het vrij verkeer, in het bijzonder in het aanbestedingsrecht. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie<sup>114</sup> en de Hoge Raad<sup>115</sup> strekt de transparantieverplichting in deze betekenis, er in essentie toe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen. Om dit te realiseren moeten bestuursorganen bij het begin van een verdeelprocedure onder meer een 'passende mate van openbaarheid' betrachten.

Met betrekking tot de reikwijdte van de transparantieverplichting is van belang dat de transparantieverplichting rechtstreeks voortvloeit uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU. Dit heeft enerzijds een uitbreiding en anderzijds een beperking van de reikwijdte van het vereiste tot gevolg. De uitbreiding is erin gelegen dat de werkingssfeer niet beperkt is tot de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen, maar ook relevant is bij vergunning- en subsidieverlening. De beperking is gelegen in het feit dat het Unierecht in beginsel niet van toepassing is op zuiver interne situaties.

De transparantieverplichting is ook relevant voor het Nederlandse bestuursrecht, namelijk bij de verlening van schaarse rechten bij besluit. Er is sprake van een 'schaars recht' als bij of krachtens een wettelijke regeling het aantal te verlenen vergunningen of subsidies wordt beperkt door het vaststellen van een plafond. Schaarse rechten worden verdeeld door middel van een verdeelprocedure. Bekende verdeelprocedures zijn een loting, een veiling, een vergelijkende toets (tendersysteem) of verdeling op volgorde van binnenkomst. Bij

---

113 CbB 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

114 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta).

115 O.a. HR 4 november 2005, BR 2006/36, m.nt. H. Nijholt en NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

al deze verdeelprocedures speelt de transparantieverplichting een rol. Net als in het aanbestedingsrecht is immers sprake van (potentiële) concurrentie waarbij er meer geïnteresseerden dan beschikbare rechten zijn. In een dergelijke situatie is het niet meer dan logisch dat als er dan toch een situatie van concurrentie (mededinging) wordt gecreëerd, deze mededinging 'eerlijk' moet plaatsvinden, oftewel dat alle potentiële gegadigden gelijke kansen hebben om voor het schaarse recht in aanmerking te komen. De transparantieverplichting vormt een concretisering van hoe een besluitvormingsprocedure vormgegeven moet worden om die gelijke kansen te borgen.



### 3 | Op naar een transparant(er) 2013 (deel 1); een overzicht van één jaar transparantierechtspraak<sup>1</sup>

#### 3.1 INLEIDING

Dit is een overzichtsartikel in twee delen van alle uitspraken die door Nederlandse rechters en het Hof van Justitie van de Europese Unie in 2012 zijn gedaan over het transparantiebeginsel in aanbestedingsprocedures.<sup>2</sup> Het 'transparantiebeginsel' wordt in verschillende betekenissen gebruikt,<sup>3</sup> maar in dit artikel beperk ik mij tot het beginsel zoals dat in het (Europese) aanbestedingsrecht tot uitdrukking wordt gebracht.

Het transparantiebeginsel heeft in essentie als doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het beginsel moet gedurende de gehele aanbestedingsprocedure in acht worden genomen: vooraf, tijdens en erna. Vooraf dient de aanbestedende dienst alle voorwaarden en modaliteiten vast te leggen. Deze moeten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Tijdens de procedure moet de aanbestedende dienst nagaan of de offertes beantwoorden aan de gestelde criteria. Nadat de voorlopige gunningbeslissing is genomen, moet de rechter kunnen toetsen of de aanbestedende dienst aan het transparantiebeginsel heeft voldaan.<sup>4</sup> Deze driedeling is ook terug te vinden in de jurisprudentie van het afgelopen jaar. Dit artikel is daarom ook volgens deze driedeling opgebouwd. In dit eerste deel zal eerst kort ingegaan worden op de definitie en reikwijdte van het beginsel en vervolgens op de transparantieverplichtingen die 'vooraf' in acht moeten worden genomen. In deel 2 zal worden ingegaan op de transparantieverplichtingen die 'tijdens' en 'na' de aanbestedingsprocedure gelden.

---

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *TBR* 2013/24. De inhoud ervan is afgerond op 9 januari 2013.

2 Gezocht is op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) en [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) op alle uitspraken die tussen 1 januari 2012 en 31 december 2012 zijn gepubliceerd en de woorden 'transparantie\*' of 'doorzichtigheid\*' bevatten.

3 Zo wijst de ABRvS op het transparantiebeginsel als beginsel dat aan de Wet bescherming persoonsgegevens ten grondslag ligt. In deze context heeft het beginsel betrekking op de vraag wanneer er recht op inzage in stukken waarin persoonsgegevens zijn opgenomen, bestaat (ABRvS 28 november 2012, LJN: BY4464).

4 Zie ook de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de Gemeenschaps-wetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

### 3.2 DEFINITIE EN REIKWIJDTE VAN HET TRANSPARANTIEBEGINSEL

In diverse uitspraken wordt een beschrijving van het transparantiebeginsel gegeven.<sup>5</sup> Hierbij wordt meestal verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 april 2004 (Succhi di Frutta)<sup>6</sup> en het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2005.<sup>7</sup> Op 7 december 2012 heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen waarvan er één elders in deze editie geannoteerd is door Babette Blaisse-Verkooyen. In deze arresten worden de overwegingen uit 2005 gedeeltelijk herhaald en wordt het transparantiebeginsel als volgt omschreven:

‘Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers strekt ertoe de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen, en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsheeft, zoals de selectiecriteria.

In zijn arrest van 24 januari 2008, C-532/06, (...) NJ 2008/307 (Lianakis/Alexandroupolis) heeft het HvJEU de in dit verband op de aanbestedende dienst rustende verplichting aldus verwoord dat een aanbestedende dienst geen afwegingsregels

---

5 O.a. Hof Arnhem 7 augustus 2012, LJN: BX4609, Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248, Vz. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549 t/m BX3551, Vz. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163, Vz. Rb. Haarlem 14 juni 2012, LJN: BX0160, Vz. Rb. Den Bosch 18 juni 2012, LJN: BW8668, Vz. Rb. Arnhem 11 mei 2012, LJN: BW7823, Vz. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7664, Vz. Rb. Utrecht 7 september 2012, LJN: BX6236, Vz. Rb. Dordrecht 18 oktober 2012, LJN: BY0431, Vz. Rb. Groningen 2 november 2012, LJN: BY2168, Vz. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760, Vz. Rb. Zutphen 1 maart 2012, LJN: BW5058, Vz. Rb. Arnhem 3 februari 2012, LJN: BV6312, Vz. Rb. Groningen 1 februari 2012, LJN: BV3104, Vz. Rb. Arnhem 24 januari 2012, LJN: BV3641.

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

7 HR 4 november 2005, NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok (Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom), r.o. 4.3.2.

of subcriteria voor de gunningscriteria kan toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht (punt 38.).<sup>8</sup>

De Hoge Raad voegt hier vervolgens aan toe dat dit zowel geldt voor gunningscriteria als uitsluitingsgronden:

‘Gelet op het belang van het transparantiebeginsel voor aanbestedingsprocedures, moet worden aangenomen dat de door het HvJEU aanvaarde, op de aanbestedende dienst rustende, verplichting om de gunningscriteria in de aanbestedingsdocumenten te vermelden, ook geldt ten aanzien van de uitsluitingsgronden die de aanbestedende dienst – indien daartoe aanleiding is – kan invoeren (met dien verstande dat deze dienst zich in voorkomende gevallen mede kan beroepen op uitsluitingsgronden die dwingend zijn voorgeschreven in art. 45 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG). Een andere opvatting zou tot een willekeurige toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden kunnen leiden en daarmee een gelijke behandeling van de inschrijvers in gevaar kunnen brengen.’<sup>9</sup>

Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat het transparantiebeginsel voortvloeit uit het beginsel van gelijke behandeling. Er is dus geen sprake van een tegenstelling tussen deze beginselen.<sup>10</sup>

Het transparantiebeginsel is van toepassing op aanbestedingsplichtige opdrachten waarop het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) van toepassing zijn. Daarnaast blijkt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie dat het transpa-

---

8 HR 7 december 2012, LJN: BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en LJN: BW9233.

9 HR 7 december 2012, LJN: BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en LJN: BW9233.

10 In cassatie werd betoogd dat een afweging gemaakt had moeten worden tussen ‘het, de gehele aanbesteding omvattende en ook ten bate van de overige inschrijvers werkende, gelijkheidsbeginsel enerzijds en het, slechts ten bate van KPN als inschrijver werkende, transparantiebeginsel anderzijds.’ Het hof zou hebben miskend dat het gelijkheidsbeginsel mede zou strekken tot waarborging van het level playing field en van concurrentie in de aanbesteding en daarom niet (zonder meer) opzij zou kunnen worden gezet door het transparantiebeginsel. Het onderdeel faalt. De Hoge Raad oordeelt dat het onderdeel eraan voorbij ziet dat het transparantiebeginsel voortvloeit uit het beginsel van gelijke behandeling en dat het onderdeel dus uitgaat van een tegenstelling tussen bedoelde beginselen die geen steun vindt in het recht (HR 7 december 2012, LJN: BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen). In cassatie werd ook geklaagd dat het hof blijf zou hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over de betekenis en reikwijdte van het transparantiebeginsel en over de verhouding tussen dit beginsel en het gelijkheidsbeginsel. Ook dit onderdeel faalt. De Hoge Raad overweegt dat de eisen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel worden gesteld aan de aanbestedende dienst en aan het door haar opgestelde aanbestedingsbericht of bestek. Deze eisen gelden onafhankelijk van het door het onderdeel gemaakte onderscheid tussen inschrijvers die de regels van gelijkheid en level playing field in acht nemen, en inschrijvers die deze regels juist schenden (HR 7 december 2012, LJN: BW9233).

rantiebeginsel niet alleen uit de aanbestedingsrichtlijnen<sup>11</sup> voortvloeit, maar rechtstreeks uit het vWEU. Daarom moet het transparantiebeginsel ook in acht worden genomen als sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij concessieverlening, opdrachten voor zogenaamde B-diensten, aanbestedingen onder de door de Europese Commissie vastgestelde drempelwaarden en bepaalde soorten vergunningstelsels.<sup>12</sup>

Er kan door private partijen ook vrijwillig gekozen worden om een aanbestedingsprocedure te volgen.<sup>13</sup> In dat geval heeft zo'n partij zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid en die maatstaven houden in elk geval in de eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals het transparantiebeginsel.<sup>14</sup> Ook als een gemeente grond verkoopt en besluit daarvoor

---

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

12 Vgl. HvJ EU 3 juni 2010, *AB* 2011/17, m.nt. A. Buijze en HvJ EU 19 juli 2012, *AB* 2012/324, m.nt. A. Drahmman. Zie tevens A. Drahmman, 'Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest', *NTB* 2012/25.

13 De Vz. Rb. Den Haag omschrijft een aanbestedingsprocedure 'als een al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen en het verrichten van diensten met inbegrip van het uitvoeren van werken. Een private opdrachtgever die voor een bepaalde opdracht aan verschillende bedrijven gelijktijdig offertes vraagt kan onder deze definitie vallen, maar het gaat evenwel te ver om in alle gevallen de private opdrachtgever onder het aanbestedingsrecht te laten vallen. Of dit al dan niet het geval is hangt af van de omstandigheden van het geval'. De Vz. concludeert dat, ondanks het gebruik van enkele aanbestedingsrechtelijke termen, geen aanbestedingsprocedure is uitgeschreven, maar een uitnodiging is gedaan om in onderhandeling te treden (Vz. Rb. Den Haag 26 januari 2012, LJN: BV7044).

14 De Vz. Rb. Amsterdam overweegt dat de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht de grondregels vormen voor het voeren van een aanbestedingsprocedure. De regels waken er onder meer voor dat de private aanbesteder de inschrijvingen, waarvoor veelal aanzienlijke kosten zijn gemaakt, willekeurig beoordeelt. De door Rochdale uitgenodigde inschrijvers mochten dan ook vooraf redelijkerwijs de verwachting hebben dat Rochdale als private aanbesteder die beginselen in acht zou nemen (Vz. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677). De Vz. Rb. Leeuwarden voegt hier in het kader van een private aanbesteding door een kerkgenootschap nog aan toe dat de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht er onder meer tegen waken dat de private aanbesteder de inschrijvingen, waarvoor veelal aanzienlijke kosten zijn gemaakt, louter gebruikt als pressiemiddel jegens de partij die zij bij voorbaat heeft uitverkozen als toekomstige contractspartij. (Vz. Rb. Leeuwarden 3 oktober 2012, LJN: BX9015). Zie tevens Vz. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894 en Vz. Rb. Breda 17 oktober 2012, LJN: BY0511 en BY1183.

een openbare biedprocedure te organiseren, is sprake van een private aanbesteding.<sup>15</sup>

Het Bao en Bass zullen (naar verwachting) op 1 april 2013 worden vervangen door de Aanbestedingswet 2012. Het transparantiebeginsel is ook in de Aanbestedingswet 2012 gecodificeerd.<sup>16</sup> De hierna te bespreken uitspraken over het transparantiebeginsel blijven daarom ook na inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 relevant.

### 3.3 TRANSPARANTIE VOORAF: DE PASSENDE BEKENDMAKING EN HET VASTSTELLEN VAN VOORWAARDEN EN MODALITEITEN

Veel jurisprudentie heeft betrekking op de uitleg van de aanbestedingsdocumentatie. Het transparantiebeginsel brengt onder meer met zich dat de tekst van het aanbestedingsdocument leidend is, in die zin dat een in het aanbestedingsdocument opgenomen eis niet anders mag worden uitgelegd dan naar objectieve maatstaven binnen de context van het hele document; welk document niet opgemaakt is om slechts tussen de aanbestedende dienst en één mogelijke inschrijver te werken. Indien er naar die maatstaven moet worden gesproken van een ondubbelzinnige tekst, dan mogen bedoelingen die daarin objectief niet passen, hoe nuttig ook, geen rol spelen bij de toepassing van het betreffende onderdeel van het document. Zou dat ten opzichte van een van de inschrijvers wel geschieden, dan is er juist het risico van favoritisme en willekeur omdat voor derden niet zichtbaar is dat naar die niet-kenbare en

---

15 Vz. Rb. Zutphen 22 mei 2012, LJN: BW6294. Zie ook A.A. Boot en J.C. van Haersolte, 'Projectontwikkeling in de vuurlinie van aanbestedingsrecht en staatssteun', *TBR* 2012/179. Bij de toewijzing van standplaatsen aan kermisexploitanten door middel van het sluiten van een huur/pachtovereenkomst was volgens het Hof Den Bosch niet aannemelijk gemaakt dat het aanbestedingsrecht van toepassing zou zijn (Hof Den Bosch 22 maart 2011, LJN: BY3289). In dit verband wijs ik er ook op dat de ABRvS in een bestemmingsplanprocedure niet beoordeeld of sprake is van strijd met het transparantiebeginsel. Een appellant betoogde dat hij ten onrechte niet dezelfde kansen had gekregen als de nieuwe eigenaar om het perceel aan te kopen. De gemeenteraad zou hiermee in strijd hebben gehandeld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheids- en transparantiebeginsel. De ABRvS oordeelt dat in het kader van de bestemmingsplanprocedure moet worden beoordeeld of het plan in strijd is met een goede ruimtelijke ordening of anderszins in strijd is met het recht. De aangevoerde bezwaren hebben evenwel betrekking op de privaatrechtelijke (verkoop)procedure voorafgaand aan de vaststelling van het plan. De ABRvS geeft geen oordeel over de rechtmatigheid van de privaatrechtelijke procedure en de privaatrechtelijke overeenkomst, ter zake waarvan de burgerlijke rechter bevoegd is. Deze beroepsgronden kunnen niet de rechtmatigheid van het plan aantasten. (ABRvS 22 augustus 2012, LJN: BX5285).

16 Artikel 1.9 (voor Europese aanbestedingen) en artikel 1.12 (voor nationale aanbestedingen).

niet te verwachten bedoeling wordt gehandeld.<sup>17</sup> Ook in het aanbestedingsrecht wordt dus de zogenaamde 'cao-norm'<sup>18</sup> toegepast om te bepalen hoe een eis uitgelegd moet worden.<sup>19</sup> Daarbij is ook van belang wat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had kunnen en moeten begrijpen.<sup>20</sup>

Hierna wordt een aantal uitspraken weergegeven. Onder meer wordt ingegaan op de passende bekendmaking, de behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettende inschrijver en de vraag wanneer sprake is van een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van een eis. Eerst zal ingegaan worden op de Noord-Hollandse koffiekeurmerkenzaak en een (door de voorzieningenrechter Den Bosch zelf zo genoemd) 'schoolvoorbeeld' van gebrek aan transparantie.

### 3.3.1 De Noord-Hollandse koffiekeurmerkenzaak

De bekendste uitspraak van het Hof van Justitie van 2012 is de Noord-Hollandse koffiekeurmerkenzaak.<sup>21</sup> Het Hof stelt voorop dat zowel het beginsel van gelijke behandeling als de daaruit voortvloeiende transparantieplicht vereist dat het voorwerp en de gunningscriteria van overheidsopdrachten vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk worden omschreven. Het Hof oordeelt verder dat het gelijkheids- en transparantiebeginsel van cruciale

17 Vz. Rb. Assen 2 april 2012, LJN: BW4855. In deze procedure had de gemeente de eis van een bepaalde omzet gesteld. De Vz. oordeelt dat omzet geen synoniem is voor draagkracht of voor de financiële status van een bedrijf.

18 Deze norm houdt in dat voor de uitleg van bepalingen uit een CAO de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. O.a. HR 20 februari 2004, NJ 2005/493, DSM/Fox en HR 24 februari 2012, LJN: BU9889.

19 Hof Leeuwarden 20 november 2012, LJN: BY3635 (appellarrest van Vz. Rb. Zwolle 27 juni 2012, LJN: BW9819). Ook: Vz. Rb. Den Haag 14 augustus 2012, LJN: BX7535, Vz. Rb. Zwolle 12 november 2012, LJN: BY3162 en vgl. Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248. Zie tevens Vz. Rb. Zwolle 13 december 2011, LJN: BV9362: 'Daarnaast is bij die beoordeling [hoe een zinsnede uit de aanbestedingsdocumentatie moet worden uitgelegd – AD] van belang dat de aanbestedingsstukken naar hun aard bestemd zijn om de rechtspositie van derden ((potentiële) inschrijvers) te beïnvloeden, zonder dat deze derden wezenlijke invloed hebben op de inhoud of de formulering van die stukken, zodat bij de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan de bewoordingen van die stukken, toepassing van de CAO-norm in de rede ligt'.

20 O.a. Vz. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, LJN: BW0035. De Vz. oordeelt dat het in dit geding aan de orde zijnde selectiecriteria op een zodanig duidelijke en ondubbelzinnige wijze in het bestek geformuleerd is dat Kici als een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had kunnen en moeten begrijpen dat gedoneerde kleding bij de beoordeling van het selectiecriteria meeweegt. Het selectiecriteria is wat dat betreft voldoende duidelijk en niet voor meerdere uitleg vatbaar.

21 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10. Zie F.A. van den Assem en M. van Berlo, 'Gebruik van keurmerken bij aanbestedingen', *TBR* 2012/106.

betekenis zijn voor technische specificaties vanwege het gevaar voor discriminatie in verband met de keuze van die specificaties of de formulering ervan. Zij moeten zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende diensten de opdracht kunnen gunnen en dat zij duidelijk moeten worden aangegeven, zodat alle inschrijvers weten waarop de door de aanbestedende dienst gestelde eisen betrekking hebben.<sup>22</sup> Het Hof overweegt verder dat de eerbiediging van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie gebiedt dat de gunningscriteria objectief zijn, hetgeen verzekert dat de offertes objectief en dus onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden vergeleken en beoordeeld. Dat zou niet het geval zijn met criteria die de aanbestedende dienst een onvoorwaardelijke keuzevrijheid zouden laten.<sup>23</sup> Het beginsel van doorzichtigheid vereist tevens dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunning duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig zijn geformuleerd in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, opdat, enerzijds, alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. De door de provincie gestelde criteria voldeden hier niet aan.<sup>24</sup>

---

22 Uit de uitspraak volgt dat een aanbestedende dienst wel gebruik mag maken van de gedetailleerde specificaties van een milieukeur, maar niet van een milieukeur als zodanig. De aanbestedende dienst moet de gedetailleerde milieukeurmerken die hij wil opleggen ook uitdrukkelijk vermelden, ook indien hij gebruikmaakt van de voor een milieukeur vastgelegde kenmerken. Dit is volgens het Hof geenszins een overdreven formalisme, maar onmisbaar opdat de potentiële inschrijvers zich kunnen baseren op één officieel document dat afkomstig is van de aanbestedende dienst zelf, zonder dat zij derhalve te maken krijgen met de onzekerheden van het opzoeken van informatie en de mogelijkheid dat de criteria voor een willekeurige milieukeur veranderen met de tijd.

23 De aanbestedende diensten moeten op grond van dezelfde beginselen in alle stadia van een openbare aanbestedingsprocedure zowel de gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers verzekeren als de transparantie van de gunningscriteria, die zodanig moeten worden geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de precieze draagwijdte ervan kan kennen en ze dus op dezelfde manier kan uitleggen. Er zijn geen redenen om ervan uit te gaan dat de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie andere consequenties hebben wanneer het gaat om de gunningscriteria – die eveneens essentiële voorwaarden van een overheidsopdracht zijn – daar zij bepalend zullen zijn bij de beslissing welke offerte zal worden gekozen uit de offertes die beantwoorden aan de vereisten die de aanbestedende dienst in het kader van de technische specificaties heeft geformuleerd.

24 De vereisten inzake het voldoen aan de 'criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen' en de verplichting 'bij [te] dragen aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie' zijn niet dermate duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver met zekerheid en volledig kan weten welke criteria door die vereisten worden gedekt. Hetzelfde geldt a fortiori voor het

### 3.3.2 Schoolvoorbeeld

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch moest een oordeel geven over een aanbestedingsprocedure die volgens de voorzieningenrechter zelf 'een schoolvoorbeeld van een gebrek aan transparantie en duidelijkheid' vormt. De gemeente had niet geconcretiseerd over welke certificaten een textielsorteerbedrijf moest beschikken en/of waarop deze certificaten betrekking moesten hebben. De voorzieningenrechter overweegt: 'Reeds bij onbevange eerste lezing van het bestek was dat voor de voorzieningenrechter ook een raadsel. En als hij dan in het vervolg van subparagraaf 9.4.2. leest dat slechts de mening van de aanbestedende dienst voldoende is om de onafhankelijkheid en erkenning van de certificerende instantie in twijfel te trekken, met uitsluiting van de inschrijving tot gevolg, voelt hij direct de spanning met het voor het aanbestedingsrecht cruciale transparantie- en gelijkheidsbeginsel.' In de textielbranche bestond bovendien ten tijde van de aanbestedingsprocedure veel discussie over het al dan niet bestaan van specifiek op deze branche gerichte certificaten. Wie als aanbestedende dienst een certificaat eist moet zeggen wat hij gecertificeerd wil zien en op welk niveau dat moet zijn. Als de aanbestedende dienst dat zelf, om wat voor goede reden ook, niet weet, moet deze, aldus de voorzieningenrechter, geen certificaat verlangen.<sup>25</sup>

### 3.3.3 Passende bekendmaking

Op grond van het transparantiebeginsel moet een aanbestedingsprocedure worden aangekondigd. Door deze bekendmaking kunnen alle potentiële inschrijvers kennis nemen van de procedure. De bekendmaking moet passend zijn. Uit de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie volgt dat wat een passende bekendmaking is, afhankelijk is van de relevantie van de opdracht voor de interne markt, met name met het oog op het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de desbetreffende sector. Hoe groter het belang van de opdracht voor potentiële inschrijvers uit andere lidstaten is, hoe meer ruchtbaarheid eraan moet worden gegeven.<sup>26</sup>

---

tot de inschrijvers gerichte verzoek, in hun inschrijving aan te geven 'op welke wijze [zij] invulling [geven]' aan bedoelde criteria en 'op welke wijze [zij] bijdragen' tot de door de aanbestedende dienst aangegeven doelstellingen inzake de koffiemarkt en de koffieproductie, zonder hun nauwkeurig mee te delen welke gegevens zij moeten verstrekken. De provincie had dan ook gehandeld in strijd met de transparantieverplichting.

<sup>25</sup> Vz. Rb. Den Bosch 10 juli 2012, LJN: BX2394.

<sup>26</sup> Interpretatieve mededeling van de Europese 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).

De Aanbestedingswet 2012 introduceert een verplichting voor aanbestedende diensten om opdrachten bekend te maken via TenderNed.<sup>27</sup>

De gemeente Leeuwarden heeft een aanbestedingsprocedure ingetrokken omdat zij in strijd zou hebben gehandeld met de beginselen van het aanbestedingsrecht als zij de aanbestedingsprocedure zou hebben voortgezet. Volgens de gemeente zat er een innerlijke tegenstrijdigheid in de aanbestedingsdocumentatie en de aankondiging ervan. Door deze innerlijke inconsistentie is niet uit te sluiten dat dit geïnteresseerden ervan heeft weerhouden om in te schrijven op deze aanbesteding.<sup>28</sup>

### 3.3.4 Te beperkte eis

Een aanbestedende dienst staat het in beginsel vrij om de eisen te bepalen waaraan moet worden voldaan. Dit neemt echter niet weg dat zij binnen de grenzen van de beginselen van het aanbestedingsrecht moet blijven. De keuze van de aanbestedende dienst mag niet leiden tot een beperkte toegang tot de desbetreffende opdracht. Het stellen van een eis dat de inschrijver moet beschikken over een algemene erkenning, welke enkel is (en kan worden) toegekend aan twee partijen, is hiermee in strijd.<sup>29</sup>

### 3.3.5 Behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver

Bij de uitleg van een selectie criterium wordt acht geslagen op de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van het bestek en de daarbij behorende bijlagen. Zoals gesteld komt het daarbij aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin dat bestek en de daarbij behorende bijlagen zijn gesteld. Daarbij wordt ook beoordeeld wat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had kunnen en moeten begrijpen.<sup>30</sup>

---

27 Artikel 2.59 en 1.18 Aanbestedingswet 2012.

28 Vz. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163. De innerlijke tegenstrijd bestond er onder meer uit dat de aankondiging vermeldde dat er sprake was van een overheidsopdracht voor een dienst, terwijl in de referentie-eis werd gevraagd om ervaring met opdrachten voor werken. Het is daardoor mogelijk dat geïnteresseerden niet eens gezien hebben dat het een opdracht voor een werk betrof, nu er diensten boven stond. De Vz. volgt de gemeente in dit verweer.

29 Vz. Rb. Arnhem 2 augustus 2012, LJN: BX7020.

30 O.a. Vz. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, LJN: BW0035. De Vz. oordeelt dat het in dit geding aan de orde zijnde selectie criterium op een zodanig duidelijke en ondubbelzinnige wijze in het bestek geformuleerd is dat Kici als een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had kunnen en moeten begrijpen dat gedoneerde kleding bij de beoordeling van het selectie criterium meeweegt. Het selectie criterium is wat dat betreft voldoende duidelijk en niet voor meerdere uitleg vatbaar.

Als iets niet expliciet uit de aanbestedingsstukken volgt, zal onderzocht moeten worden of datgene op grond van hetgeen in de aanbestedingsdocumenten is vermeld een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver desalniettemin duidelijk diende te zijn.<sup>31</sup>

Bij de beoordeling wat een behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend inschrijver moet (kunnen) begrijpen, kan geen rekening worden gehouden met het feit dat één van de inschrijvers weinig ervaring heeft met aanbestedingen. Iedere inschrijver moet immers op dezelfde wijze worden behandeld.<sup>32</sup>

Als in de aanbestedingsstukken wordt vermeld dat het beoordelingsteam de inschrijvingen integraal en relatief beoordeelt en dat met integrale beoordeling wordt bedoeld dat voor iedere inschrijving zowel voor de onderdelen als voor de gehele inschrijving een kwalitatieve beoordeling ten opzichte van de gestelde eisen zou worden uitgevoerd, dan mag een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver ervan uitgaan dat alle ten behoeve van een bepaald subgunningscriterium ingediende stukken zullen worden betrokken bij de onder dat subgunningscriterium vallende elementen en de aspecten van die elementen.<sup>33</sup>

Bij de vraag of de aanbestedingsdocumenten zodanig zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat waren deze op dezelfde wijze te interpreteren, moeten de aanbestedingsdocumenten in onderling verband zeer nauwkeurig worden gelezen. 'Dat lijkt niet alleen inherent aan de wijze waarop in het aanbestedingsrecht de formaliteiten in het algemeen een zekere tendens lijken te hebben de werkelijkheid aan het zicht te onttrekken. In dit geval komt daar nog bij dat het abstractieniveau van de onderhavige aanbestedingsstukken, de daarin opgenomen algemeen en ruim geformuleerde omschrijvingen van hetgeen de provincie van de

---

31 In een procedure bij de Vz. Rb. Dordrecht was niet in geschil dat in de aanbestedingsdocumenten niet expliciet was vermeld dat de tarieven gebaseerd dienden te worden op de tarieven in een bepaalde tabel. Onderzocht diende derhalve te worden of dat op grond van hetgeen in de aanbestedingsdocumenten is vermeld een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver desalniettemin duidelijk diende te zijn. De Vz. concludeert dat aannemelijk is dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver diende te begrijpen dat de totaalprijs in tabel D.2 diende te zijn gebaseerd op de beladen kilometertarieven van tabel D.1. Bij een andere uitleg zou immers niet per perceel kunnen worden beoordeeld welke inschrijver de laagste totaalprijs per jaar op basis van beladen kilometertarieven biedt. Aangezien in tabel D.2 de totaalbedragen per jaar/per perceel uit bijlage K overgenomen diende te worden, volgt hieruit dat aannemelijk is dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver diende te begrijpen dat de tarieven die in kolom G van bijlage K werden ingevuld gebaseerd diende te zijn op de tarieven in tabel D.1. Dit geldt te meer nu de model factuurspecificatie van bijlage J bij de offerteaanvraag dezelfde opbouw heeft als bijlage K (Vz. Rb. Dordrecht 18 oktober 2012, LJN: BY0431).

32 Vz. Rb. Den Haag 30 augustus 2012, LJN: BX6099.

33 Vz. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV7050.

inschrijvers verlangt en de vorm van aanbestedingsstukken met bijlagen waar veelvuldig naar wordt verwezen, veel vergen van de lezer.<sup>34</sup>

Bij de beoordeling wat inschrijvers hadden moeten kunnen begrijpen, speelt ook een rol wat gebruikelijk is in de branche waar de opdrachtverlening betrekking op heeft. Zo had de gemeente Lingewaard moeten begrijpen dat Raetshagen zich niet als hoofdaannemer met onderaannemers had ingeschreven, maar als gevolmachtigd agent van een aantal verzekeraars. Daarbij is van belang dat het gebruikelijk is dat verzekeraars gebruikmaken van gevolmachtigd agenten. De gemeente diende er daarom op bedacht te zijn dat gevolmachtigd agenten (namens verzekeraars) zouden inschrijven. Als de gemeente dat niet wilde dan had zij juist vanwege het wijdverbreide gebruik van gevolmachtigd agenten in de branche, in de aanbestedingsstukken de inschrijving door gevolmachtigd agenten uitdrukkelijk moeten uitsluiten. De gemeente had dat niet gedaan. Een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende gevolmachtigd verzekeringsagent had niet uit het enkele feit dat het aanmeldingsformulier, gelet op de weergegeven voorgedrukte passages daaruit, kennelijk niet echt was toegesneden op aanmelding en inschrijving door een gevolmachtigd agent, moeten opmaken dat hij van deelname was uitgesloten.<sup>35</sup>

### 3.3.6 Geen duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering

Gunningscriteria dienen objectief te zijn en zodanig duidelijk, precies en ondubbelzinnig dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en daardoor de gunningscriteria op dezelfde manier interpreteren. In een aanbesteding voor de inzameling van oud papier en karton had de gemeente ter motivering van het gunningsbesluit een berekening overgelegd van de opslagcapaciteit. De

---

34 Vz. Rb. Den Bosch 18 juni 2012, LJN: BW8668. In dit geval was een inschrijving ongeldig verklaard, omdat stukken verkeerd waren ingediend (gesloten envelop). Door de verkeerde wijze van indienen heeft de inschrijver het risico bevorderd dat er complicaties zouden kunnen optreden bij de eerlijke beoordeling van de inschrijvingen. Dat zou dan hebben gegolden ten opzichte van alle inschrijvers. Vanuit dat perspectief gezien is het volgens de Vz. te rechtvaardigen dat de provincie tot de vergaande stap van ongeldig verklaring van de inschrijving is overgegaan. Zie over het gebruik van enveloppen in de beoordelings-systematiek tevens Vz. Rb. Den Haag 12 september 2012, LJN: BX8643.

35 Veeleer kon deze denken dat de aanbestedingsdocumenten niet goed aansluiten op de gang van zaken in de verzekeringsbranche, maar dat dit niet erg is omdat, zoals Raetshagen heeft betoogd, Meijers wel weet hoe haar aanmelding en inschrijving moet worden opgevat. Begrijpelijk is dan ook dat Raetshagen niet uitdrukkelijk heeft gevraagd hoe zij als gevolmachtigd agent kon inschrijven. Aangenomen moet verder worden dat de Gemeente, via Meijers, begrepen moet hebben dat Raetshagen als gevolmachtigd agent namens de door haar genoemde verzekeraars inschreef. Dat Raetshagen als gevolmachtigd agent heeft ingeschreven blijkt namelijk voldoende duidelijk uit de inschrijving (Vz. Rb. Arnhem 3 februari 2012, LJN: BV6312).

voorzieningenrechter twijfelt niet aan de juistheid van deze berekeningen, maar is van oordeel dat het bestek 'alleen' te weinig aanknopingspunten biedt voor het maken van een dergelijke berekening en – belangrijker nog – voor de noodzaak om haar te maken. Inschrijvers hoefden er op basis van het bestek niet zonder meer op bedacht te zijn dat specifieke eisen zouden worden gesteld aan de (minimum)opslagcapaciteit van enige opslaglocatie, zodat het nodig was om dienaangaande berekeningen te maken en (extra) zorg te besteden aan de selectie van aan te bieden locaties. De gemeente heeft daardoor in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld. In dit geval had het bestek een expliciete (minimale) capaciteitseis 'op enig moment' moeten bevatten, dan wel een andere passende eis in verband met de vereiste opslagcapaciteit.<sup>36</sup>

Een aanbestedende dienst moet op grond van het transparantiebeginsel nauwgezet de door haarzelf van toepassing verklaarde criteria in acht nemen gedurende de gehele aanbestedingsprocedure en alle eisen van de aanbesteding op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsdocumenten formuleren en toepassen. De gemeente Rijswijk had het transparantiebeginsel geschonden doordat verwarring onder de inschrijvers was ontstaan over een van de gestelde eisen, namelijk of bij de tweede inschrijving wel of niet (opnieuw) een model K-verklaring moest worden overgelegd.<sup>37</sup> Dat verschillende inschrijvers een eis verschillend interpreteren leidt echter niet altijd tot de conclusie dat het transparantiebeginsel geschonden is. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem dat als in een onderdeel van het bestek is aangegeven dat een 'onderbouwning' aangeleverd dient te worden, een normaal oplettende inschrijver daarin niet hoeft te lezen dat de inschrijver stukken moet toevoegen, maar dat een motivering afdoende zou moeten zijn. Daarbij overweegt de voorzieningenrechter dat niet valt in te zien dat een inschrijver die de in zijn inschrijving genoemde gegevens pas ter controle toestuurde betere gunningskansen heeft dan inschrijvers die dat direct bij de inschrijving hebben gedaan, nu het indienen van die bescheiden op zichzelf geen wijziging van de aanbidding inhoudt.<sup>38</sup>

---

36 Vz. Rb. Maastricht 27 februari 2012 LJN: BV7037.

37 Vz. Rb. Den Haag 25 juli 2012, LJN: BX3356.

38 'Een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver heeft het bestek dan ook zo mogen opvatten dat hij bij de inschrijving slechts hoeft te motiveren, dus uiteen te zetten, waarom de door hem op deze onderdelen aangeboden percentages haalbaar zijn, dus gegevens benoemen aan de hand waarvan dat gecontroleerd kan worden, en dat de stukken waaruit die gegevens kunnen blijken pas opgestuurd hoeven te worden als het beoordelings-team het aangeboden percentage niet realistisch voorkomt en daarom een controle wil gaan uitvoeren. (...) Dat sommige andere inschrijvers die bescheiden al meteen met hun inschrijving hebben meegestuurd, maakt niet dat er sprake is van strijd met de grondbeginselen van het aanbestedingsrecht. Het valt namelijk niet in te zien dat een inschrijver die de in zijn inschrijving genoemde gegevens pas ter controle toestuurde nadat aan hem vragen zijn gesteld door het beoordelingsteam over het realiteitsgehalte van zijn offerte, betere gunningskansen heeft dan inschrijvers die dat direct bij de inschrijving hebben gedaan, nu het indienen van die bescheiden op zichzelf geen wijziging van de aanbidding inhoudt.' (Vz.

Als de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd, kan dit leiden tot interpretatieverschillen. In een procedure had één van de inschrijvers de eis veel specifiekere uitgelegd dan door de aanbestedende dienst was beoogd. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de uitleg van de inschrijver niet onbegrijpelijk of vergezocht is. Anderzijds kan aan de (winnende) inschrijver niet worden tegengeworpen dat zij de eis heeft uitgelegd op dezelfde wijze als de aanbestedende dienst. Deze schending van het transparantiebeginsel rechtvaardigt dat de aanbestedingsprocedure wordt afgebroken en dat de aanbestedende dienst wordt bevolen over te gaan tot heraanbesteding.<sup>39</sup>

Het hanteren van een eis in een bestek die in strijd is met Europese jurisprudentie leidt tot strijd met het transparantiebeginsel. Op grond van Europese jurisprudentie mogen gegadigden niet van deelneming aan een aanbestedingsprocedure worden uitgesloten op de grond dat zij bij de uitvoering van de beoogde opdracht een beroep willen doen op derden. Door een eis op te nemen die in strijd is met deze jurisprudentie (en dus in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht) werd volgens de voorzieningenrechter in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld, omdat het voor potentiële inschrijvers niet duidelijk was of de aanbestedende dienst onverkort zou vasthouden aan de eis uit het bestek dan wel deze, voor zover in strijd met (Europees) aanbestedingsrecht, op enigerlei – voor potentiële inschrijvers onbekende – wijze buiten werking zou laten. Niet uitgesloten kan worden geacht dat potentiële inschrijvers zich door deze eis ten onrechte hebben laten weerhouden een inschrijving te doen.<sup>40</sup>

De gemeente Nieuwegein heeft in strijd met het transparantiebeginsel gehandeld door van een van de inschrijvers een 'eigen verklaring' te accepteren, terwijl in de gunningsleidraad een 'intentieverklaring bankgarantie' was vereist. De rechtbank acht de door de gemeente voorgestane uitleg van de gestelde eis niet voor de hand liggend. De rechtbank oordeelt daarom dat de gemeente de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op dit punt onvoldoende duidelijk, precies en ondubbelzinnig heeft geformuleerd. Het risico van willekeur was niet uitgesloten, omdat de gestelde voorwaarden en modaliteiten door de inschrijvers op verschillende wijze geïnterpreteerd werden en konden worden en daarmee is gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel.<sup>41</sup>

---

Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549 t/m BX3551).

39 Vz. Rb. Haarlem 14 juni 2012, LJN: BX0160. De eis die in het geschil aan de orde is luidt als volgt: 'Er dient een koppeling te zijn met [www.aanbestedingskalender.nl](http://www.aanbestedingskalender.nl) > TED / en eventueel met Tenderned'. De ene inschrijver interpreteerde dit als een automatische softwarematige koppeling. Volgens de provincie was een eenvoudige niet-automatische koppeling voldoende.

40 Vz. Rb. Zwolle 27 juni 2012, LJN: BW9819 (zie tevens het appelarrest: Hof Leeuwarden 20 november 2012, LJN: BY3635).

41 Rb. Utrecht 14 november 2012, LJN: BY5823.

Het moeten geven van een presentatie kan een deugdelijk gunningscriterium zijn, mits dat voldoende verband houdt met de uitvoering van de opdracht. De voorzieningenrechter Rotterdam oordeelde dat het gunningscriterium presentatie voldoende transparant is, omdat de beoordelingsaspecten van tevoren bekend zijn gemaakt (organisatie-inrichting, productselectie-advies en cliëntbenadering), de personen die de presentatie moeten uitvoeren zijn genoemd en de beoordeling wordt uitgevoerd door een team van ter zake deskundigen.<sup>42</sup> Hetzelfde geldt voor een gebruikerstest. Dat een gebruikerstest naar zijn aard subjectief is, betekent niet dat er sprake is van willekeur of onvoldoende transparantie, waarbij van belang is dat niet gebleken is dat de testpersonen niet over de vereiste deskundigheid beschikken.<sup>43</sup>

Ook referentie-eisen moeten ondubbelzinnig worden geformuleerd en mogen geen ruimte laten voor willekeur, zulks in overeenstemming met het transparantiebeginsel. Bij een aanbestedingsprocedure door de provincie Zuid-Holland was hier door een inschrijver niet aan voldaan. Door niettemin te oordelen dat sprake is van een uitgevoerde opdracht van een vergelijkbare omvang heeft de provincie aan de referentie-eis een toepassing gegeven die willekeur in de hand kan werken nu zij zichzelf kennelijk grote vrijheid heeft gegeven om te bepalen dat werkzaamheden van veel geringere omvang dan de aan te besteden opdracht toch van een vergelijkbare omvang zijn.<sup>44</sup>

Ook bij een vrijwillige (private) aanbesteding is voor een zorgvuldige aanbestedingsprocedure van belang dat in het aanbestedingsdocument duidelijk vermeld staat wat de gunningscriteria zijn en welk gewicht aan die criteria wordt toegekend. Als daaraan niet voldaan is, is een willekeurige beoordeling van de inschrijving mogelijk en ontstaat het risico dat inschrijvers de opdracht

---

42 Vz. Rb. Rotterdam 26 maart 2012, LJN: BW5773. In dezelfde uitspraak oordeelt de Vz. over het gunningscriterium kwaliteit. De gemeente heeft aangegeven 'welke zaken zij belangrijk vindt. Dat de gemeente aan deze zaken geen aparte percentages heeft gekoppeld doet niet af aan de transparantie van het gunningscriterium. De inschrijvers kunnen aan de hand van deze zaken laten zien of zij ten aanzien van het productselectieproces en de verspreiding van hulpmiddelen de benodigde kwaliteit kunnen leveren. Juist nu het gaat om een nieuwe situatie, in die zin dat van de inschrijver veel meer wordt verwacht dan alleen de levering van gehandicaptenhulpmiddelen, is belangrijk dat aan de inschrijver ruimte wordt gelaten om de gestelde vragen naar eigen inzicht te beantwoorden. De gemeente heeft daarbij aangegeven dat hoe meer de beantwoording blijkt geeft van een efficiënt en goed geborgde organisatie, hoe hoger gescoord kan worden.'

43 Vz. Rb. Haarlem 6 maart 2012, LJN: BV7715.

44 Bij een juiste toepassing van de referentie-eis, zodanig dat alle inschrijvers op gelijke wijze zouden zijn behandeld, had de provincie moeten oordelen dat een referentie die slechts betrekking heeft op een beperkt deel van een perceel, niet kan hebben te gelden als een referentie met betrekking tot opdrachten van een vergelijkbare omvang en inhoud. Dit brengt met zich dat de Provincie de inschrijving van terzijde had dienen te leggen (Vz. Rb. Den Haag 13 november 2012, LJN: BY5065). Zie over referenties tevens Vz. Rb. Den Haag 2 oktober 2012, LJN: BY5226.

niet op dezelfde wijze hebben geïnterpreteerd waardoor de inschrijvingen niet goed met elkaar te vergelijken zijn.<sup>45</sup>

Ten slotte, als in een kort geding wordt betoogd dat een gestelde eis, selectie- of gunningscriterium in strijd is met het transparantiebeginsel kan ook van belang zijn of de inschrijver heeft aangegeven dat de bepaling onduidelijk is. Als geen vragen worden gesteld in de daartoe bedoelde inlichtingenprocedure dan kan geoordeeld worden dat dit voor risico van de inschrijver moet komen.<sup>46</sup> Dit wordt ook wel aangeduid als het 'Grossmann-verweer'.<sup>47</sup>

### 3.3.7 Wijziging

Het is volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag niet mogelijk om kort voor het verstrijken van de inschrijftermijn nog wijzigingen in de aanbestedingsdocumentatie aan te brengen. In een procedure (over de aanbesteding van het openbaar busvervoer in Haaglanden) was in de zesde nota van inlichtingen een alternatieve gunningssystematiek geïntroduceerd. Volgens vaste jurisprudentie handelt een aanbestedende dienst in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het transparantiebeginsel wanneer de gunningssystematiek tijdens de aanbestedingsprocedure (wezenlijk) wordt gewijzigd. Daarvan is onder meer sprake wanneer door de wijziging de omvang van de opdracht wezenlijk wordt veranderd, waardoor als de opdracht zo 'in de markt was gezet', andere partijen zouden hebben ingeschreven op de opdracht. In dit geval was daar mogelijk sprake van. Als dit alternatieve scenario eerder bekend zou zijn gemaakt, zouden er wellicht andere gegadigden voor de concessie zijn geweest. Bovendien wordt de inhoud van de concessie door de gewijzigde gunningssystematiek wezenlijk anders. Het stond de aanbestedende dienst niet vrij een dergelijke ingrijpende wijziging zo kort voor de sluiting van de inschrijftermijn door te voeren.<sup>48</sup>

Het toekennen van een hoger aantal punten voor een gunningscriterium in de nota van inlichtingen moet worden beschouwd als een wijziging van de gunningscriteria. Het is volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht in beginsel mogelijk om vóór het verstrijken van de termijn van

---

45 Vz. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677. In deze procedure was sprake van een vrijwillige aanbesteding. Het opnemen van zeven doelstellingen is onvoldoende om te kunnen spreken van duidelijk omschreven gunningscriteria. Ook was niet duidelijk gemaakt welk gewicht aan de opgesomde doelstellingen werd toegekend.

46 O.a. Hof Den Bosch 17 januari 2012, LJN: BV1472.

47 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann). Hierin is (kort samengevat) bepaald dat indien een inschrijver onvolkomenheden, tegenstrijdigheden, gebreken of onvolledigheden aantreft, hem wordt verzocht daarvan zo spoedig mogelijk melding te maken en dat anders nadien daarop geen beroep meer kan worden gedaan.

48 Vz. Rb. Den Haag 27 maart 2012, LJN: BW0018. Een andere uitspraak over een aanbesteding op grond van de Wp2000 waarin het transparantiebeginsel aan de orde is, is Vz. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV3091.

inschrijving de in het bestek bekendgemaakte gunningscriteria nog te wijzigen. Een voorwaarde hiervoor is wel dat de wijziging tijdig aan alle potentiële inschrijvers bekend is gemaakt, zodat zij hun inschrijving hierop hebben kunnen aanpassen.<sup>49</sup>

Uit het eerdergenoemde koffiearrest kan wellicht een strengere lijn worden afgeleid. Hierin oordeelt het Hof van Justitie namelijk dat met de nadere inlichtingen over het bestek en de aanvullende stukken weliswaar bepaalde verduidelijkingen kunnen worden aangebracht en inlichtingen worden verstrekt, maar dat langs deze weg niet de betekenis kan worden gewijzigd van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht (waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria) zoals die in het bestek zijn geformuleerd en waarop de belanghebbende marktdeelnemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing, een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien.<sup>50</sup>

#### 3.4 AFSLUITING

Jurisprudentie over het transparantiebeginsel is casuïstisch en met name afkomstig van kort gedingrechters. Deze jurisprudentie kleurt de door het Hof van Justitie en de Hoge Raad gegeven uitgangspunten steeds concreter in. De belangrijkste uitspraken uit 2012 zijn ongetwijfeld het arrest van de Hoge Raad van 7 november 2012<sup>51</sup> en het Noord-Hollandse koffiearrest van het

---

49 Volgens de aanbestedende dienst was aan deze voorwaarde is voldaan, omdat de nota van inlichtingen via ProjectNed bekend was gemaakt aan de 16 ondernemingen die zich naar aanleiding van de publicatie van de aanbesteding in het Publicatieblad bij ProjectNed hadden geregistreerd en het Beschrijvend document hadden gedownload. Deze ondernemingen hebben via ProjectNed een melding gekregen van het uitbrengen van de nota van inlichtingen en hebben deze kunnen downloaden en inzien. De Vz. overweegt dat in dit geval als potentiële inschrijvers moeten worden beschouwd de 16 ondernemingen die zich naar aanleiding van de publicatie van de aanbesteding bij ProjectNed hebben geregistreerd en het Beschrijvend document hebben gedownload. Nu de nota van inlichtingen op 10 september 2012 ter kennis is gebracht van de potentiële inschrijvers en de inschrijvingen uiterlijk op 21 september 2012 konden worden ingediend, moet worden geoordeeld dat de aanbestedende dienst de wijziging van de gunningscriteria tijdig aan hen bekend heeft gemaakt. Als potentiële inschrijvers zich na registratie bij ProjectNed weer hebben uitgelogd en daardoor geen melding van het verschijnen van de nota van inlichtingen hebben ontvangen, komt dit voor risico van deze ondernemingen, nu zij bekend moeten worden geacht met het feit dat in de loop van de aanbestedingsprocedure nog een nota van inlichtingen volgt die van belang kan zijn voor hun keuze om al dan niet op de aanbesteding in te schrijven (Vz. Rb. Utrecht 16 november 2012, LJN: BY3469).

50 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, r.o. 54-56. Zie F.A. van den Assem en M. van Berlo, 'Gebruik van keurmerken bij aanbestedingen', *TBR* 2012/106.

51 HR 7 december 2012, LJN: BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en HR 7 december 2012, LJN: BW9233.

Hof van Justitie.<sup>52</sup> Hierna zal ik proberen enkele algemene lijnen te schetsen zoals deze volgen uit de uitspraken uit 2012 voor zover deze betrekking hebben op de transparantievereisten die 'vooraf' in acht moeten worden genomen.

Allereerst is van belang dat het transparantiebeginsel (en het gelijkheidsbeginsel) dienen om de mededinging te bevorderen. Eisen (zowel selectie- en gunningscriteria en uitsluitingsgronden, maar ook technische specificaties) die de kansen van (potentiële) inschrijvers beïnvloeden, creëren een risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst en kunnen in strijd met het transparantiebeginsel zijn.

Alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure moeten in de aanbestedingsdocumentatie worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Ook in het aanbestedingsrecht wordt bij de uitleg van de eisen uit de aanbestedingsdocumentatie de CAO-norm gehanteerd. Eisen worden uitgelegd naar objectieve maatstaven binnen de context van alle aanbestedingsdocumentatie. Een aanbestedende dienst mag wel gebruik maken van de gedetailleerde specificaties van een milieukeur, maar niet van een milieukeur als zodanig. Een eis waar maar twee partijen aan kunnen voldoen leidt tot een te beperkte toegang tot de opdracht. Als er een tegenstrijdigheid in de bekendmaking staat die geïnteresseerden er mogelijk van heeft weerhouden om in te schrijven, moet de aanbestedingsprocedure worden ingetrokken. Als iets niet expliciet uit de aanbestedingsstukken volgt, zal onderzocht moeten worden of datgene op grond van hetgeen in de aanbestedingsdocumenten is vermeld voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver desalniettemin duidelijk diende te zijn. Met (gebrek aan) ervaring van de inschrijvers kan geen rekening worden gehouden. Ook kan geen rekening worden gehouden met eventuele bij de aanbestedende dienst aanwezige kennis over het voldoen aan (bepaalde) eisen door een inschrijver of met kennis en ervaring uit het verleden. Wel kan een rol spelen wat gebruikelijk is in de branche waar de opdrachtverlening betrekking op heeft. Het beoordelen van een presentatie of een gebruikerstest is naar zijn aard subjectief. Deze criteria kunnen toch deugdelijke criteria zijn, mits deze voldoende verband houden met de uitvoering van de opdracht. Wel speelt daarbij een rol of de beoordeling wordt uitgevoerd door deskundigen. Als in een kort geding wordt betoogd dat een criterium in strijd is met het transparantiebeginsel kan ook van belang zijn of de inschrijver vragen heeft gesteld in de inlichtingenprocedure. Als dit niet het geval is dan kan geoordeeld worden dat dit voor risico van de inschrijver komt. Het is in beginsel niet mogelijk om kort voor het verstrijken van de inschrijftermijn nog wezenlijke wijzigingen in de aanbestedingsdocumentatie aan te brengen. Een wijziging moet tijdig aan alle potentiële inschrijvers bekend worden gemaakt, zodat zij hun inschrijving hierop kunnen aanpas-

---

52 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10. Zie F.A. van den Assem en M. van Berlo, 'Gebruik van keurmerken bij aanbestedingen', *TBR* 2012/106.

sen. Daarbij kan van belang zijn of het document (bijvoorbeeld de nota van inlichtingen) door alle geïnteresseerden is gedownload.

In het volgende deel van dit artikel zal worden ingegaan op de transparantieverplichtingen die 'tijdens' en 'na' de aanbestedingsprocedure gelden.

## 4 | Op naar een transparant(er) 2013 (deel 2); een overzicht van één jaar transparantierechtspraak<sup>1</sup>

### 4.1 INLEIDING

Dit is een overzichtsartikel in twee delen van alle uitspraken die door Nederlandse rechters en het Hof van Justitie van de Europese Unie in 2012 zijn gedaan over het transparantiebeginsel in aanbestedingsprocedures.<sup>2</sup> Het transparantiebeginsel heeft in essentie als doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het beginsel moet gedurende de gehele aanbestedingsprocedure in acht worden genomen: vooraf, tijdens en erna. Vooraf dient de aanbestedende dienst alle voorwaarden en modaliteiten vast te leggen. Deze moeten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Tijdens de procedure moet de aanbestedende dienst nagaan of de offertes beantwoorden aan de gestelde criteria. Nadat de voorlopige gunningbeslissing is genomen moet de rechter kunnen toetsen of de aanbestedende dienst aan het transparantiebeginsel heeft voldaan.<sup>3</sup> Deze driedeling is ook terug te vinden in de jurisprudentie van het afgelopen jaar en dit artikel is daarom ook volgens deze driedeling opgebouwd. In het eerste deel is ingegaan op de definitie en reikwijdte van het beginsel en op de transparantie die 'vooraf' in acht moet worden genomen. In dit tweede deel zal worden ingegaan op de transparantieverplichtingen die 'tijdens' en 'na' de aanbestedingsprocedure gelden.

### 4.2 TRANSPARANTIE TIJDENS DE PROCEDURE: DE BEOORDELING VAN DE OFFERTES

De aanbestedende dienst moet het relatieve gewicht van de (sub)gunningscriteria specificeren in de aanbestedingsstukken, bijvoorbeeld door middel van een marge, maar wanneer volgens de aanbestedende dienst om aantoonbare

---

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *TBR* 2013/41. De inhoud ervan is afgerond op 9 januari 2013.

2 Gezocht is op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) en [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) op alle uitspraken die tussen 1 januari 2012 en 31 december 2012 zijn gepubliceerd en de woorden 'transparantie\*' of 'doorzichtigheid\*' bevatten.

3 Zie ook de Interpretatieve mededeling van de Europese 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).

redenen geen weging mogelijk is, kan worden volstaan met vermelding van de (sub)gunningscriteria in afnemende volgorde van belangrijkheid.<sup>4</sup> Door bij de beoordeling nieuwe (sub)gunningscriteria te introduceren, in de aanbestedingsstukken genoemde (sub)gunningscriteria te wijzigen en niet vooraf bekendgemaakte wegingsfactoren te hanteren wordt in strijd gehandeld met onder meer het transparantiebeginsel. Inschrijvers hebben immers met deze manier van beoordelen van de gemeente bij de opstelling van hun aanbieding geen rekening kunnen houden en de gemeente heeft bovendien de uitkomst naar haar hand kunnen zetten.<sup>5</sup>

Hierna wordt ingegaan op de jurisprudentie over de rol die het transparantiebeginsel speelt bij het beoordelen van de offertes door de aanbestedende dienst. Onder meer wordt ingegaan op de vraag wanneer sprake is van nieuwe criteria of de wijziging van een ingediende inschrijving en de rol van beoordelingscommissies.

#### 4.2.1 Wanneer is sprake van nieuwe criteria?

Het duiden en waarderen van concrete verschillen tussen aanbiedingen van inschrijvers heeft niet automatisch het introduceren van nieuwe gunningscriteria tot gevolg. Hiervan is slechts sprake als een inschrijver een bepaalde (concrete) toepassing van de gunningscriteria niet behoefde te verwachten en die (concrete) toepassing van de gunningscriteria – als zij vooraf bekend was geweest – ook tot andere aanbiedingen had geleid.<sup>6</sup>

Zoals gesteld is het volgens een aantal voorzieningenrechtters mogelijk om de geschiktheidseisen te wijzigen mits de wijziging door bekendmaking in de nota van inlichtingen, voordat de inschrijvingstermijn was verlopen, voor alle gegadigden kenbaar was. Daarbij is van belang of de aanbestedende dienst heeft kunnen nagaan dat de nota van inlichtingen door alle geïnteresseerden is gedownload, bijvoorbeeld doordat de offerteaanvraag via de aanbestedingskalender ter beschikking is gesteld. In dat geval is niet aannemelijk dat een van de inschrijvers nadelig beïnvloed zou kunnen zijn omdat allen hun inschrij-

---

4 Artikel 54 Bao, 56 Bass en 2.115 Aanbestedingswet 2012.

5 Vz. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760. De Vz. oordeelt verder dat het niet van belang is dat het bij de gemeente een bekende en gangbare manier van beoordelen is, omdat aan de inschrijvers deze manier niet bekend was gemaakt, hetgeen afdoet aan de transparantie die inschrijvers in staat moet stellen om bij het opstellen van hun aanbiedingen rekening te houden met het beoordelingskader.

6 Vz. Rb. Amsterdam 7 juni 2012, LJN: BW7787 en Vz. Rb. Amsterdam 21 februari 2012, LJN: BV8489.

vingen op basis van dezelfde (deels aangepaste) gunningscriteria hebben kunnen baseren.<sup>7</sup>

#### 4.2.2 Aantonen geschiktheid door de inschrijver

Mede uit het oogpunt van transparantie en gelijke behandeling is niet van belang of een inschrijver op zichzelf voldoet c.q. kan voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen en dat de aanbestedende dienst daarmee bekend is, dan wel kan zijn. Cruciaal is dat de inschrijver door middel van de door hem opgevoerde referentie(s) aantoont dat hij aan de eisen voldoet. Dit impliceert dat geen rekening kan worden gehouden met eventuele bij de aanbestedende dienst aanwezige kennis over het voldoen aan (bepaalde) eisen door een inschrijver. Ware dat anders, dan zou de ene inschrijver daardoor kunnen worden bevoordeeld dan wel benadeeld ten opzichte van de andere(n). Het zal immers nooit zo zijn dat een aanbestedende dienst over (de vaardigheden van) alle inschrijvers evenveel kennis heeft. De aanbestedingsprocedure zou daardoor een ondoorzichtig geheel worden, hetgeen het aanbestedingsrecht nu juist tracht te voorkomen.<sup>8</sup>

Ook een betoog van een inschrijver dat aanbestedende diensten tot nu toe altijd genoegen namen met een bepaalde verklaring, slaagt niet. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem oordeelt dat het transparantie- en gelijkheidsbeginsel met zich brengen dat ervaringen uit het verleden niet meetellen. Juist om favoritisme uit te bannen draait het om wat kenbaar had moeten zijn uit de aanbestedingsdocumenten.<sup>9</sup>

#### 4.2.3 Geen wijziging of aanvulling van ingediende inschrijvingen

Algemeen uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste

---

7 Hiermee is volgens de Vz. sprake van een andere situatie dan in het Wienstrom-arrest (HvJ EG 4 december 2003, C-448/01) waarin het ging om nietigverklaring van een gunningscriterium nadat de inschrijvingen door de aanbestedende dienst waren geopend (Vz. Rb. Alkmaar 23 augustus 2012, LJN: BY1651).

8 Vz. Rb. Den Haag 30 augustus 2012, LJN: BX6099.

9 Vz. Rb. Arnhem 17 februari 2012, LJN: BV7084. Dit brengt ook mee dat de gemeente niet om nadere uitleg hoefde te vragen en daarmee de gelegenheid had moeten bieden om nog een verklaring toe te zenden die wel zou hebben voldaan.

rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>10</sup> kan in uitzonderlijke gevallen evenwel een uitzondering op het voormelde uitgangspunt worden gemaakt en kunnen inschrijvingen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Het verzoek van de aanbestedende dienst moet verder aan de volgende voorwaarden voldoen: (1) in de uitoefening van voormelde beoordelingsbevoegdheid moet de aanbestedende dienst de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen; (2) het verzoek om nadere toelichting mag slechts worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen; (3) het verzoek moet op vergelijkbare manier worden ingericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren, en (4) het verzoek moet alle punten van de inschrijving behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek.<sup>11</sup>

Als in de aanbestedingsdocumentatie over de planning van de aanbestedingsprocedure wordt gesteld dat deze door de aanbestedende dienst gewijzigd kan worden, dan staat het de aanbestedende dienst niet vrij om bij een wijziging van deze planning (het verschuiven van de ingangsdatum met twee maanden) inschrijvers de mogelijkheid te bieden hun inschrijvingen te wijzigen.

---

10 HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG), zie tevens B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2012/161. In dit arrest overweegt het Hof dat de niet-openbare aanbestedingsprocedure naar haar aard impliceert dat wanneer de selectie van de gegadigden heeft plaatsgevonden en hun inschrijving is ingediend, deze inschrijving in beginsel niet meer mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de gegadigde. Het beginsel van gelijke behandeling van de gegadigden en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting verzetten zich, in het kader van deze procedure, immers tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en de gegadigden. Een ander oordeel zou dit immers een risico opleveren dat het zou lijken alsof de aanbestedende dienst, in geval de inschrijving van die gegadigde uiteindelijk zou worden gekozen, over deze inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere gegadigden, en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. In uitzonderlijke gevallen kunnen de gegevens van de inschrijvingen gericht worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Het verzoek om nadere toelichting bij de inschrijving zou slechts mogen worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen. Dit verzoek dient bovendien, bij het ontbreken van een objectief controleerbare reden die een in dit opzicht verschillende behandeling van de gegadigden kan rechtvaardigen, op vergelijkbare manier te worden gericht aan alle ondernemingen die in dezelfde situatie verkeren, in het bijzonder wanneer de inschrijving hoe dan ook in het licht van andere aspecten moet worden afgewezen. Voorts dient het bedoelde verzoek alle punten van de inschrijving te behandelen die onnauwkeurig zijn of niet overeenstemmen met de technische specificaties van het bestek, zonder dat de aanbestedende dienst de inschrijving kan afwijzen wegens onduidelijkheid van een aspect ervan waarop dit verzoek geen betrekking had.

11 Het hof oordeelt in deze procedure dat sprake is van het herstel van twee kennelijke fouten in het inschrijvingsformulier (Hof Arnhem 7 augustus 2012, LJN: BX4609).

Nu de mogelijkheid dat de planning zou wijzigen al in de offerteaanvraag was voorzien, hadden de inschrijvers daarmee dus rekening moeten houden en had de aanbestedende dienst mogen aannemen dat de inschrijvers de eventueel daaraan verbonden extra kosten hebben verdisconteerd in hun (oorspronkelijke) prijs. Er was dan ook geen sprake van een nadere, eenvoudige, precisering van de inschrijvingen dan wel het rechtzetten van een kennelijke materiële fout die een wijziging van de inschrijvingen rechtvaardigde.<sup>12</sup>

De mogelijkheid om aanvullende informatie te vragen aan een inschrijver, kan onder omstandigheden ook verplicht zijn. Zo had de aanbestedende dienst ProRail in de aanbestedingsdocumenten onvoldoende duidelijk gemaakt dat al bij de inschrijving een CO2-bewustcertificaat van de onderaannemer moest worden gevoegd om in aanmerking te kunnen komen voor korting. Deze onduidelijkheid diende voor rekening en risico van ProRail te komen. Het had op de weg van ProRail gelegen om het certificaat alsnog op te vragen bij de inschrijver. ProRail zou hiermee niet in strijd met het concurrentiebeginsel en/of het transparantiebeginsel hebben gehandeld, te minder nu het ontbrekende document door een onafhankelijke instelling wordt afgegeven en de inschrijver daarop op geen enkele wijze invloed kan uitoefenen. Het alsnog opvragen van het certificaat kan niet worden aangemerkt als het voeren van onderhandelingen, maar slechts als een verduidelijking van haar inschrijving, teneinde de evaluatieprijs te kunnen berekenen. Dit mocht van ProRail worden verwacht, aangezien zij zelf verantwoordelijk is voor de gebleken onduidelijkheid.<sup>13</sup>

Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen of sprake is van een 'verginging', bijvoorbeeld als een verkeerd veld in het inschrijfdocument is ingevuld. Het Hof Den Haag oordeelde dat van de aanbestedende dienst niet mocht worden verlangd dat zij, toen zij bij de beoordeling van de inschrijving een resolutie aflas die afweek van de vereiste resolutie, keek (ook al was dat wellicht gemakkelijk te zien) of zich geen ongerijmdheden (in de weergegeven bijbehorende

---

12 Vz. Rb. Den Haag 13 september 2012, LJN: BX7357. Vgl. ook. Vz. Rb. Arnhem 24 januari 2012, LJN: BV3641, waarin wordt overwogen dat als de aanbestedende dienst alle inschrijvers vraagt om opnieuw in te schrijven het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden. Het geven van de gelegenheid aan de inschrijvers om hun inschrijving te wijzigen is in strijd met het aanbestedingsrecht. Het inhoudelijk wijzigen van de inschrijving na de sluitingstermijn is niet toegestaan. Het mogen aanpassen van een eventueel abnormaal lage prijs betekent immers dat inschrijvers die op grond van hun eerste aanbieding wellicht van verdere deelname uitgesloten moeten worden, in de herkansing dat kunnen voorkomen. Dat houdt het risico van favoritisme of willekeur bij de gunning in, omdat de aanbestedende dienst het er op deze wijze naar toe kan leiden dat de inschrijver van zijn voorkeur alsnog de inschrijver wordt met de beste inschrijving aan wie gegund moet/kan worden. Het kan ook overigens nadelig zijn voor inschrijvers die wel meteen een reële aanbieding hebben gedaan. Hun kans op gunning is immers groter als één of meer andere inschrijvers van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure worden uitgesloten. Het houden van een tweede inschrijfronde is dan ook strijdig met het gelijkheidsbeginsel.

13 Vz. Rb. Utrecht 7 september 2012, LJN: BX6236.

afmetingen) voordeden en dat zij vervolgens onderzocht of niet toch de juiste resolutie was geleverd. Evenmin mocht van haar worden verwacht dat zij bij de inschrijver, een zittende opdrachtnemer, navraag deed naar de ppi-waarde, haar nadere documentatie vroeg of haar de gelegenheid gaf opheldering te verschaffen. Dat alles is, volgens het Hof, in strijd met het in acht te nemen transparantie- en gelijkheidsbeginsel, waarmee elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen.<sup>14</sup>

De voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) hanteert een vergelijkbare toets in een procedure naar aanleiding van concessieverlening op grond van de Wp2000. Het CBB overweegt dat wijziging van een gedane inschrijving niet is toegestaan, aangezien dat leidt tot strijd met het beginsel van gelijke behandeling en afbreuk zou doen aan de doorzichtigheid van de procedure. Een brief die slechts ter verduidelijking diende van een niet voor tweeërlei uitleg vatbare inschrijving mocht worden geaccepteerd. Ook het alsnog ondertekenen van een conceptovereenkomst is toegestaan mits deze (behoudens de alsnog geplaatste handtekeningen) identiek is aan de versie die bij de inschrijving is overgelegd. De kansen van de andere inschrijvers zijn niet beïnvloed en de mededinging is niet geschaad.<sup>15</sup>

#### 4.2.4 Beoordelingscommissie

Voor het beoordelen van de inschrijvingen wordt vaak gebruik gemaakt van beoordelingscommissies. Het transparantiebeginsel gaat niet zo ver dat de samenstelling van een technische beoordelingscommissie van tevoren bekend moet zijn. De enkele omstandigheid dat de samenstelling van de beoordelingscommissie pas achteraf bekend is gemaakt, is ontoereikend om de conclusie

---

14 Hof Den Haag 21 februari 2012, LJN: BV6808.

15 Naar het oordeel van de Vz. is die omstandigheid overigens een 'conditio sine qua non' voor de toelaatbaarheid van de geboden herstelkans, aangezien anders – ook al zou Arriva verder geen wijziging in haar inschrijving hebben aangebracht – toch sprake zou zijn van een wijziging van de inschrijving. Immers, niet valt uit te sluiten dat het realiteitsgehalte van de door een inschrijver op het standaardformulier F19 opgenomen prijzen voor de Optie(s) Duurzame Brandstoffen, en daarmee de beoordeling van die optie(s) in de inschrijving, in belangrijke mate wordt beïnvloed door de inhoud van de conceptovereenkomst met de leverancier van die brandstoffen. Gelet hierop deed zich voor Arriva als gevolg van het ontbreken van de handtekeningen van de contractpartners niet daadwerkelijk de mogelijkheid voor om na de inschrijving nog verder met de leverancier van de brandstof te onderhandelen. Evenmin is sprake geweest van een situatie waarin het ontbreken van handtekeningen op de conceptovereenkomst voor Arriva een geoorloofde reden had kunnen vormen haar inschrijving ongedaan te maken. Geconcludeerd wordt dat verweerder door het bieden van de mogelijkheid de conceptovereenkomst alsnog te (laten) ondertekenen de kansen van de andere inschrijvers niet heeft beïnvloed en de mededinging niet heeft geschaad (Vz. CBB 25 juli 2012, LJN: BX3086). Het CBB wijst in de uitspraak op de arresten van het HvJ EU van 29 maart 2012, C-599/10 (SAG), 22 januari 1993, C-243/89 (Storebaelt) en 25 april 1996, C-87/94 (Waalse Bussen).

te dragen dat de aanbestedingsprocedure onvoldoende transparant is geweest. Hierbij is van belang dat het voor alle inschrijvers duidelijk was dat een ter zake deskundige te achten technische beoordelingscommissie zou worden geformeerd en dat deze de in de inschrijvingsleidraad omschreven kwalitatieve (sub)criteria zou beoordelen.<sup>16</sup> Het is volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht geen vaste jurisprudentie dat de enkele omstandigheid dat de samenstelling van de technische beoordelingscommissie niet vooraf, maar pas achteraf, is bekendgemaakt, ertoe leidt dat een aanbestedingsprocedure onvoldoende transparant is.<sup>17</sup>

Een aanbestedende dienst moet ook met gebruikmaking van haar eigen medewerkers en interne deskundigheid tot een deugdelijke beoordeling van de inschrijvingen kunnen komen. Er bestaat geen verplichting om externe personen in dit proces te betrekken.<sup>18</sup>

#### 4.3 TRANSPARANTIE ACHTERAF: MOTIVERING, DE TOETSING DOOR DE RECHTER EN DE WEZENLIJKE WIJZIGING

Ook nadat de aanbestedende dienst de (voorlopige) gunningsbeslissing heeft genomen, speelt het transparantiebeginsel nog een rol. Dit is met name van belang als de rechtmatigheid van de opdrachtverlening wordt betwist. Zelfs nadat de overeenkomst is gesloten, kan het transparantiebeginsel van belang zijn, namelijk in het geval de gesloten overeenkomst wezenlijk wordt gewijzigd. Hierna wordt in het bijzonder ingegaan op de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst en de (on)mogelijkheden om de gesloten overeenkomst alsnog te wijzigen. Daarnaast wordt ingegaan op de (wijze van) toetsing door de rechter en de vraag wat de gevolgen zijn van een geslaagd beroep op het transparantiebeginsel.

---

<sup>16</sup> Vz. Rb. Utrecht 1 augustus 2012, LJN: BX3372.

<sup>17</sup> In de uitspraak wordt gewezen op een Amsterdamse uitspraak waarin in het kader van de beoordeling van de vraag of het in die zaak aan de orde zijnde gunningscriterium te onduidelijk was geformuleerd, werd meegewogen dat bij geen van de inschrijvers vooraf bekend was gemaakt welke personen in de beoordelingscommissie zaten en op welk terrein deze personen als deskundige konden worden aangemerkt, terwijl deze personen volledig vrij waren om een score toe te kennen (Vz. Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, LJN: BR6264).

<sup>18</sup> De Vz. stelt voorop dat een aanbestedende dienst ook met gebruikmaking van haar eigen medewerkers en interne deskundigheid tot een deugdelijke beoordeling van de inschrijvingen moet kunnen komen. Er bestaat geen verplichting om externe personen in dit proces te betrekken. De Vz. stelt wel dat op zichzelf voorstelbaar is dat een inschrijver onder omstandigheden er belang bij heeft de namen te weten van diegenen die de beoordeling hebben uitgevoerd, maar dat in dit concrete geval de inschrijver (Stadsmobiel) dan 'eerder aan de bel had moeten trekken'. Alleen in geval Stadsmobiel zou beschikken over sterke aanwijzingen van willekeur of favoritisme zou in deze fase van de aanbestedingsprocedure nog geëist kunnen worden dat de namen van de beoordelaars en de individuele beoordelingen zouden worden vrijgegeven. Van dergelijke sterke aanwijzingen is in dit geval niet gebleken (Vz. Rb. Amsterdam 7 juni 2012, LJN: BW7787).

#### 4.3.1 Motiveringsplicht

De motiveringsplicht van de aanbestedende dienst is nu nog wettelijk verankerd de Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden (Wira).<sup>19</sup> Ook deze wet zal vervallen met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012.<sup>20</sup> Op grond van de Aanbestedingswet 2012 moet de mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere inschrijver de relevante redenen bevatten voor die beslissing. Onder relevante redenen wordt in ieder geval verstaan de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de winnende inschrijver.

In het eerdergenoemde arrest van 7 december 2012 gaat de Hoge Raad ook in op de motiveringsplicht van artikel 6 lid 1 Wira. Dit artikellid dient volgens de Hoge Raad zo te worden uitgelegd dat een latere aanvulling van de daarin bedoelde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is. Een uitzondering kan echter gerechtvaardigd zijn in het geval van door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden. Artikel 6 lid 1 Wira verzet zich er niet tegen dat in de kennisgeving vermelde redenen door de aanbestedende dienst later nader worden toegelicht, maar deze mogelijkheid vindt haar begrenzing daar waar in feite sprake is van het aanvoeren van nieuwe redenen. Een van de overwegingen van de Hoge Raad is dat de uitleg dat in beginsel een gunningsbeslissing aanstonds volledig moet zijn gemotiveerd, beter strookt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Deze beginselen verlangen immers dat door de motivering aan de overige inschrijvers voldoende inzicht wordt gegeven in de relevante redenen die aan de beslissing ten grondslag liggen om zich geïnformeerd te kunnen beraden op eventueel daartegen – in of buiten rechte – te ondernemen stappen.<sup>21</sup> In eerdere jurisprudentie van rechtbanken werd geoordeeld dat ook na de gunningsbeslissing – zelfs ter zitting – nog een aanvullende motivering kan worden gegeven.<sup>22</sup> Wel werd een motivering ter zitting onzorgvuldig geacht, hetgeen consequenties had voor de proceskostenveroordeling.<sup>23</sup> In 2013 zal blijken of het arrest van de Hoge Raad tot gevolg heeft dat vaker wordt geoordeeld dat een aanvullende motivering te laat is.

De motivering van de gunningsbeslissing gaat niet zover dat er gegevens openbaar gemaakt zouden moeten worden die de rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers kunnen schaden.<sup>24</sup>

---

19 Artikel 6 Wira.

20 Artikel 2.103 en 2.130 Aanbestedingswet 2012.

21 HR 7 december 2012, LJN: BW9231, TBR 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen.

22 O.a. Vz. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549, LJN: BX3550 en LJN: BX3551. Zie tevens Vz. Rb. Den Haag 11 mei 2012, LJN: BW6061.

23 Vz. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163.

24 Volgens de Vz. Rb. Almelo was het overleggen van een scoringstabel voldoende. In die tabel stond per (aspect van het) selectie criterium vermeld wat het aantal toegekende punten was en wat de eindscore was. De uitkomst van de beoordeling van het selectie criterium

Bij sommige aanbestedingsprocedures vindt er na de voorlopige gunning nog een verificatieprocedure plaats. In dat geval wordt de keuze van de winnende inschrijving in eerste instantie gebaseerd op een eigen verklaring. Na de voorlopige gunning worden bij de voorlopige winnaar nadere bewijsmiddelen opgevraagd om te verifiëren of daadwerkelijk wordt voldaan aan de in het bestek gestelde eisen. Indien gekozen wordt voor een dergelijke verificatieprocedure én voor een relatieve beoordelingssystematiek dan verdient het aanbeveling om in de aanbestedingsdocumentatie aandacht te besteden aan de gevolgen van een negatieve uitkomst van de verificatieprocedure. Bij een relatieve beoordelingssystematiek worden de inschrijvingen ten opzichte van elkaar beoordeeld. De vraag is dan of als de inschrijving van de voorlopige winnaar na de verificatie alsnog ongeldig wordt verklaard alle overige inschrijvingen opnieuw (relatief) moeten worden beoordeeld of niet. Het Hof Arnhem heeft geoordeeld dat uit de beginselen van het aanbestedingsrecht niet als regel voortvloeit dat een (na verificatie gebleken) ongeldige inschrijving geen rol mag spelen in de beoordeling van de resterende inschrijvingen. Bij gebreke van zo'n algemene regel geldt volgens het Hof dat als de gemeente in dergelijke situaties had willen kiezen voor herberekening van de scores van de overblijvende inschrijvers, zij dit in de offerte tot uitdrukking had moeten brengen. Bij de uitleg van de offerte dient het transparantiebeginsel immers in acht te worden genomen. Als een offerte geen regeling heeft voor herberekening van de scores van de na verificatie overblijvende inschrijvers is voor een herberekening geen ruimte. Dit klemt volgens het Hof temeer als de vraag wie er bij drie gegadigden als eerste, tweede of derde uit de bus komt, anders kan uitpakken dan bij twee gegadigden doordat de gemeente een gunningssystematiek hanteert waarbij de beste inschrijver op een bepaalde wens de maximale score van 10 punten ontvangt, de inschrijver die het slechtste scoort 1 punt ontvangt en de overige inschrijvers een score daartussen in. Als deze systematiek wordt toegepast op twee inschrijvers, leidt dat er toe dat een inschrijver uitsluitend de score 1 of 10 kan halen, ongeacht het verschil tussen beide inschrijvers.<sup>25</sup>

---

'referentieprojecten' was daarmee voldoende transparant. Verdere openbaarmaking van de gegevens kon van de gemeente niet worden verlangd, omdat deze gegevens volgens de voorzieningenrechter bedrijfsgevoelige informatie betreffen, waardoor openbaarmaking afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers (Vz. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7664 en LJN: BW7541).

25 Bij de uitleg van de offerte moet acht worden geslagen op de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van, in beginsel, alle aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld. De bedoelingen van de aanbestedende dienst zijn daarbij dus niet van belang, tenzij deze bedoelingen uit de aanbestedingsdocumenten en de toelichting kenbaar zijn. Hof Arnhem 9 oktober 2012, LJN: BX9806. Zie over deze 'rangordeparadox' ook T.H. Chen, 'Eerst offertes beoordelen en dan geschiktheid vaststellen? – een riskante vernieuwing', *TBR* 2012/199, waarin onder meer betoogd wordt dat het arrest van het Hof in strijd is met HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89 (Storebaelt).

Het transparantiebeginsel heeft tevens ten doel dat het besluit controleerbaar is. In een aanbesteding door het Kadaster was hier niet aan voldaan. Aan de hand van de toegekende punten in combinatie met de toelichting die het Kadaster heeft gegeven, kon niet worden gecontroleerd of de subgunningscriteria op een juiste wijze waren toegepast. Het Kadaster had ook niet toegelicht hoe de beoordelingscommissie tot de toekenning van de punten was gekomen, in het bijzonder met welke puntentoekenning de inschrijving van Fugro ten aanzien van de subgunningscriteria was gewaardeerd. De voorzieningenrechter oordeelt dat het Kadaster weliswaar een zekere beoordelingsvrijheid bij de puntentoekenning heeft, maar nu Fugro niet op de hoogte was of kon zijn van de wegingsfactoren ten aanzien van de subgunningscriteria en die wegingsfactoren, indien deze bij Fugro bij de voorbereiding van haar inschrijving bekend waren geweest, de voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, kan niet worden geoordeeld dat het Kadaster op objectieve en transparante wijze heeft gehandeld.<sup>26</sup>

Voorop staat dat voor aanbestedende diensten geldt dat zij een ruime vrijheid hebben bij de beoordeling van de inschrijvingen, maar dat als de beoordelingscriteria heel algemeen zijn geformuleerd, relatief hoge eisen mogen worden gesteld aan de kenbaarheid van de motivering van de beoordeling. In een aanbestedingsprocedure van de gemeente Bodegraven-Reeuwijk werd, volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag, in de aanbestedingsdocumentatie op geen enkele wijze toegelicht hoe de te vergeven punten zouden worden toegekend. Het lag daarom op de weg van de gemeente om voldoende duidelijk en inzichtelijk te motiveren waarom zij de ene inschrijver op een onderdeel meer punten heeft gegeven dan de andere inschrijver. De gemeente was daarin tekortgeschoten. Dit motiveringsgebrek raakt het gunningsvoornemen als zodanig, aangezien een andere waardering op deze onderdelen eenvoudig tot een andere uitkomst zou hebben kunnen leiden. Op grond van ter zitting verstrekte inlichtingen wordt aangenomen dat de gemeente niet in staat is het geconstateerde gebrek te herstellen door alsnog een toereikende motivering voor de voorgenomen beslissing te geven. De gemeente moet daarom haar gunningsvoornemen intrekken en tot herbeoordeling van de inschrijvingen overgaan. De vordering tot heraanbesteding wordt wel afgewezen, omdat niet geconcludeerd moet worden dat het niet mogelijk is om op basis van de aanbestedingsdocumentatie een rechtmatige aanbestedingsprocedure te voeren.<sup>27</sup>

Om de controleerbaarheid te waarborgen van de uitgevoerde beoordelingen dient inzichtelijk te worden gemaakt waarom een inschrijver per subgunningscriterium niet het maximum aantal te behalen punten toegekend heeft gekregen. Naast de verzending van een brief met motivering, kan in aanvulling daarop, ter bevordering van de transparantie, ook een nabespreking plaatsvin-

---

26 Vz. Rb. Zutphen 1 maart 2012, LJN: BW5058.

27 Vz. Rb. Den Haag 17 februari 2012, LJN: BV8342.

den waarbij bijvoorbeeld de door de respectieve beoordelaars gegeven puntenwaardering worden besproken met de inschrijver, zulks teneinde inzichtelijk te maken hoe de uiteindelijke waardering van de criteria is verlopen. Er rust geen aanbestedingsrechtelijke verplichting om afschriften van documenten met interne beoordelingsresultaten te verstrekken.<sup>28</sup>

#### 4.3.2 Toetsing door de rechter

Binnen de kenbaar gemaakte (sub)gunningscriteria heeft de aanbestedende dienst een zekere mate van beoordelingsvrijheid. Dit heeft tot gevolg dat het 'behoudens in geval van grove fouten en andere evidente misslagen niet aan de voorzieningenrechter is te treden in de beoordeling die het beoordelings-team van de provincie gegeven heeft aan de inschrijvingen'.<sup>29</sup>

In het kader van een private aanbesteding betoogde het kerkgenootschap dat de private aanbesteding organiseerde dat het haar vrij stond om het werk aan een ander te gunnen omdat er geen gunningscriterium van toepassing was. De voorzieningenrechter oordeelt dat het ontbreken van gunningscriteria niet met zich brengt dat het de aanbesteder geheel vrij staat te bepalen aan wie zij het werk wil opdragen. Als uitgangspunt geldt dat aanbestedende partijen een grote mate van vrijheid hebben bij het kiezen van de gunningscriteria, maar dat het transparantiebeginsel tegelijkertijd noopt tot een bekendmaking vooraf van de gunningscriteria, zodat toetsing van de procedure op objectieve naleving van de criteria mogelijk is.<sup>30</sup>

Enige mate van subjectiviteit is inherent aan de beoordeling van kwalitatieve criteria. Dit behoeft nog niet met zich te brengen dat sprake is van strijd met het transparantiebeginsel. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld, en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Voor het overige komt de

---

28 Vz. Rb. Den Haag 13 februari 2012, LJN: BV7746

29 Vz. Rb. Arnhem 13 juni 2012, LJN: BX3549, LJN: BX3550 en LJN: BX3551. Dat een aanbestedende dienst beoordelingsvrijheid heeft met inachtneming van het transparantiebeginsel volgt ook uit jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJ EU 24 april 2012, T-554/08). De Vz. Rb. Groningen stelt dat uitgangspunt is dat aanbesteders bij hantering van het gunningscriterium de economisch meest gunstige aanbieding een ruime beoordelingsmarge hebben bij de vergelijking van ingediende offertes, mits deze beoordeling is gebaseerd op objectieve en transparante criteria, die expliciet en uitputtend in de aankondiging of het bestek dienen te worden vermeld (Vz. Rb. Groningen 1 februari 2012, LJN: BV3104).

30 Vz. Rb. Leeuwarden 3 oktober 2012, LJN: BX9015.

rechter slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe wanneer het aankomt op de beoordeling van kwaliteitscriteria. Aan de aangewezen – deskundige – beoordelaars moet dienaangaande de nodige vrijheid worden gegund. Van de rechter kan niet worden verlangd dat hij specifieke deskundigheid bezit op het gebied van het onderwerp van de opdracht. Slechts indien sprake is van – procedurele dan wel inhoudelijke – onjuistheden, dan wel onduidelijkheden die zouden kunnen meebrengen dat de (voorlopige) gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.<sup>31</sup>

Als de aanbestedende dienst niet in redelijkheid tot de toekenning van een bepaalde puntenscore van een inschrijver heeft kunnen komen, kan er (ondanks dat een aanbestedende dienst een zekere mate van beoordelingsvrijheid heeft) aanleiding voor de voorzieningenrechter bestaan om in te grijpen. De voorzieningenrechter dient marginaal te toetsen of de door de aanbestedende dienst toegekende scores binnen haar beoordelingsvrijheid vallen en of de aanbestedingsprocedure op een correcte wijze is uitgevoerd. De voorzieningenrechter mag niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten, maar beoordeelt slechts of het resultaat van de beoordeling (de puntenscore plus motivering) van de inschrijving zijn grondslag vindt in de aanbestedingsstukken.<sup>32</sup>

In het kader van een terughoudende toets is van belang dat een gemeente het beoordelingsproces ten aanzien van objectiviteit en zorgvuldigheid voldoende heeft gewaarborgd, in casu door voor de beoordeling van de selectiecriteria gebruik te maken van een zevenhoofdige werkgroep die grotendeels bestaat uit externe leden (vijf vertegenwoordigers van de gebruikers van de nieuwbouw, de bouwkundig projectleider van de gemeente, de inkoopcoördinator van de gemeente en een extern bouwkundig adviseur). Bovendien was de beoordeling gebaseerd op een onderlinge vergelijking van de inschrijvingen. Dat staat er aan in de weg dat de voorzieningenrechter de beoordeling van de aanbestedende dienst overdoet.<sup>33</sup>

De grote mate van (beleids)vrijheid van de aanbestedende dienst heeft zowel betrekking op de inrichting van een aanbestedingsprocedure als het bepalen van de beoordelingssystematiek, mits daarbij de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht – waaronder het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel – in acht worden genomen.<sup>34</sup>

Terughoudendheid bij de rechter wanneer hij de aanbestedingsstukken moet uitleggen past niet (goed) nu het transparantiebeginsel ertoe verplicht dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke,

---

31 Vz. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894. De Vz. oordeelt dat aan de derde voorwaarde niet is voldaan.

32 Vz. Rb. Amsterdam 7 juni 2012, LJN: BW7787.

33 Vz. Rb. Almelo 4 juni 2012, LJN: BW7664 en LJN: BW7541.

34 Vz. Rb. Den Haag 16 oktober 2012, LJN: BY5239.

precieze en ondubbelzinnige wijze. De waarde die het Hof van Justitie aan het transparantiebeginsel hecht, verdraagt zich niet met een bescheiden rol voor de rechter in (Europese) aanbestedingsgeschillen. In een geval waarin de vraag of een inschrijver voldoet aan een eis een binair karakter (in die zin dat deze vraag slechts met ja of nee kan worden beantwoord) heeft, past die terughoudendheid in ieder geval minder dan in een geval waarin de rechter moet beoordelen of de aanbestedende dienst bij de toepassing van een gunningscriterium als economisch meest voordelige inschrijving, de juiste scores aan de verschillende inschrijvingen heeft toegekend.<sup>35</sup>

Ten slotte kan een besluit tot intrekking van een aanbestedingsprocedure gerechtvaardigd zijn, omdat het transparantiebeginsel dient ter controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling, en dit beginsel prevaleert boven de precontractuele goede trouw en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>36</sup>

#### 4.3.3 Ambtshalve aanvulling rechtsgronden

Als partijen geen (expliciet) beroep doen op het transparantiebeginsel wordt niet buiten het geschil getreden als de voorzieningenrechter de rechtsgronden aanvult.<sup>37</sup> Volgens het Hof Leeuwarden was geen sprake van schending van artikel 24 Rv. Op grond van artikel 25 Rv en het Europese arrest Wall<sup>38</sup> bestaat juist een verplichting om de bestekbepaling die het onderwerp vormde van het debat van partijen te toetsen aan het transparantiebeginsel.

#### 4.3.4 Wezenlijke wijziging

In 2012 is in meerdere uitspraken de vraag aan de orde geweest of zich na de gunning van de opdracht wezenlijke wijzigingen hebben voorgedaan die maken dat er in aanbestedingsrechtelijke zin een nieuwe opdracht is ontstaan die Europees aanbesteed moet worden. In onder meer de arresten Wall en

---

35 Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248.

36 Vz. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, LJN: BX2163.

37 Het Hof constateert dat de Vz., toen zij geconfronteerd werd met een bestekbepaling die in strijd was met het recht en waarvan de aanbestedende dienst Larcom zelf had aangegeven dat die anders gelezen moest worden dan wat er letterlijk stond, heeft geoordeeld dat Larcom het transparantiebeginsel had geschonden (Hof Leeuwarden 20 november 2012, LJN: BY3635).

38 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall A.G. / Stadt Frankfurt am Rhein), LJN: BM1484, NJ 2010/367. Zie tevens D.C. Orobio de Castro en B.J.H. Blaisse-Verkooyen, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht (2010-1)', *TBR* 2011/180.

Pressetext<sup>39</sup> is als uitgangspunt geformuleerd dat het wijzigen van bepalingen van de overeenkomst tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht kan zijn wanneer de wijzigingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. Het wezenlijk wijzigen van de opdracht na afloop van de aanbestedingsprocedure is in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel, omdat dit invloed zou kunnen hebben op de kring van gegadigden (potentiële inschrijvers).<sup>40</sup> Van een wezenlijke wijziging is sprake als: (1) een aanbesteder voorwaarden invoert, die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (a) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of (b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; (2) een aanbesteder de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of (3) een aanbesteder het economisch 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.<sup>41</sup> Ook bij een private aanbesteding worden de Pressetext-criteria analoog toegepast.<sup>42</sup>

---

39 HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (Wall AG) en HvJ EU 19 juni 2008, zaak C-454/06 (Pressetext). Zie tevens: J.M. Hebly, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *TBR* 2008/157 en J.G.J. Janssen en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht (2010-1)', *TBR* 2010/126.

40 Vz. Rb. Amsterdam 1 juni 2012, LJN: BX3758. De Vz. overwoog dat het wezenlijk wijzigen van de opdracht na afloop van de aanbestedingsprocedure in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel is, omdat dit invloed zou kunnen hebben op de kring van gegadigden (potentiële inschrijvers). Er is geen sprake van een wezenlijke wijziging als er geen nieuwe voorwaarden worden gesteld, de oorspronkelijke werkzaamheden niet worden uitgebreid en de aanneemsom niet is gewijzigd. In dit geval schreef het bestek niet voor met welke methode de geforceerde consolidatie moest plaatsvinden. Hieruit leidt de Vz. af dat de keuze met welke methode zal worden gewerkt aan de inschrijver is overgelaten. Dat achteraf wordt gekozen voor een andere methode kan dan ook niet worden aangemerkt als het achteraf wijzigen van een selectie criterium. Ook het wisselen van onderaannemer is geen wezenlijke wijziging, omdat niet is gebleken dat de keuze voor een specifieke onderaannemer beslissend zou zijn voor gunning.

41 Vz. Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050. In deze procedure was de ingangsdatum verplaatst. Bij de uitleg van de reikwijdte van de planning neemt de Vz. als uitgangspunt of een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de uitleg van de gemeente Amsterdam dat sprake is van een indicatieve planning kon verwachten. De Vz. constateert eerst dat geen sprake is van een wijziging waarin de aanbestedingsdocumentatie voorziet. De Vz. gaat vervolgens de overige criteria langs en concludeert dat het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld, indien de opdrachtnemer de mogelijkheid krijgt om vóór 1 januari 2013 uitvoering te geven aan de nieuwe overeenkomst.

42 Rb. Den Haag 3 oktober 2012, LJN: BY0155. De rechtbank oordeelt dat een 70%-voorverkoop voorwaarde een niet-toelaatbare wezenlijke wijziging oplevert.

Ook als een alternatieve wijze van uitvoering besteksconform is, kan er wel degelijk sprake zijn van een benadeling van de andere inschrijvers en wordt inbreuk op het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel gemaakt als het de winnende inschrijver wordt toegestaan het werk uit te voeren op een andere (en minder kostbare) wijze dan die waarmee hij had ingeschreven. Het uitgangspunt dat de gunning berust op een objectieve vergelijking van de verschillende inschrijvingen, wordt geweld aangedaan als het de winnende inschrijver wordt toegestaan na gunning te kiezen voor een andere wijze van uitvoering dan die waarmee hij heeft ingeschreven, welke andere wijze van uitvoering niet in de vergelijking van de verschillende inschrijvingen is betrokken of, indien zij daarin wel is betrokken, juist niet tot gunning aan de winnende inschrijver heeft geleid, in het geval dat deze ook met een op die andere werkwijze berustende variant heeft ingeschreven.<sup>43</sup>

Het transparantiebeginsel wordt niet geschonden door verlenging van een contractuele vervaltermijn. Het transparantiebeginsel gaat niet zover dat het zou verhinderen dat een aanbestedende dienst deze termijn verlengt. Wel vereist het gelijkheidsbeginsel in een dergelijk geval dat de verlenging geldt voor alle gepasseerde inschrijvers, zodat ook op procedureel vlak de gelijkheid tussen inschrijvers wordt gehandhaafd.<sup>44</sup>

In een uitspraak wordt niet alleen verwezen naar het Preettext-arrest, maar ook al naar de (toekomstige) codificatie daarvan in artikel 72 van de richtlijn 2011/0438 (COD)<sup>45</sup> van 20 december 2011.<sup>46</sup>

#### 4.3.5 Waar leidt een geslaagd beroep op het transparantiebeginsel toe?

In de door mij onderzochte uitspraken uit 2012 slaagde een groot aantal beroepen op het transparantiebeginsel niet. Ook werd een aantal eisers niet-ontvankelijk verklaard, omdat (onder verwijzing naar het Grossmann-arrest) de schending van het transparantiebeginsel te laat werd aangevoerd. Interes-

---

43 Aldus de AG in zijn conclusie bij HR 6 april 2012, LJN: BV6696. De HR verwerpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO. In dit geval was de vraag aan de orde of het gebruik van een ander damwandtype (AZ 12-770 in plaats van AZ 13) een besteksconforme oplossing zou zijn en of het toelaten van een dergelijk alternatief type product zou leiden tot een ongeoorloofde substantiële wijziging van de opdracht.

44 Hof Arnhem 30 oktober 2012, LJN: BY2248.

45 Voorstel voor een richtlijn 2011/0438 (COD) van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten (COM(2011) 896 definitief). Zie over dit voorstel tevens: B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, 'Voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 1)', *TBR* 2012/44.

46 Uitgangspunt is volgens de Vz. dat op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie de winnende inschrijver niet mag worden vervangen door een andere inschrijver zonder de opdracht opnieuw voor concurrentie open te stellen, tenzij deze mogelijkheid vooraf is ingebouwd in de aanbestedingsdocumenten en dat was hier niet het geval (Vz. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636 en BV1638).

sant is om te bezien wat de gevolgen zijn als wel wordt geconstateerd dat sprake is van schending van het transparantiebeginsel. In de uitspraak met het 'schoolvoorbeeld van een gebrek aan transparantie en duidelijkheid' verbood de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch de aanbestedende dienst om de opdracht te gunnen op basis van de gevolgde aanbestedingsprocedure en gebood de aanbestedende dienst, voor zover deze de opdracht alsnog zou wensen te gunnen, om de opdracht (met inachtneming van het vonnis) opnieuw aan te besteden.<sup>47</sup>

Een bevel tot gunning aan een specifieke inschrijver (de eiser in het geding) wordt zelden toegewezen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden overwoog in een procedure dat dit in strijd zou zijn met het aan het Nederlandse verbintenissenrecht ten grondslag liggende beginsel van contractsvrijheid.<sup>48</sup> Als er echter geen twijfel over mogelijk is dat de opdracht gegund had moeten worden aan de inschrijver die als tweede is geëindigd dan kan een vordering tot gunning onder omstandigheden worden toegewezen.<sup>49</sup>

Als een schending van het transparantiebeginsel heraanbesteding noodzakelijk maakt, kunnen slechts bijzondere belangen tot een ander oordeel leiden.<sup>50</sup> In aanvulling op een vordering tot heraanbesteding kan ook nog een dwangsom worden opgelegd. Dit wordt echter vaak achterwege gelaten gelet op de

---

47 Vz. Rb. Den Bosch 10 juli 2012, LJN: BX2394. Ook in andere procedures werd een vordering tot heraanbesteding toegewezen. O.a. Vz. Rb. Haarlem 14 juni 2012, LJN: BX0160, Vz. Rb. Zwolle 27 juni 2012, LJN: BW9819, Vz. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760 en Vz. Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, LJN: BR6264.

48 Vz. Rb. Leeuwarden 3 oktober 2012, LJN: BX9015. Vgl. Vz. Rb. Den Haag 25 juli 2012, LJN: BX3356.

49 Vgl. Vz. Rb. Den Haag 13 november 2012, LJN: BY5065 en Vz. Rb. Arnhem 3 februari 2012, LJN: BV6312. In Vz. Rb. Zwolle 12 november 2012, LJN: BY3162 werd de aanbestedende dienst verboden om de opdracht aan een ander te gunnen dan de eiser. Ook het Hof Arnhem (Hof Arnhem 9 oktober 2012, LJN: BX9806) oordeelde in een procedure dat een vordering om de aanbestedende dienst te gebieden de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen niet kon worden toegewezen omdat de te nemen gunningsbeslissing afhankelijk was van een nog te voeren verificatiebespreking met die inschrijver. De aanbestedende dienst werd wel verboden uitvoering te geven aan het voornemen tot gunning van de opdracht.

50 Vz. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN: BW5760 en Vz. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636 en BV1638. In die laatste uitspraak oordeelt de Vz. dat waar de Vz. oordeelt dat de aanbestedende dienst in strijd met het aanbestedingsrecht dreigt te handelen, respectievelijk handelt er in beginsel geen plaats is voor een belangenafweging, omdat een dergelijke belangenafweging ten koste gaat van een effectieve rechtsbescherming van de klagende inschrijver(s). Dit zou uitzondering kunnen lijden in het geval van bijzondere belangen. Het gestelde belang bij snelle afhandeling in verband met de oplopende kosten acht de voorzieningenrechter niet een bijzonder belang. Het belang van de veiligheid van de Nederlandse politiefunctaris zou onder omstandigheden een bijzonder belang kunnen zijn, maar meegedeeld was dat de veiligheid en operationele inzetbaarheid van de pistolen vooralsnog gegarandeerd is.

positie van de aanbestedende dienst die als overheidsinstantie geacht wordt rechterlijke oordelen volledig en onvoorwaardelijk na te leven.<sup>51</sup>

Een volledige heraanbesteding is niet altijd noodzakelijk. Relevant hierbij is de vraag in hoeverre het geconstateerde gebrek hersteld kan worden in de lopende procedure.<sup>52</sup> Een herbeoordeling van alle ingediende inschrijvingen kan onder omstandigheden afdoende zijn.<sup>53</sup> De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag oordeelde in een dergelijk geval wel dat die herbeoordeling niet mocht plaatsvinden door dezelfde beoordelingscommissie.<sup>54</sup> In de procedure waar een te beperkte eis was gesteld gebood de voorzieningenrechter de aanbestedende dienst om de uitgesloten offerte alsnog in behandeling te nemen zonder dat ten aanzien van die inschrijver de te beperkte geachte voorwaarde gold.<sup>55</sup> Ook een verbod om bepaalde stukken bij de beoordeling te betrekken is mogelijk,<sup>56</sup> evenals een verbod tot gunning totdat een inschrijver de mogelijkheid heeft gehad tot aanvulling van zijn inschrijving.<sup>57</sup> Bij een 'tijdelijke' schending van het transparantiebeginsel die inmiddels door de aanbestedende dienst was hersteld door alsnog de noodzakelijk informatie te verstrekken aan de inschrijvers, besloot de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam alle vorderingen af te wijzen.<sup>58</sup>

Het feit dat de aanbesteding niet goed verlopen is, kan in plaats van door heraanbesteding ook door een schadevergoeding ongedaan worden gemaakt. Die schadevergoeding moet een redelijke vergoeding betreffen voor de gemiste

---

51 Vgl. Vz. Rb. Maastricht 27 februari 2012, LJN: BV7037 en Vz. Rb. Zutphen 1 maart 2012, LJN: BW5058.

52 Vgl. Vz. Rb. Den Haag 14 augustus 2012, LJN: BX7535, waarin geconcludeerd werd dat er gegronde reden bestond om te twijfelen aan de geldigheid van de inschrijving die leidde tot de voorlopige gunningsbeslissing. Nader onderzoek hiernaar was nodig. De Vz. gebiedt de aanbestedende dienst om binnen 48 uur de voorlopige gunningsbeslissing in te trekken.

53 O.a. Vz. Rb. Den Haag 17 februari 2012, LJN: BV8342.

54 De Vz. voegt daar nog aan toe dat een nieuwe commissie zal moeten worden geformeerd. De leden daarvan dienen dezelfde achtergrond c.q. inhoudelijke kennis van de onderhavige materie te hebben als de 'oude' beoordelingscommissie. In beginsel is het aan de aanbestedende dienst om die commissie samen te stellen. De Vz. geeft echter aan dat de commissie – voor zover mogelijk – dient te bestaan uit personen die betrokken zijn geweest bij de gunning c.q. verstrekking van eenzelfde c.q. vergelijkbare opdracht in een andere regio/gemeente binnen de provincie Zuid-Holland (Vz. Rb. Den Haag 19 juni 2012, LJN: BW9894).

55 Vz. Rb. Arnhem 2 augustus 2012, LJN: BX7020.

56 De Vz. Rb. Den Haag concludeerde dat op grond van het transparantiebeginsel een brief van de aanbestedende dienst en de reacties daarop buiten beschouwing moesten blijven. De voorlopige gunningsbeslissing moest uitsluitend worden gebaseerd op de oorspronkelijk ingediende inschrijvingen. Niet in geschil was wie dan als winnaar uit de bus zou komen. Omdat de aanbestedende dienst voornemens was de opdracht ook definitief aan die partij te gunnen, werden alle vorderingen afgewezen (Vz. Rb. Den Haag 13 september 2012, LJN: BX7357). Zie ook Vz. Rb. Den Haag 27 maart 2012, LJN: BW0018, waarin het introduceren van een alternatieve gunningssystematiek kort voor de sluiting van de inschrijftermijn een verbod op gebruikmaking van die alternatieve gunningssystematiek tot gevolg had.

57 Vz. Rb. Utrecht 7 september 2012, LJN: BX6236.

58 Vz. Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN: BV3091.

kans om de opdracht te verwerven. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam achtte een verbod de voorgenomen overeenkomsten te sluiten op zijn plaats, tenzij een voorschot werd betaald op de te verwachten schadevergoeding.<sup>59</sup> In een andere bodemprocedure werd een verklaring voor recht gegeven dat niet conform de aanbestedingsregels was gehandeld en dat de gemeente aansprakelijk was voor de door die inschrijver geleden schade als gevolg van de onjuiste gunningsbeslissing.<sup>60</sup>

Ten slotte de gevolgen van een ontoelaatbare wezenlijke wijziging van een reeds gesloten overeenkomst; als de voorzieningenrechter constateerde dat sprake was van een wezenlijke wijziging dan leidde dit telkens tot de conclusie dat de er een nieuwe overheidsopdracht was ontstaan die op grond van het aanbestedingsrecht opnieuw moet worden aanbesteed.<sup>61</sup>

#### 4.4 AFSLUITING

Jurisprudentie over het transparantiebeginsel is casuïstisch en met name afkomstig van kort gedingrechters. Deze jurisprudentie kleurt door het Hof van Justitie en de Hoge Raad gegeven uitgangspunten steeds concreter in. De belangrijkste uitspraken uit 2012 zijn ongetwijfeld het arrest van de Hoge Raad van 7 november 2012<sup>62</sup> en het Noord-Hollandse koffiearrest van het Hof van Justitie.<sup>63</sup> Hierna zal ik proberen enkele algemene lijnen te schetsen zoals deze volgen uit de uitspraken uit 2012. In de afsluiting bij het eerste deel is al ingegaan op de transparantievereisten die 'vooraf' in acht moet worden genomen. Hierna wordt ingegaan op de transparantievereisten tijdens en na de aanbestedingsprocedure.

---

59 Vz. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, LJN: BX1677. De Vz. begroot het voorschot als volgt: 'Bij de gestelde personeelskosten van de portefeuille van Rochdale (€70.000) kan een jaarlijkse winst voor [X] worden geschat van €10.000. De opdracht zou worden verworven voor (bij de te verwachten verlengingen) drie jaar en zou dan ongeveer een drie keer zo grote omvang hebben.  $3 \times 3 \times 10.000 = 90.000$ . Rochdale heeft op die opdracht een kans van 1/3, nu er van de 9 inschrijvers 3 overblijven, aan wie een opdracht wordt gegund, zodat het berekende bedrag weer moet worden gedeeld door 3 om de waarde van de gemiste kans te verkrijgen. Het voorschot op de te vergoeden schade komt daarmee op €30.000. De partij die meent dat dit voorschot te hoog of te laag is in verhouding tot de werkelijk geleden schade door de gemiste kans, zal zich tot de rechter moeten wenden in een bodemprocedure, teneinde een aanvullende schadevergoeding te vorderen, dan wel het te veel betaalde terug te vorderen. Hiertoe zal echter geen verplichting in het dictum worden opgenomen.'

60 Rb. Utrecht 14 november 2012, LJN: BY5823.

61 Vgl. Vz. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN: BV1636 en BV1638 en Vz. Rb. Amsterdam 21 september 2012, LJN: BX9050.

62 HR 7 december 2012, LJN: BW9231, TBR 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en HR 7 december 2012, LJN: BW9233.

63 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10. Zie F.A. van den Assem en M. van Berlo, 'Gebruik van keurmerken bij aanbestedingen', TBR 2012/106.

Door bij de beoordeling nieuwe (sub)gunningscriteria te introduceren, in de aanbestedingsstukken genoemde (sub)gunningscriteria te wijzigen of niet vooraf bekendgemaakte wegingsfactoren te hanteren wordt in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel. Het duiden en waarderen van concrete verschillen tussen inschrijvingen heeft niet automatisch het introduceren van nieuwe gunningscriteria tot gevolg. Hiervan is slechts sprake als een inschrijver een bepaalde (concrete) toepassing van de gunningscriteria niet behoefde te verwachten en die (concrete) toepassing van de gunningscriteria – als zij vooraf bekend was geweest – ook tot andere aanbiedingen had geleid. Algemeen uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen. Een uitzondering wordt gemaakt voor het verbeteren of aanvullen van inschrijvingen als deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Ook bij een verzoek van een aanbestedende dienst om een dergelijke nadere toelichting moeten alle inschrijvers gelijk worden behandeld. De mogelijkheid om aanvullende informatie te vragen aan een inschrijver, kan onder omstandigheden ook verplicht zijn, bijvoorbeeld als sprake is van een onduidelijkheid in de aanbestedingsdocumentatie. Voor het beoordelen van de inschrijvingen wordt vaak gebruik gemaakt van beoordelingscommissies, maar er bestaat geen verplichting om externe personen bij het beoordelingsproces te betrekken. De samenstelling van een technische beoordelingscommissie hoeft niet van tevoren bekend te zijn. Een opdracht moet schriftelijk tot stand komen.

In de Wira is de motiveringsplicht van de gunningsbeslissing wettelijk verankerd. Een latere aanvulling van de relevante redenen van de beslissing is volgens de Hoge Raad in beginsel niet mogelijk. Een nadere toelichting is mogelijk, maar het aanvoeren van nieuwe redenen niet. In 2013 zal blijken of het arrest van de Hoge Raad tot gevolg heeft dat vaker wordt geoordeeld dat een aanvullende motivering te laat is gegeven. Er bestaat geen verplichting om informatie beschikbaar te stellen die de commerciële belangen van de inschrijvers zou kunnen schaden. Aanbestedende diensten hebben een grote mate van vrijheid bij het kiezen van de gunningscriteria, de inrichting van een aanbestedingsprocedure, het bepalen van de beoordelingssystematiek en het beoordelen van deze criteria. De voorzieningenrechter toetst terughoudend: behoudens in geval van grove fouten en andere evidente misslagen is het niet aan de voorzieningenrechter om te treden in de beoordeling die het beoordelingsteam van de provincie gegeven heeft aan de inschrijvingen. Bij deze terughoudende toets is van belang of een gemeente het beoordelingsproces ten aanzien van objectiviteit en zorgvuldigheid voldoende heeft gewaarborgd, bijvoorbeeld door een (externe) (deskundige) beoordelingscommissie. Deze terughoudendheid past echter niet als de aanbestedingsstukken moeten worden uitgelegd. Bij het beoordelen of de eisen zijn geformuleerd op een duidelijke,

precieze en ondubbelzinnige wijze past terughoudendheid niet. Als partijen geen (expliciet) beroep doen op het transparantiebeginsel wordt niet buiten het geschil getreden als de voorzieningenrechter de rechtsgronden aanvult.

In 2012 is in meerdere uitspraken de vraag aan de orde geweest of zich na de gunning van de opdracht wezenlijke wijzigingen hebben voorgedaan die maken dat er in aanbestedingsrechtelijke zin een nieuwe opdracht is ontstaan die Europees aanbesteed moet worden. Van een wezenlijke wijziging is sprake als: (1) een aanbesteder voorwaarden invoert, die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (a) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of (b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; (2) een aanbesteder de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of (3) een aanbesteder het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. Zo kan een alternatieve wijze van uitvoering, ook als deze besteksconform is, een wezenlijke wijziging vormen. Naast de Europese arresten Wall en Preettext speelt ook de (toekomstige) codificatie daarvan in artikel 72 van de richtlijn 2011/0438 (COD) een rol.

Ten slotte de consequenties van een schending van het transparantiebeginsel. In 2012 is een aantal vorderingen tot heraanbesteding toegewezen. Een bevel tot gunning wordt minder snel toegewezen, tenzij duidelijk is aan wie de opdracht gegund moet worden. In plaats van een heraanbesteding kan soms een herbeoordeling van de ingediende inschrijvingen afdoende zijn. Ook vervangende schadevergoeding behoort tot de mogelijkheden.

## 5 | Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen?<sup>1</sup>

### 5.1 INLEIDING

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

Er zijn het afgelopen jaar vele publicaties over het arrest verschenen.<sup>3</sup> Deze publicaties richten zich met name op de vraag onder welke voorwaarden het recht op vrij verkeer van diensten mag worden beperkt. In dit artikel wil ik mij richten op een andere vraag, namelijk wat dit arrest leert over de vraag op welke Nederlandse rechtsfiguren het 'Europese' transparantiebeginsel van toepassing zou kunnen zijn. In het arrest stelt het Hof over het vergunningstelsel van de Wks dat een Wks-vergunning dezelfde gevolgen heeft als de gevolgen van een 'concessieovereenkomst voor diensten', namelijk dat andere ondernemingen die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van de activiteit, niet meer voor vergunning- of concessieverlening in aanmerking komen. De transparantieplichting moet blijkens het arrest (ook) worden nagekomen als een lidstaat aan één ondernemer het 'exclusieve recht' wil verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Om de reikwijdte van het transparantiebeginsel te kunnen bepalen is van belang te bezien door middel van welke rechtsfiguren een dergelijk exclusief recht kan worden verleend. Blijkens het arrest is dit niet alleen het geval bij 'concessieovereenkomsten', maar ook bij 'vergunningen'. Deze rechtsfiguren hebben in het Europees recht en het Nederlandse (bestuurs)recht een eigen betekenis. Als de betekenis van dezelfde rechtsfiguren afhankelijk van de Europese of nationale context zou verschillen, kan dit tot

---

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *NALL* 2012, DOI 10.5553/*NALL*/.000007. De inhoud ervan is afgerond op 1 september 2012.

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

3 Een selectie wordt in paragraaf 5.2 genoemd.

begripsverwarring leiden. In dit artikel zal ik een aantal mogelijke knelpunten en oplossingen beschrijven.

Eerst zal ik een korte achtergrondschets geven van het Betfair-arrest (paragraaf 5.2). In paragraaf 5.3 wordt daarna ingegaan op de rechtsfiguur 'concessie' en het verlenen van 'exclusieve rechten'. Meer in het bijzonder zal ik achtereenvolgens ingaan op de 'opdracht' (5.3.2) en de 'concessie' (5.3.3). Daarna komen de verschillen tussen een opdracht en een concessie aan de orde (5.3.4). Vervolgens zal worden ingegaan op de begrippen 'exclusief recht' en 'uitsluitend recht' (5.3.5). In paragraaf 5.4 wordt ingegaan op de rechtsfiguur 'vergunning' en op de vraag of een vergunning onder omstandigheden als een concessie in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen kan worden aangemerkt. Door deze analyse kan worden gezien wat het Hof van Justitie in het Betfair-arrest bedoelt met een 'concessieovereenkomst' en 'vergunningstelsel'. De vervolgstap is dan om de conclusies van deze Europeesrechtelijke analyse te vertalen naar de Nederlandse rechtspraak. Hiertoe zal ik in paragraaf 5.5 ingaan op de vraag of de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) gewijzigd zouden moeten worden. In paragraaf 5.6 zullen ter illustratie een paar concrete Nederlandse vergunningstelsels worden beschreven waarmee een exclusief recht als bedoeld in het Betfair-arrest lijkt te worden verleend. Paragraaf 5.7 bevat een afronding.

## 5.2 HET BETFAIR-ARREST IN HET KORT

De Wks bepaalt dat aan één rechtspersoon vergunning kan worden verleend voor het organiseren van sportprijsvragen. Daarnaast kan er één vergunning worden verleend voor het organiseren van een totalisator.<sup>4</sup> Er is dus sprake van een gesloten vergunningstelsel. Er wordt slechts één vergunning afgegeven per toegestaan kansspel. De Stichting de Nationale Sporttotalisator, beter bekend als De Lotto, is sinds 1961 (!) vergunninghoudster voor de organisatie van sportprijsvragen, de lotto en het cijferspel. De vergunning voor het organiseren van een totalisator is verleend aan Scientific Games Racing BV (SGR).

Sporting Exchange Ltd, h.o.d.n. 'Betfair' is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk en biedt via internet en telefoon weddenschappen over sportevenementen en paardenrennen aan. Betfair wil haar diensten ook actief op de Nederlandse markt aanbieden en dient daarom twee vergunningaanvragen in. Deze aanvragen worden door de Minister van Justitie afgewezen met een verwijzing naar het gesloten vergunningstelsel van de Wks. Betfair heeft ook bezwaar gemaakt tegen de verlenging van de vergunningen aan De Lotto en SGR. De rechtbank Den Haag heeft op 8 december 2006 dit beroep van Betfair

---

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

(grotendeels) ongegrond verklaard.<sup>5</sup> In hoger beroep stelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 14 mei 2008 prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.<sup>6</sup> De eerste vraag is of het gesloten stelsel van de Wks in strijd is met artikel 49 EG-Verdrag. Het Hof oordeelde eerder dat beperking van het vrij verkeer van diensten, zoals neergelegd in artikel 49 EG-Verdrag, is toegestaan indien deze beperking kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. De doelstellingen om consumentenbescherming te waarborgen en om criminaliteit en gokverslaving te bestrijden, waarop het gesloten stelsel van de Wks is gefundeerd, kunnen volgens het Hof worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang. In beginsel is het éénvergunningstelsel van de Wks dus gerechtvaardigd. De vervolgvraag is dan of de verlenging van de Wks-vergunning, zonder oproep tot mededinging, een *geschikt en evenredig* middel vormt ter verwezenlijking van de hiervoor genoemde op dwingende redenen van algemeen belang gefundeerde doelstellingen. Daarbij is van belang dat onduidelijk was of de rechtspraak die het Hof had ontwikkeld over dienstenconcessies op het gebied van de kansspelen, ook van toepassing was op vergunningverlening. In deze eerdere rechtspraak heeft het Hof geoordeeld dat, hoewel concessieovereenkomsten voor diensten niet vallen binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen, de overheden die concessieovereenkomsten sluiten wel 'de fundamentele regels van het 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 transparantieverplichting', in acht moeten nemen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie, houdt deze transparantieverplichting 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, zonder noodzakelijkerwijs te impliceren dat een aanbesteding moet worden uitgeschreven.<sup>7</sup>

De Afdeling vroeg zich af of deze jurisprudentie over concessieovereenkomsten ook van toepassing zou zijn op het gesloten vergunningstelsel van de Wks. Het Hof oordeelt in antwoord op de prejudiciële vragen dat dit inderdaad het geval is: 'Dat de afgifte van één vergunning niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, kan er op zich geen rechtvaardiging voor vormen dat bij de verlening van een administratieve vergunning zoals aan de orde in het hoofdeding, de uit artikel 49 EG voortvloeiende vereisten, met

---

5 Rechtbank Den Haag 8 december 2006, LJN AZ6335.

6 ABRvS 14 mei 2008, LJN BD1483.

7 Aldus r.o. 39-41 van het Betfair-arrest, waarbij het Hof tevens verwijst naar haar eerdere arresten Telaustria (HvJ EU 7 december 2000, nr. C-324/98), Eurawasser (HvJ EU 10 september 2009, nr. C-206/08), Wall (HvJ EU 13 april 2010, nr. C-91/08), Coname (HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-231/03) en Coditel Brabant (HvJ EU 13 november 2008, nr. C-324/07).

name het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting, niet in acht worden genomen.<sup>8</sup> De transparantieplichting is 'immers een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het *exclusieve recht* te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Een dergelijke verplichting dient ook toepassing te vinden in een systeem waarin de autoriteiten van een lidstaat in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden aan één enkele ondernemer vergunning verlenen, aangezien de gevolgen van een dergelijke *vergunning* jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een *concessieovereenkomst* voor diensten. [curs. AD]<sup>9</sup> Het Hof overweegt verder dat Nederland mag kiezen voor een éénvergunningstelsel, maar dat dit stelsel geen rechtvaardiging kan vormen voor een werkwijze waardoor het Europese beginsel van het vrij verrichten van diensten van zijn nuttige werking wordt beroofd. Wil een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning in zo'n geval gerechtvaardigd zijn dan moet het zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn. Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting brengen vervolgens met zich dat aan deze objectieve criteria voldoende bekendheid moet worden gegeven.<sup>10</sup> De Wks-vergunningen aan De Lotto en SGR zijn, zonder enige oproep tot mededinging, verlengd met respectievelijk drie en vijf jaar. Deze niet-transparante verlengingsprocedure heeft belet dat andere exploitanten hun interesse in de uitoefening van de te vergunnen activiteit kenbaar konden maken. Het Hof oordeelt verder dat de gevolgen van het toelaten van mededinging op de markt van de kansspelen moet worden onderscheiden van de gevolgen van het toelaten van mededinging voor de toekenning van de betrokken opdracht. Ten slotte overweegt het Hof dat als de vergunning zou worden verleend aan 'een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen' de toekenning of de verlenging van exclusieve rechten voor de exploitatie van kansspelen ten gunste van één exploitant, zonder oproep tot mededinging, niet onevenredig is.<sup>11</sup> Het Hof vergelijkt in het arrest (de effecten van) een éénvergunningstelsel met een concessiestelsel, omdat bij beide een exclusief recht wordt verleend.

De Afdeling is op grond van dit arrest vervolgens nagegaan of De Lotto en SGR kunnen worden aangemerkt als een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen. Op 23 maart 2011

---

8 R.o. 46.

9 R.o. 47.

10 R.o. 48-51.

11 R.o. 58-60.

oordeelt de Afdeling dat dit niet het geval is.<sup>12</sup> Voor een uitgebreide analyse van de vraag wanneer sprake is van een dwingende reden van algemeen belang en wanneer voldaan kan worden aan het door het Hof van Justitie geformuleerde toezichtcriterium, verwijs ik graag naar de artikelen van Stergiou,<sup>13</sup> Mulder,<sup>14</sup> Adriaanse, Barkhuysen en Van den Bogaert<sup>15</sup> en Van der Beek.<sup>16</sup>

Dat het arrest van het Hof geen eendagsvlug of uitglijder is, blijkt uit het kort daarop gewezen Engelmann-arrest,<sup>17</sup> waarin de overwegingen van het Hof uit het Betfair-arrest over de toepassing van het transparantiebeginsel bij vergunningverlening worden herhaald.

Wolswinkel stelt terecht in zijn annotatie bij het Betfair-arrest<sup>18</sup> dat als wordt uitgegaan van een strikte scheiding tussen privaatrecht (concessieovereenkomsten) en publiekrecht (schaarse vergunningen), het arrest van het Hof revolutionair mag lijken, maar dat de uitspraak gezien vanuit het Europese perspectief van de interne markt en de fundamentele vrijheden geen verrassing kan worden genoemd. Het Hof kijkt in zijn jurisprudentie namelijk niet naar de vorm van de gekozen rechtsfiguur (zoals publiek- of privaatrecht), maar naar het effect van de overheidsmaatregel. Als het gevolg van een overheidsstelsel is dat het vrij verkeer van diensten beperkt wordt, ongeacht of dit een vergunning, een (concessie)overeenkomst of nog een andere rechtsfiguur is, dan moeten de vereisten van artikel 56 VWEU en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting in acht worden genomen.<sup>19</sup> In de Nederlandse literatuur wordt echter de vorm (een privaatrechtelijke concessieovereenkomst of een publiekrechtelijke vergunning) vaak als het essentiële criterium genoemd om te bepalen of een dienst moet worden aanbesteed of niet.<sup>20</sup> Gelet op de materiële benadering van het Hof is die formele benadering niet toereikend,

---

12 ABRvS 23 maart 2011, AB 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel, JB 2011/131 en NJB 2011/880.

13 H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel. Een bespreking van het arrest Engelmann (zaak C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', *NtER* 2011, p. 77 e.v. (hierna: Stergiou 2011).

14 J. Mulder, 'A New Chapter in the European Court of Justice Gambling Saga: A Stacked Deck?', *LIEI* 2011, p. 243 e.v.

15 P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en S.C.G. van den Bogaert, 'Verdeling van schaarse kansspelvergunningen' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 159-174, alsmede van dezelfde auteurs 'Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat', *NJB* 2010, p. 1900-1907.

16 J.C.M. van der Beek, 'Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga', *NtER* 2010, p. 305-317 (hierna: Van der Beek 2010).

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

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

19 Wie meer wil weten over het transparantiebeginsel en de jurisprudentie van het Hof hierover verwijs ik naar Stergiou 2011 alsmede naar A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', *NtER* 2011, afl. 7, p. 240-248.

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

maar moet worden gezien welke nationale rechtsfiguren voldoen aan het materiële criterium van het Hof.

Ik zal daarom in de volgende paragraaf ingaan op verschillende rechtsfiguren waarbij het transparantiebeginsel van toepassing zou kunnen zijn: de 'vergunning', de 'opdracht' en de 'concessie'. Daarbij zal ook worden ingegaan op de (overige) verschillen tussen deze rechtsfiguren naar Europees recht.

### 5.3 DE CONCESSIE EN DE VERLENING VAN EXCLUSIEVE RECHTEN

#### 5.3.1 Inleiding

Het Hof van Justitie stelt in het *Betfair*-arrest dat het gesloten vergunningstelsel van de Wks verschilt van een concessieovereenkomst, maar dezelfde gevolgen heeft. Het Hof beoordeelt de vraag of sprake is van een 'opdracht' of 'concessie' uitsluitend op basis van het Unierecht.<sup>21</sup> Daarom zal ik nu achtereenvolgens ingaan op de 'opdracht' (5.3.2) en de 'concessie' (5.3.3). Daarna komen de verschillen tussen een opdracht en een concessie aan de orde (5.3.4). Vervolgens zal worden ingegaan op de begrippen 'exclusief recht' en 'uitsluitend recht' (5.3.5).

Gelet op het feit dat het *Betfair*-arrest betrekking heeft op het verrichten van een dienst (kansspelaanbod) en niet op een werk of levering, wordt hierna met name ingegaan op concessieovereenkomsten voor diensten. Ook merk ik voor de vraag naar de mogelijke gevolgen van het *Betfair*-arrest hier op dat het VWEU alleen van toepassing is bij grensoverschrijdendheid. De verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten zijn niet van toepassing bij zuiver interne situaties.<sup>22</sup> De vraag wanneer sprake is van een zuiver interne situatie mag echter niet te terughoudend worden beantwoord.<sup>23</sup> In dit artikel wordt een aantal nationale vergunningstelsels in algemene zin beschreven. Daarbij wordt er dus van uitgegaan dat er in beginsel sprake is van een grensoverschrijdend element en het VWEU dus van toepassing is. Verder kan met reden de vraag worden gesteld of het wenselijk is dat bij grensoverschrijdende situaties andere normen (zoals een transparantiebeginsel) zouden gelden dan bij zuiver interne situaties. Beantwoording van die vraag gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Wel kan ook dit aanknopingspunt zijn om het trans-

---

21 O.a. HvJ EU 10 maart 2011, nr. C-274/09, *Stadler/Passau* en het arrest van 18 juli 2007 (nr. C-382/05) waarin het Hof oordeelt: '(...) dat de definitie van een overheidsopdracht voor dienstverlening tot het gebied van het gemeenschapsrecht behoort, zodat de kwalificatie van de litigieuze overeenkomsten naar Italiaans recht irrelevant is voor de beoordeling of deze overeenkomsten binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen (...)'

22 Zie bijv. ABRvS 23 november 2011, LJN BU5444.

23 Zie hierover ook de Conclusie van A-G Bot van 17 december 2009 bij het *Betfair*-arrest (nr. C-203/08). Vgl. ook HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-470/11, *AB* 2012/324, m.nt. A. Drahmman.

parantiebeginsel van belang te achten zonder dat het Unierecht van toepassing is.

### 5.3.2 De opdracht

Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG is primair van toepassing op (bepaalde) overheidsopdrachten. In essentie heeft een overheidsopdracht betrekking op inkoopactiviteiten van de overheid. In Richtlijn 2004/18/EG worden 'overheidsopdrachten' gedefinieerd als *schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel* die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.<sup>24</sup> De definitie van 'overheidsopdracht' bevat twee belangrijke elementen, namelijk 'overeenkomst' en 'onder bezwarende titel'. Op deze twee elementen wordt hierna in paragraaf 5.4.2 ingegaan.

Op grond van artikel 2 van Richtlijn 2004/18/EG moeten aanbestedende diensten transparant handelen. Buiten twijfel staat dan ook dat het transparantiebeginsel op opdrachtverlening van toepassing is. Daarom zal de opdracht in dit artikel verder niet aan de orde komen.<sup>25</sup>

### 5.3.3 De concessie

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is het transparantiebeginsel ook van toepassing op concessieverlening.<sup>26</sup> Omdat het Europese aanbestedingsrecht een eigen omschrijving van het concessiebegrip heeft, zal ik deze hieronder toelichten.

Een concessie vertoont grote gelijkenissen met een opdracht. De definitie van een concessieovereenkomst voor diensten in Richtlijn 2004/18/EG bepaalt immers zelf al dat het een overeenkomst is 'met dezelfde kenmerken als een

---

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

25 De vraag kan worden gesteld wat de verschillen zijn tussen subsidie- en opdrachtverlening, zeker als een subsidie wordt verleend na het volgen van een 'tenderprocedure'. De vervolgvraag is dan of en zo ja, wanneer het transparantiebeginsel bij subsidieverlening in acht moet worden genomen. In dit artikel laat ik de subsidieverlening verder buiten beschouwing en beperk ik mij tot de in het Betfair-arrest genoemde rechtsfiguren: de concessie en de vergunning. Wie meer wil weten over deze vragen verwijs ik naar: A. Drahmman, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *Gst.* 2011/115 en 'Kan het subsidierecht transparanter?', *Gst.* 2011/124.

26 Zie Stergiou 2011 voor een overzicht van deze jurisprudentie.

overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.<sup>27</sup> Het essentiële verschil tussen een opdracht en een concessie is dus gelegen in de tegenprestatie: de tegenprestatie bestaat bij een concessie uit het verlenen van een recht. Een concreet voorbeeld van een concessie is de concessieverlening op grond van de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000). Bij besluit wordt een concessie verleend voor het exclusieve recht om openbaar vervoer te verrichten. In paragraaf 5.6.2 wordt nader ingegaan op deze concessieverlening. Hieruit zal blijken dat de concessiehouder op grond van de Wp2000 niet alleen het (exclusieve) recht, maar ook de plicht heeft het openbaar vervoer te verrichten.

Op dit moment bestaan er twee Europese aanbestedingsrichtlijnen<sup>28</sup> en is er geen concessierichtlijn. Op 20 december 2011 heeft de Europese Commissie echter een voorstel voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen gepubliceerd alsmede een voorstel voor een richtlijn betreffende de gunning van concessieopdrachten.<sup>29</sup> In dit laatste voorstel wordt een concessie voor diensten gedefinieerd als 'een contract onder bezwarende titel dat schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten of aanbestedende entiteiten wordt gesloten en de verrichting van diensten (...) als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.'<sup>30</sup>

Onderdeel van de begripsomschrijving van een concessie is de uitvoeringsplicht. Op het belang van de uitvoeringsplicht wordt in paragraaf 5.4.2 ingegaan. De vraag kan namelijk worden gesteld of een vergunning met een

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

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

29 COM(2011) 897 definitief. Zie over het nieuwe voorstel tevens B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, 'Voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 2)', *TBR* 2012/69, G. 't Hart, 'Voorstel voor een concessierichtlijn: niet zonder water bij de wijn', *TA* 2012-03, p. 256 e.v. en K. Roffel en G.J.K. van den Hof, 'Het concessiebegrip in het Commissievoorstel betreffende de gunning van concessieopdrachten', *NtEr* 2012, p. 252-256.

30 Nijhof onderscheidt vijf materiële kenmerken voor een concessie in Europees perspectief. Het gaat om een overeenkomst (i), tussen de overheid als aanbestedende dienst (ii) en een aannemer (de concessiehouder) (iii) met het oog op de overdracht van de verantwoordelijkheid van een taak van algemeen belang ten behoeve van het publiek (iv) en de inkomsten van de concessiehouder bestaan uit het recht op exploitatie al dan niet in combinatie met een prijs (v). M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 21 en 27-49 (hierna: Nijhof 2000).

uitvoeringsplicht eigenlijk niet gekwalificeerd zou kunnen worden als een concessie.

Als in het vervolg van dit artikel wordt gesproken over de 'concessie' of 'opdracht' dan gaat het uitdrukkelijk om de uitleg van de begrippen zoals deze voortvloeien uit het Unierecht. Dit is van belang nu er ook andere meer nationaal georiënteerde beschrijvingen van het concessiebegrip worden gehanteerd. Deze worden in paragraaf 5.5 kort genoemd. Indien in dit artikel wordt gesproken over een 'concessie' wordt niet bedoeld op deze Nederlandse, historische betekenis(sen) van de 'concessie', maar op de huidige Unierechtelijke betekenis, zijnde: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op de verlening van diensten, waarbij de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.

#### 5.3.4 Verschillen tussen de opdracht en concessie

##### A) *De tegenprestatie en de overdracht van het exploitatierisico*

Zoals gesteld is het eerste en essentiële verschil tussen een opdracht en een concessie gelegen in de tegenprestatie: de rechtstreekse betaling voor een dienst respectievelijk het verlenen van een (exploitatie)recht voor die dienst.

Dit is echter niet het enige verschil. Een tweede verschil is dat bij concessieverlening ook sprake moet zijn van de overdracht van het exploitatierisico. Dit wordt expliciet bepaald in het voorstel voor een concessierichtlijn. Gesteld wordt dat het recht om de diensten te exploiteren, de overdracht van het wezenlijk operationeel risico aan de concessiehouder inhoudt.<sup>31</sup>

Dat er (nog) geen concessierichtlijn is, betekent niet dat de Europese Commissie tot op heden geen uitleg heeft gegeven aan het begrip concessie. Al in 2000 (dus voor de inwerkingtreding van de huidige aanbestedingsrichtlijnen)

---

31 Artikel 2 lid 2 van het voorstel. De concessiehouder wordt geacht het wezenlijk operationeel risico op zich te nemen wanneer er geen garantie voorhanden is dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Dat economische risico kan bestaan uit het risico verbonden aan de vraag naar de verrichting van de dienst, of het risico verbonden aan de beschikbaarheid van de infrastructuur die door de concessiehouder wordt gebruikt voor de verrichting van diensten voor de gebruikers. Overweging (7) van het voorstel betreft ook de risico-overdracht. Het hoofdkenmerk van een concessie impliceert altijd de overdracht van een economisch risico met de mogelijkheid dat hij de gedane investeringen en de met diensten gepaard gaande kosten niet zal terugverdienen. Bepaalde regelingen die door een aanbestedende dienst volledig worden betaald kwalificeren als concessie wanneer het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de exploitant voor het verrichten van de diensten zijn gemaakt, afhangt van de werkelijke vraag naar of de beschikbaarheid van de dienst of het goed.

heeft de Europese Commissie een Interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht gepubliceerd waarin wordt gesteld dat de overdracht van de verantwoordelijkheid voor de exploitatie kenmerkend is voor concessieovereenkomsten voor dienstverlening.<sup>32</sup>

Dat het cruciale verschil tussen een concessie en opdracht is gelegen in de tegenprestatie en risico-overdracht blijkt verder uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie, zoals het arrest Stadler/Passau.<sup>33</sup> Het Hof oordeelt dat uit de vergelijking van de definities van overheidsopdracht voor diensten en concessieovereenkomst voor diensten volgt dat het verschil tussen een overheidsopdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die, ook al is dit niet de enige tegenprestatie, door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald. Bij een concessieovereenkomst voor diensten bestaat de tegenprestatie voor de dienstverlening in het recht om de dienst te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs. Voorts volgt uit de jurisprudentie dat de concessieovereenkomst voor diensten impliceert dat de opdrachtnemer het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt, en dat de omstandigheid dat het aan de verlening van de dienst verbonden risico niet wordt overgedragen op de dienstverrichter, erop duidt dat de bedoelde transactie een overheidsopdracht voor diensten vormt en niet een concessieovereenkomst voor diensten.<sup>34</sup>

In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 (die het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) zal vervangen) wordt eveneens benadrukt dat het verschil tussen een concessie en overheidsopdracht is gelegen in de tegenprestatie en dat van belang is dat het exploitatierisico bij de concessiehouder wordt gelegd.<sup>35</sup>

Een derde verschil tussen een opdracht en een concessie zou kunnen zijn gelegen in het soort activiteiten waarvoor een dienstenconcessie de geschikte rechtsvorm is. Concessies worden namelijk (meestal) verleend voor diensten die in het algemeen belang zijn. In de Interpretatieve Mededeling wordt gesteld dat concessieovereenkomsten voor dienstverlening normaliter activiteiten betreffen die, gezien hun aard en object en de regels waaraan zij zijn gebonden,

---

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

33 Arrest HvJ EU 10 maart 2011, nr. C-274/09 (Stadler/Passau).

34 Vgl. HvJ EG 10 november 1998, nr. C-360/96 (Arnhem en Rheden/BFI Holding BV) waarin een dienstverleningsovereenkomst voor de inzameling van huishoudelijk afval was gesloten. Uit deze overeenkomst bleek dat de betaalde vergoeding uitsluitend bestond in een betaling en niet in het recht op exploitatie van de dienst.

35 In de memorie van toelichting wordt gesteld: 'Indien de aanbestedende dienst de concessiehouder regelmatig vergoedingen geeft voor de uitvoering van het werk of de exploitatie ervan die voor een belangrijk deel het exploitatierisico wegnemen is er geen sprake meer van een concessieovereenkomst. Bij een dergelijke overeenkomst moet immers het exploitatierisico bij de concessiehouder liggen' (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3. p. 44).

onder de verantwoordelijkheid van de staat kunnen vallen en die het object kunnen zijn van exclusieve of bijzondere rechten.<sup>36</sup> Op deze exclusieve of bijzondere rechten wordt in de volgende paragraaf ingegaan (paragraaf 5.3.5). Nijhof stelt dat een concessie geschikt is bij bepaalde economische premissen. Een concessie is volgens haar een bestuursinstrument van de overheid dat in het algemeen wordt gebruikt om tegemoet te komen aan marktfalen in de vorm van een natuurlijk monopolie. Dit is bijvoorbeeld het geval bij drinkwaterlevering voor de aanleg van een leidingnetwerk. Concurrentie *om* de markt is wel mogelijk, maar concurrentie *op* de markt niet. Door middel van het verlenen van een recht kan worden gegarandeerd dat zowel in de rendabele als onrendabele sectoren geleverd wordt tegen maatschappelijk wenselijke voorwaarden.<sup>37</sup> Nu dit derde element geen onderdeel vormt van de definitie van een concessie in Richtlijn 2004/18/EG is dit echter geen juridisch relevant verschil, maar kan het wel een rol spelen bij de beleidsmatige keuze voor een concessiesysteem.

Samenvattend kan worden gesteld dat het eerste verschil tussen een opdracht en concessie ligt in de tegenprestatie: bij een concessie wordt een (exploitatie)recht verleend, terwijl bij een opdracht (rechtstreeks) wordt betaald voor een dienst. Een tweede verschil is dat bij een concessie sprake moet zijn van de overdracht van het exploitatierisico naar de concessiehouder. Een derde verschil dat soms wordt genoemd is dat concessies worden verleend voor diensten die in het algemeen belang zijn. Door middel van de concessieverlening kan worden gegarandeerd dat de dienst wordt verleend tegen maatschappelijk wenselijke voorwaarden.

B) *Exclusief recht: een uitsluitend recht?*

Het *Betfair*-arrest heeft betrekking op de verlening van een 'exclusief recht' bij administratieve vergunning. Het begrip 'exclusief recht' komt niet voor in de Nederlandse vertaling van het VWEU en slechts eenmaal in de titel van artikel 3 van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>38</sup> Het begrip 'bijzondere of uitsluiten-

---

36 Interpretatieve Mededeling, p. 3.

37 Nijhof 2000, p. 9-12 en 125.

38 Opvallend is dat de titel van artikel 3 van Richtlijn 2004/18/EG luidt: 'Toekenning van bijzondere of exclusieve rechten: nondiscriminatieclausule', maar dat in het artikel zelf wordt gerefereerd aan de verlening van 'bijzondere of uitsluitende rechten'. Het artikel luidt als volgt: 'Toekenning van bijzondere of exclusieve rechten: nondiscriminatieclausule. Wanneer een aanbestedende dienst aan een lichaam dat zelf geen aanbestedende dienst is, bijzondere of uitsluitende rechten verleent om openbare diensten te verlenen, wordt in de akte waarbij deze rechten worden verleend, bepaald dat dit lichaam, bij de opdrachten voor leveringen die het in het kader van deze activiteit bij derden plaatst, het beginsel van niet-discriminatie op grond van de nationaliteit moet naleven.'

de rechten' komt wel voor in zowel het VWEU<sup>39</sup> als de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>40</sup> Niet uitgesloten is dat de begrippen 'exclusief' en 'uitsluitend' als synoniemen van elkaar beschouwd moeten worden. Aanknopingspunt hiervoor is ook dat in de Engelse versie van zowel het Betfair-arrest als Richtlijn 2004/18/EG wordt gesproken over het verlenen van 'exclusive rights'.

Als het woord 'exclusief recht' in het Betfair-arrest dezelfde betekenis heeft als het begrip 'uitsluitend recht' in het VWEU en de aanbestedingsrichtlijnen zou het transparantiebeginsel van toepassing zijn op besluiten waarbij een 'uitsluitend recht' (of exclusief recht) of 'bijzonder recht' wordt verleend. Daarom wordt hierna ingegaan op de begrippen 'uitsluitend recht' en 'bijzonder recht'. Hierbij zal ingegaan worden op (i) de definitie van de begrippen, (ii) de verhouding tussen het primaire Unierecht en de aanbestedingsrichtlijnen en (iii) de vraag hoe een exclusief recht gevestigd kan worden.

De (huidige) aanbestedingsrichtlijnen bevatten niet een duidelijke definitie van de begrippen 'uitsluitend recht' en 'bijzonder recht'.<sup>41</sup> Het Bao, dat een

---

39 Artikel 106 lid 1 VWEU luidt als volgt: 'De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.'

40 Het begrip 'bijzondere of uitsluitende rechten' komt voor in overweging 25 en artikel 2 lid 3 van richtlijn 2004/17/EG. Overweging (25) luidt als volgt: 'Het begrip bijzondere of uitsluitende rechten moet passend gedefinieerd worden. De definitie heeft tot gevolg dat het feit dat een dienst met het oog op de aanleg van netwerken of haven- of luchthavenfaciliteiten gebruik mag maken van een procedure voor de onteigening of het gebruik van eigendom, of faciliteiten mag installeren op, over of onder openbaar eigendom, als zodanig geen bijzonder of uitsluitend recht vormt in de zin van deze richtlijn. Ook het feit dat een dienst drinkwater, elektriciteit, gas of warmte levert aan een netwerk dat zelf geëxploiteerd wordt door een dienst waaraan door een bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend, vormt als zodanig geen bijzonder of uitsluitend recht in de zin van deze richtlijn. Ook rechten die in enige vorm, ook via concessieovereenkomsten, door een lidstaat aan een beperkt aantal ondernemingen zijn toegekend op basis van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria die eenieder die daaraan voldoet de mogelijkheid bieden van deze rechten gebruik te maken, kunnen niet worden aangemerkt als bijzondere of uitsluitende rechten.' Artikel 2 lid 3 luidt als volgt: 'Voor de toepassing van deze richtlijn zijn „bijzondere of uitsluitende rechten” rechten die voortvloeien uit een door een bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat verleende machtiging op grond van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een van de in de artikelen 3 tot en met 6, omschreven activiteiten aan een of meer diensten voorbehouden blijft waardoor de mogelijkheden van andere diensten om dezelfde activiteit uit te oefenen wezenlijk nadelig worden beïnvloed.'

41 In de voorganger van Richtlijn 2004/17/EG (Richtlijn 93/38/EG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren wateren energievoorziening, vervoer en telecommunicatie) was een andere definitie van bijzondere of uitsluitende rechten opgenomen. In het commissievoorstel voor de richtlijn (COM(2000) 276 definitief/2) wordt deze wijziging gemotiveerd met een verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 12 december 1996 (nr. C-302/94). Dit arrest heeft betrekking op het begrip 'bijzondere of uitsluitende rechten' in het licht van de telecommunicatierichtlijnen. In Richtlijn 93/38/EEG heeft het begrip een andere betekenis. In de toelichting bij het richtlijn-

implementatie is van de aanbestedingsrichtlijnen, bevat wel een duidelijke definitie van de begrippen 'uitsluitend recht' en 'bijzonder recht'. Een *uitsluitend recht* is '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'.<sup>42</sup>

Een *bijzonder recht* is 'een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend en waarbij binnen een bepaald geografisch gebied: (1) het aantal van deze ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer wordt beperkt, (2) verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aangewezen, of (3) aan een of meer ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria voordelen worden toegekend waardoor enige andere onderneming aanzienlijk wordt belemmerd in de mogelijkheid om dezelfde activiteiten binnen hetzelfde geografische gebied onder in wezen gelijkwaardige voorwaarden uit te oefenen'.<sup>43</sup>

In essentie is bij een uitsluitend recht dus sprake van een monopolie en bij een bijzonder recht van een oligopolie.

Voor de toepassing van het transparantiebeginsel bij de verlening van bijzondere en uitsluitende rechten is het volgende nog van belang. Uit de aanbestedingsrichtlijnen volgt niet dat voor de verlening van deze rechten een aanbesteding moet worden gehouden.<sup>44</sup> Gelet op het feit dat de aanbestedingsrichtlijnen slechts betrekking hebben op opdrachten en niet op (eenzijdige) besluiten waarbij uitsluitende of bijzondere rechten worden verleend, leek lange tijd de stelling verdedigbaar dat aanbestedingsbeginselen, zoals het transparantie-

---

voorstel wordt gesteld dat kwalijk is dat een zelfde begrip in Gemeenschapswetgeving betreffende de interne markt in ruime zin op twee verschillende wijzen wordt gedefinieerd. Daarom is voorgesteld de definitie van bijzondere of uitsluitende rechten in deze richtlijn te verduidelijken door rekening te houden met de definitie van het Hof van Justitie. Het gevolg hiervan is dat de aanbestedende diensten die uitsluitend onder het toepassingsgebied van de huidige richtlijn vallen omdat zij bijzondere of uitsluitende rechten genieten, niet langer onder de richtlijn zullen vallen.

42 Artikel 1, aanhef en onder bbb, van het Bao.

43 Artikel 1, aanhef en onder ccc, van het Bao.

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

beginsel, niet op deze verlening van toepassing zijn. Artikel 106 VWEU (voorheen artikel 86 EG-Verdrag) bepaalt echter dat lidstaten met betrekking tot ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel nemen of handhaven die in strijd is met de regels van de verdragen en het transparantiebeginsel vloeit rechtstreeks voort uit deze verdragen.<sup>45</sup> Het Hof van Justitie had eerder al geoordeeld dat, hoewel concessieovereenkomsten voor diensten niet vallen binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen, de overheden die concessieovereenkomsten sluiten wel de fundamentele regels van het VWEU in het algemeen, en in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, in acht moeten nemen.<sup>46</sup> Het *Betfair*-arrest breidt deze jurisprudentielijn uit naar de verlening van exclusieve rechten, los van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen.

De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat ook bij de verlening van bijzondere en uitsluitende rechten een transparante procedure moet worden gevolgd, tenzij een van de Verdragsuitzonderingen van toepassing is. Dit blijkt ook uit het Werkdocument van de Europese Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking') uit 2011.<sup>47</sup> Hierin wordt ingegaan op de verhouding tussen aanbestedingsregels en uitsluitende rechten als bedoeld in artikel 18 van richtlijn 2004/18/EG.<sup>48</sup>

---

45 Interessant in dit verband is dat de begripsomschrijving in het Bao niet alleen is gebaseerd op de aanbestedingsrichtlijnen, maar ook op artikel 25a van de Mededingingswet, welk artikel een implementatie is van Richtlijn 2006/111/EG (transparantierichtlijn). De wetgever stelt in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 (Kamerstukken II 2000/01, 27 870, nr. 3, p. 8-9.) dat de begripsomschrijving in beide richtlijnen in grote mate overeen komt en dat aannemelijk is dat, mede gelet op het feit dat deze begrippen afkomstig zijn uit artikel 106 VWEU daarmee hetzelfde wordt beoogd. Uit een oogpunt van eenheid van terminologie in Nederlandse wetgeving is in het wetsvoorstel aangesloten bij de omschrijving in de Mededingingswet. Hoofdstuk 4a van de Mededingingswet bevat voorschriften over financiële transparantie voor ondernemingen aan wie een uitsluitend of bijzonder recht is verleend.

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

47 SEC (2011) 1169 definitief van 4 oktober 2011.

48 Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 17 Bao. Dit artikel bepaalt dat het besluit niet van toepassing is 'op overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten, op basis van een uitsluitend recht dat deze aanbestedende dienst geniet, mits dit uitsluitend recht met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap verenigbaar is'.

Artikel 2.24, aanhef en onder a, van het voorstel voor een Aanbestedingswet 2012 bevat een vergelijkbare bepaling. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat hiermee uitvoering wordt gegeven aan de artikelen 16 en 18 van Richtlijn 2004/18/EG.

In de Nederlandse versie van de richtlijn wordt in artikel 18 gesproken over een 'alleenrecht' in plaats van een 'exclusief recht'. In de Engelse versie van de richtlijn wordt wel consequent gesproken over 'exclusive rights'. Ook in het Bao (artikel 17 Bao) wordt consequent het

Gesteld wordt dat de bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling verenigbaar moet zijn met de regels van het VWEU en met de regels en beginselen die hieruit voortvloeien. Deze regels en beginselen behelzen non-discriminatie, transparantie, evenredigheid, wederzijdse erkenning en de bescherming van rechten van particulieren. Een uitsluitend recht, dat per definitie de vrijheid van dienstverrichting van andere entiteiten beperkt, is alleen onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd. Het uitsluitend recht moet gerechtvaardigd zijn door een uitdrukkelijk in het Verdrag genoemde uitzondering of in overeenstemming zijn met de rechtspraak van het Hof. Er moet dan sprake zijn van dwingende redenen van algemeen belang, die geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder mogen gaan dan wat ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie moeten worden toegepast.<sup>49</sup>

Dat er in de Nederlandse praktijk lange tijd van is uitgegaan dat voor de vestiging van een exclusief recht geen passende bekendmaking hoeft plaats te vinden, is wellicht verklaarbaar als uitsluitend naar de aanbestedingsrichtlijnen en het Bao wordt gekeken. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat als een uitsluitend of bijzonder recht is verkregen op basis van objectieve, proportionele en non-discriminatoire criteria<sup>50</sup> geen sprake is van bijzondere of uitsluitende rechten als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>51</sup>

---

begrip 'uitsluitende rechten' gebruikt.

49 Ook in de Interpretatieve Mededeling wordt gesteld dat geen Verdragsbepaling zich ertegen verzet dat lidstaten om niet-economische overwegingen van openbaar belang bepaalde diensten van openbaar belang aan de vrije mededinging onttrekken door een uitsluitend recht toe te kennen. De voorwaarden waaronder deze exclusieve rechten worden verleend, moeten echter wel voldoen aan de Verdragsregels.

50 Opvallend in dit verband is dat in het Bao de voorwaarde dat het recht moet worden toegekend op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria wel wordt genoemd in de omschrijving van een bijzonder recht, maar niet in de omschrijving van een uitsluitend recht. Dit heeft tot gevolg dat een door middel van bijvoorbeeld een veiling verkregen monopolie een uitsluitend recht in de zin van het Bao blijft. In de aanbestedingsrichtlijnen worden de begrippen gezamenlijk genoemd.

51 In 2004 heeft de Europese Commissie een 'Explanatory note' gepubliceerd die een nadere uitleg gaf over het begrip 'bijzondere of uitsluitende rechten' in de zin van Richtlijn 2004/17/EC (Explanatory note – utilities directive: definition of exclusive or special rights (Document CC/2004/33)). Ook hier wordt al gesteld dat het nodig is om te bezien hoe het recht is verkregen. Als het recht is verkregen op basis van objectieve, proportionele en non-discriminatoire criteria dan is geen sprake van bijzondere of uitsluitende rechten als bedoeld in de richtlijn.

In artikel 4 lid 4 van het voorstel voor een concessierichtlijn wordt bepaald dat de richtlijn van toepassing kan zijn op entiteiten die activiteiten op basis van bijzondere of uitsluitende rechten uitoefenen. Er is géén sprake van een bijzonder of uitsluitend recht in de zin van het voorstel als een bijzonder of exclusief recht wordt verleend door middel van een procedure die is gebaseerd op objectieve criteria en waarvoor voor toereikende publiciteit is gezorgd. In de richtlijn wordt dus een bedrijf die over een uitsluitend recht beschikt zonder dat dit recht is verkregen door een transparante procedure zelf beschouwd als een

De regeling in de aanbestedingsrichtlijnen laat het primaire Unierecht immers onverlet, hetgeen betekent dat er op grond van het Unierecht in beginsel een transparante verdeelprocedure moet plaatsvinden. Als er geen passende bekendmaking heeft plaatsgevonden (bijvoorbeeld omdat een van de Verdragsuitzonderingen van toepassing is) dan kan er op grond van de aanbestedingsrichtlijnen een non-discriminatieclausule gelden indien derden worden ingeschakeld. In dat geval is sprake van een bijzonder of uitsluitend recht als bedoeld in die richtlijnen.

Een laatste vraag is dan nog bij welk soort besluiten een uitsluitend of bijzonder recht gevestigd kan worden. De Awb kent immers een eigen besluitbegrip. Uit de definitie van bijzondere en uitsluitende rechten in het Bao volgt dat een uitsluitend of bijzonder recht bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming moet worden verleend. In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 wordt gesteld dat de rechten op diverse wijzen kunnen worden verleend, variërend van een wet in formele zin of ander wettelijk voorschrift tot een vergunning of andersoortig besluit van een bestuursorgaan.<sup>52</sup> Ook de memorie van toelichting over artikel 25a van de Mededingingswet benadrukt dat de rechten kunnen worden verleend door ieder bestuursorgaan (de rijksoverheid, de provinciale of gemeentelijke overheid, een waterschap, publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie of een ander (zelfstandig) bestuursorgaan) en in iedere publiekrechtelijke vorm (variërend van wet in formele zin tot een vergunning van burgemeester en wethouders).<sup>53</sup>

In het verleden is betoogd dat uit het Bao volgt dat het mogelijk is om bij enkel bestuursrechtelijk besluit zonder nadere wettelijke grondslag en zonder enige vorm van (met name voorafgaande) transparantie in acht te nemen een uitsluitend of bijzonder recht te vestigen.<sup>54</sup> Dit standpunt lijkt mij echter, zoals hiervoor uiteengezet, achterhaald. Dat een besluit niet onder de reikwijdte van de richtlijnen valt, betekent niet dat de Verdragsbeginselen niet in acht hoeven te worden genomen. Hebly stelt in dat verband dat in de praktijk aanbestedende diensten steeds vaker gebruik willen maken van de

---

aanbestedende entiteit als het zelf een concessie gunt. Een procedure die aan de eisen voldoet is een aanbesteding met voorafgaande inschrijving overeenkomstig de aanbestedings- of concessierichtlijnen of procedures uit hoofde van andere wetgevingshandelingen van de Unie met betrekking tot aardgas, elektriciteit, postdiensten, koolwaterstoffen en het openbaar personenvervoer.

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

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

54 Vgl. B.J. Drijber en H. Stergiou, 'Public procurement law and internal market law', *CMLR* 2009, p. 805-846, i.h.b. p. 825-831 (hierna: Drijber & Stergiou 2009).

mogelijkheid van het vestigen van een exclusief recht.<sup>55</sup> Hij vraagt zich terecht af of als met een enkel bestuursrechtelijk besluit een exclusief recht zou kunnen worden gevestigd, verdragsrechtelijke waarborgen, zoals het transparantiebeginsel, niet te veel worden uitgehold. Ook Van Hulsteijn betoogt dat slechts onder exceptionele omstandigheden een uitsluitend recht kan worden verleend. Ook zij vraagt zich af of de verlening van een uitsluitend recht zonder enige vorm van concurrentie niet in strijd is met het VWEU. Zij betoogt dat uit artikel 17 Bao volgt dat de verlening (en niet alleen de uitvoering) van het uitsluitend recht in overeenstemming met het VWEU moet zijn.<sup>56</sup> Om te voorkomen dat ondernemingen met een exclusief recht gaan opereren in een markt waarbinnen voldoende aanbod c.q. concurrentie aanwezig is, pleit Hebly voor het invoeren van een 'markt-toets'.<sup>57</sup> Een voorbeeld van de verlening van een uitsluitend recht is de gemeentelijke inzameling van afval. Dit vergunningstelsel wordt in paragraaf 5.6.5 beschreven.

Samenvattend kan worden gesteld dat de Nederlandse versie van het Betfair-arrest betrekking heeft op de verlening van 'exclusieve rechten', terwijl het VWEU en de aanbestedingsrichtlijnen slechts het begrip 'uitsluitende rechten' kennen. Gelet op het feit dat in de Engelse versies van het VWEU, de aanbestedingsrichtlijnen en het Betfair-arrest wel consequent wordt gerefereerd aan de verlening van 'exclusive rights', mag ervan uit worden gegaan dat 'exclusief recht' hier als synoniem voor 'uitsluitend recht' is gebruikt. De Wks-vergunning uit het Betfair-arrest voldoet ook aan de definitie van een 'uitsluitend recht' uit het Bao. Het recht is immers bij besluit van een bestuursorgaan (een vergunning) aan een onderneming verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen, namelijk het organiseren van kansspelen. Hieruit kan mijns inziens worden afgeleid dat het Hof van Justitie van oordeel is dat ook voor de verlening van 'exclusieve' of 'uitsluitende' rechten in beginsel een transparante verdeelprocedure moet plaatsvinden, tenzij voldaan wordt aan de in dat arrest genoemde uitzondering.

In het Betfair-arrest was sprake van een éénvergunningstelsel. Het is echter ook mogelijk dat het aantal vergunningen weliswaar wordt beperkt, doch niet tot één maar tot enkele vergunningen. Een concreet Nederlands voorbeeld is de ontheffing die wordt verleend op grond van de Winkeltijdenwet. Op grond van een winkeltijdenverordening kan een gemeenteraad bepalen dat ontheffing kan worden verleend aan bijvoorbeeld twee (of meer) supermarkten

---

55 J.M. Hebly, 'Bewust kiezen voor een nationaal aanbestedingsbeleid' in Hebly, Manunza & Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht 2010*, nr. 38, p.25-26 (hierna: Hebly 2010).

56 C. van Hulsteijn, 'Uitsluitend recht: uitsluitend onder exceptionele omstandigheden', *TA 2012*, p. 43-52 (hierna: Van Hulsteijn 2012).

57 Hebly 2010, p.25-26.

om op zondag geopend te zijn. Hetgeen hiervoor gesteld is over de verlening van exclusieve vergunningen (uitsluitende rechten) geldt mijns inziens overkort voor de verlening van bijzondere rechten, omdat de gevolgen van deze verlening hetzelfde effect hebben als de verlening van een uitsluitend recht, namelijk dat ondernemers zonder dit recht hun dienst niet mogen verrichten. Ook deze vergunningverlening valt daarom onder de werking van artikel 56 VWEU.<sup>58</sup>

#### 5.4 VERGUNNINGEN

Het *Betfair*-arrest heeft betrekking op een Wks-vergunning. Het transparantiebeginsel kan dus van toepassing zijn op een bepaald soort vergunningen. Hiervoor is al ingegaan op vergunningen waarbij een exclusief recht wordt verleend. Hierna zal ik kort nog enige opmerkingen maken over wat een vergunning is, waarbij in het bijzonder wordt ingegaan op de Dienstenrichtlijn.<sup>59</sup> Daarna wordt ingegaan op de vraag of een vergunning onder omstandigheden 'een overeenkomst onder bezwarende titel' kan zijn en daarmee voldoen aan de definitie van een concessieovereenkomst uit de Europese aanbestedingsrichtlijn.

##### 5.4.1 Wat is een vergunning?

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

De Dienstenrichtlijn bevat een omschrijving van een 'vergunningstelsel'.<sup>60</sup> Onder 'vergunningstelsel' wordt verstaan: 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'.<sup>61</sup> In overweging (39) van de Dienstenrichtlijn wordt gesteld dat het begrip vergunningstelsel onder meer dient te duiden op 'de administratieve procedures voor

---

58 Vgl. Van der Beek 2010, p. 305-317, i.h.b. p. 315.

59 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

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

61 Artikel 4 van de Dienstenrichtlijn.

de verlening van vergunningen, licenties, erkenningen of concessies, en ook op de verplichting zich voor de uitoefening van de activiteit in te schrijven als beroepsbeoefenaar, zich te laten opnemen in een register, op een rol of in een databank, officieel benoemd te zijn door een instantie of een beroepskaart aan te vragen.' De concessie wordt hier aangeduid als een mogelijke vorm van een vergunningstelsel, mits sprake is van een administratieve procedure.<sup>62</sup> De Dienstenrichtlijn hanteert dus een ruim vergunningbegrip. De Dienstenrichtlijn is geïmplementeerd in de Dienstenwet. In artikel 1 van deze wet is een definitie van 'vergunning' opgenomen, namelijk: 'beslissing, uitdrukkelijk of stilzwijgend, over de toegang tot of de uitoefening van een dienst'.

Verwarrend is dat in de Dienstenrichtlijn wordt gesteld dat een 'concessie' een administratieve vergunning kan zijn, terwijl zoals hiervoor is besproken de aanbestedingsrichtlijnen uitgaan van de 'concessieovereenkomst'. Hier lijkt dus geen eenduidig begrippenkader te worden gehanteerd. Een mogelijke verklaring kan wellicht worden gevonden in de verschillen tussen de nationale concessiefiguren. In de Interpretatieve Mededeling wordt gesteld dat onder de Dienstenrichtlijn handelingen vallen waarmee een overheidsinstelling een machtiging of een vergunning voor een economische activiteit verleent, ook al worden die handelingen in sommige lidstaten als concessieovereenkomsten aangemerkt.<sup>63</sup> In dat geval zou gesteld kunnen worden dat de nationale kwalificatie van een rechtsverhouding Europeesrechtelijk niet van (doorslaggevend) belang is. Dat zou wellicht betekenen dat als in het ene land een 'concessie'stelsel aangemerkt moet worden als een 'vergunning'stelsel onder de Dienstenrichtlijn, wellicht in een ander land een vergunning moet worden gekwalificeerd als een concessieovereenkomst onder de Aanbestedingsrichtlijn. Daarop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

Het aantal beschikbare vergunningen in de zin van de Dienstenrichtlijn kan dus beperkt zijn, maar dit hoeft niet. Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat vergunningstelsels moeten zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. Deze criteria moeten onder meer 'transparant en toegankelijk' zijn. Als het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is wegens een schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden dan moet een selectieprocedure worden vastgesteld. Deze procedure moet 'transparant' zijn.<sup>64</sup> De Dienstenrichtlijn beperkt de werkingssfeer van artikel 12 van de Dienstenrichtlijn dus tot schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of

---

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

63 Interpretatieve Mededeling, p. 4.

64 Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn.

technische mogelijkheden. In de vorige paragraaf ben ik ook ingegaan op het onderscheid tussen 'gewone' vergunningen en 'vergunningen voor bijzondere of uitsluitende rechten', namelijk dat bij uitsluitende of bijzondere rechten het aantal ondernemingen dat over dat recht kan beschikken op voorhand is beperkt en bij gewone vergunningen niet. De verplichting om een transparante selectieprocedure te organiseren is dan ook niet beperkt tot vergunningstelsels die betrekking hebben op schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden.

Ter voorkoming van misverstanden wijs ik erop dat ook bij de verlening van 'gewone' vergunningen, los van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn, Europese randvoorwaarden gelden. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie kan een stelsel van een voorafgaande administratieve vergunning geen rechtvaardiging vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de Unievoorschriften, met name die betreffende een fundamentele vrijheid als de vrijheid van dienstverrichting, van hun nuttig effect kunnen worden beroofd. Zo'n vergunningstelsel is volgens het Hof slechts gerechtvaardigd indien het is gebaseerd op objectieve, niet-discriminerende en vooraf bekende criteria, die ervoor zorgen dat duidelijke grenzen worden gesteld aan de uitoefening door de nationale autoriteiten van hun beoordelingsbevoegdheid.<sup>65</sup> Ook voor 'gewone' vergunningen wordt deze verplichting gebaseerd op het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Het doel van de verplichting is echter anders. Bij een 'gewone' vergunning wordt door het in acht nemen van de transparantieplichting een grens gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten zodat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt. Om controle van de onpartijdigheid van de vergunningprocedure mogelijk te maken, is het noodzakelijk dat het besluit op een voor het publiek toegankelijke wijze wordt gemotiveerd.<sup>66</sup> In het *Betfair*-arrest, waar sprake is van de verlening van een exclusief recht, wordt naast de motiveringsplicht, de nadruk gelegd op de passende bekendmaking vooraf. De transparantieplichting houdt in dat geval in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de vergunningverlening voor mededinging openstaat. Bij een 'gewone' vergunning speelt dit element van het transparantiebeginsel niet, omdat (blijkens het *Betfair*-arrest) het effect van deze vergunningverlening niet vergelijkbaar is met concessieverlening.<sup>67</sup>

---

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

66 HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-470/11, *AB* 2012/324, m.nt. A. Drahmman.

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

Voor Nederlandse wetgevingsjuristen vormen de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) de leidraad voor het schrijven van wetgeving. Een vergunning is volgens aanwijzing 125 Ar een beschikking waarbij een bepaalde handeling wordt toegestaan. Aanwijzing 131d Ar heeft specifiek betrekking op vergunningen in de zin van de Dienstenwet.<sup>68</sup> Op de regeling in de Ar wordt in paragraaf 5.5 nader ingegaan.

#### 5.4.2 Kan een vergunning een concessie naar Europees aanbestedingsrecht zijn?

Hiervoor is al ingegaan op de verlening van een exclusief recht bij vergunning (zoals bij de Wks het geval is), maar kan een vergunning onder omstandigheden ook een concessie in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen zijn? Dit zou het geval zijn als voldaan zou worden aan de begripsomschrijving van de concessieovereenkomst in de aanbestedingsrichtlijnen en dus sprake zou zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel.

Op zowel vergunningen waarbij een exclusief recht wordt verleend als op concessies is het transparantiebeginsel van toepassing. Zoals gesteld is de Europese Commissie echter voornemens om concessies voor diensten onder het toepassingsbereik van een nieuwe richtlijn over de gunning van concessieopdrachten te brengen.<sup>69</sup> Indien deze richtlijn in werking treedt, zouden vergunningen die voldoen aan de definitie van een concessie uit deze richtlijn aan de regels die worden gesteld in de richtlijn moeten voldoen. Hierin is dan ook het belang gelegen om te bezien of een vergunning als concessie kan worden gekwalificeerd.

In veel gevallen zal het verschil tussen een vergunning en een concessie evident zijn. Dit is het geval als de vergunningverlening niet 'schaars' is. Als eenieder die aan de voorwaarden voor vergunningverlening voldoet, de vergunning kan verkrijgen, is geen sprake van een concessie. Zowel de con-

---

<sup>68</sup> Deze aanwijzing is sinds 11 mei 2011 in de Ar opgenomen (Strt. 2011, 6602). Gesteld wordt dat als bij een vergunningstelsel in de zin van de Dienstenwet het aantal beschikbare vergunningen beperkt is, een selectieprocedure wordt ingesteld die alle waarborgen voor transparantie en onpartijdigheid biedt voor gegadigden, met inbegrip van een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure. Een 'vergunningstelsel' is 'elke procedure die voor een dienstverrichter de verplichting inhoudt om bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming voor de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'. In aanwijzing 125 Ar is een verwijzing naar dit artikel opgenomen. In de toelichting wordt gesteld dat de Dienstenrichtlijn een andere definitie van de term vergunning hanteert dan aanwijzing 125 Ar. De verwijzing naar aanwijzing 131d Ar dient dan ook om de lezer op de afzonderlijke aanwijzing voor Dienstenrichtlijnvergunningen te wijzen.

<sup>69</sup> COM(2011) 897 definitief.

cessie- als de opdrachtverlening houden immers de selectie van een (markt)partij in.<sup>70</sup>

Met betrekking tot de reikwijdte van de 'opdracht' en de 'concessie' wordt vaak de nadruk gelegd op het element 'overeenkomst onder bezwarende titel'. Zo stellen Pijnacker Hordijk e.a. zich op het standpunt dat een vergunning geen concessie kan zijn, omdat geen sprake is van een overeenkomst. Een vergunning van overheidswege om bepaalde activiteiten te verrichten heeft volgens hen geen opdracht karakter: de overheid neemt niet het initiatief om die activiteiten te verrichten, maar bewilligt in de uitoefening van die activiteiten door de vergunningaanvrager. Het begrip concessie veronderstelt dat de overheid de uitoefening van de activiteit nodig acht, terwijl die intentie bij vergunningverlening geen gegeven is.<sup>71</sup> Ook in de nota van toelichting bij het Bao<sup>72</sup> en in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012<sup>73</sup> wordt gesteld dat geen sprake is van een overheidsopdracht wanneer middels een eenzijdige rechtshandeling (indirect) een opdracht wordt verleend, bijvoorbeeld het instellen van een dienst of het aanwijzen van een toezichthouder. Mijns inziens is echter niet uitgesloten dat onder bepaalde omstandigheden een vergunning kan worden aangemerkt als een concessieovereenkomst. Hierbij zijn twee elementen uit de definitie van de concessie uit de aanbestedingsrichtlijnen van belang, namelijk 'overeenkomst' en 'bezwarende titel'.

A) *Bezwarende titel: uitvoeringsplicht*

Met de bezwarende titel wordt bedoeld op de uitvoeringsplicht. In overweging (6) van het voorstel voor een concessierichtlijn wordt gesteld dat de uitvoering van de dienst waarvoor de concessie wordt verleend onderworpen is aan

---

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

71 Pijnacker Hordijk 2009, p. 100.

72 In de nota van toelichting bij het Bao wordt over de elementen 'overeenkomst' en 'bezwarende titel' gesteld dat er geen sprake is van een overheidsopdracht wanneer middels een eenzijdige rechtshandeling (indirect) een opdracht wordt verleend, bijvoorbeeld het instellen van een dienst of het aanwijzen van een toezichthouder. Voor een overeenkomst onder bezwarende titel is niet noodzakelijk dat de aanbestedende dienst een prijs betaalt. Ook een andersoortige economische tegenprestatie, bijvoorbeeld een exploitatierecht, vormt een bezwarende titel (Stb. 2005, 408, p. 54).

73 In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 wordt ook benadrukt dat het begrip overeenkomst betekent dat 'de begripsomschrijvingen niet zien op eenzijdige rechtshandelingen als bijvoorbeeld het instellen van een dienst of een zelfstandig bestuursorgaan' (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3. p. 47).

specifieke door de aanbestedende dienst bepaalde bindende verplichtingen die juridisch afdwingbaar zijn. Een 'gewone' vergunning bevat normaliter geen uitvoeringsplicht. Echter, juist bij de toekenning van een (exclusief) recht worden meestal ook (uitvoerings)plichten opgelegd. De overheid kiest voor het toekennen van exclusieve rechten omdat er een publiek belang is gemoeid met de diensten of activiteiten in kwestie. Daartegenover staat een verplichting met het oog op de behartiging van dat belang.<sup>74</sup>

Ook Schlössels & Zijlstra stellen dat het enige juridische verschil tussen een concessie en een vergunning de plicht tot het verrichten van de handeling is.<sup>75</sup> Dit rechtvaardigt echter de vraag of een schaarse 'vergunning' met een uitvoeringsplicht niet als concessie gekwalificeerd kan (en moet) worden.

Stergiou stelt terecht dat het verstrekken van een vergunning over het algemeen genomen niet kan worden beschouwd als het verstrekken van een overheidsopdracht. Op basis van een vergunning is een onderneming bevoegd om een bepaalde (economische) activiteit te ontplooien. Een dergelijke toestemming is vaak niet gebaseerd op een contractuele relatie en een bezwarende titel ontbreekt in het merendeel van de gevallen, aangezien een vergunninghouder geen vergoeding ontvangt voor het verrichten van de activiteiten.<sup>76</sup> Indien de onderneming op grond van een vergunning echter het exclusieve recht verkrijgt onder de (uitvoerings)verplichting dat de vergunde activiteit wordt verricht, is wellicht wel sprake van een concessie.

Nijhof stelt met betrekking tot de nakoming dat in het bestuursrecht onderscheid kan worden gemaakt tussen begunstigende en belastende beschikkingen. Volgens Nijhof geldt voor een begunstigende beschikking geen plicht tot nakoming, maar voor een belastende beschikking wel. Nijhof constateert naar aanleiding van een sectorenonderzoek in de post-, elektriciteits-, drinkwater- en openbaar vervoersmarkt dat materieel sprake is van concessies maar dat de jure gekozen wordt voor (eenzijdige) bestuursrechtelijke rechtsfiguren. De verplichting tot nakoming wordt ofwel in de vergunning ofwel in de wet in formele zin opgenomen. Er ontstaat hierbij een rechtsfiguur die zowel een begunstigend als belastend element heeft.<sup>77</sup> Dankers-Hagenaars (die uitgaat van een historisch concessiebegrip) betoogt dat een concessie wordt verleend

---

74 Aldus de memorie van toelichting bij de Mededingingswet. Zo staat tegenover het recht op distributie van elektriciteit in een bepaalde regio de plicht tot voorziening in onrendabele gedeelten van die regio (althans zolang de elektriciteitsvoorziening niet is geliberaliseerd). Een voorbeeld van een uitsluitend recht voor geheel Nederland is de exclusieve bevoegdheid tot het verrichten van bepaald postvervoer in Nederland op basis van de Postwet 2009. Een voorbeeld van regionale exclusieve rechten zijn nutsvoorzieningen, zoals een (gemeente)waterleidingbedrijf dat het uitsluitende recht heeft water te leveren binnen een bepaalde regio of het exclusieve recht om busvervoer in een bepaalde regio te verrichten (Kamerstukken II 2000/01, 27 870, nr. 3, p. 7-8).

75 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 811-812 en 836-837 (hierna: Schlössels & Zijlstra 2010).

76 Stergiou 2011, p. 83.

77 Nijhof 2000, p. 27-29, p. 192-193, p. 231-236, p. 300-301 en p. 309.

ter behartiging van een algemeen belang en bestemd is tot gebruik door het publiek. Dit uitgangspunt rechtvaardigt volgens haar het opleggen van een uitvoeringsplicht en daarmee onderscheidt de concessie zich van andere publiekrechtelijke rechtsfiguren.<sup>78</sup>

Indien naast de vergunningverlening ook een uitvoeringsovereenkomst gesloten wordt, kan nakoming van de overeenkomst worden gevorderd en is zonder twijfel sprake van een bezwarende titel. De vraag is dan hoe een uitvoeringsplicht die bij wettelijk voorschrift of vergunningvoorschrift wordt opgelegd, moet worden gekwalificeerd. Een aanknopingspunt zou het door Zijlstra bepleite terminologische onderscheid tussen 'burgerplichten' en 'burgerlasten' kunnen zijn. Voor een 'burgerlast' zou dan aangesloten kunnen worden bij het Duitse begrip 'Obliegenheiten'. Een Obliegenheit is de gehoudenheid zich in een bepaalde situatie jegens een ander op een bepaalde wijze te gedragen op straffe van verval of beperking van toekomstige rechten of bevoegdheden. Als een activiteit waarvoor een subsidie is verleend, niet wordt verricht, kan geen nakoming worden gevorderd. De subsidie kan 'slechts' lager worden vastgesteld en teruggevorderd worden. Er is dan dus geen sprake van een burgerplicht, maar van een burgerlast. Indien echter naast het subsidiebesluit ook een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten, kan wel nakoming worden gevorderd. Ook als de niet-naleving van een voorwaarde met een bestuurlijke boete of een dwangsom zou kunnen worden gehandhaafd, verandert de last volgens Zijlstra in een rechtsplicht.<sup>79</sup>

De uitvoeringsplicht die bij wettelijk voorschrift of vergunningvoorschrift wordt opgelegd, zal in beginsel handhaafbaar zijn en is daarmee een burger-

78 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2000, p. 269 e.v. (hierna: Dankers-Hagenaars 2000 – I). Zie eveneens D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, 'Het rechtskarakter van de concessie in Nederland', in: *De concessie, 'revival' van een oud instrument? Opstellen inzake de geschiedenis, het rechtskarakter en de toepassing van de concessie, in het bijzonder in de sfeer van Verkeer en Waterstaat*, Ministerie van Verkeer Waterstaat 2000, p. 136-139. (hierna: Dankers-Hagenaars 2000 – II).

79 S.E. Zijlstra, 'Burgerplichten en burgerlasten in het bestuursrecht', *NTB* 2009/1. Zie ook HR 23 mei 2003, *AB* 2004/157, m.nt. F.J. van Ommeren en *Gst.* 2003/137, m.nt. M.A. Heldeweg. In dit arrest was een wettelijke bepaling aan de orde die bepaalde dat een verleende goedkeuring van rechtswege verviel indien niet tijdig een afschrift van een bouwopdracht aan de minister werd toegezonden. De A-G stelt in zijn conclusie: 'Hier is sprake van het verschijnsel dat in de rechtsliteratuur pleegt te worden aangeduid met de Duitse term Obliegenheit. Deze term ziet op situaties, waarin iemand een bepaalde gedraging moet verrichten op straffe van verval of beperking van aan hem toekomstige rechten of bevoegdheden. In zulke gevallen is er geen sprake van een rechtsplicht (de betrokkene kan rechtens niet ertoe gedwongen worden), maar wel van een sanctie (als hij het niet doet, schaadt hij zijn eigen belang).' In het arrest was de vraag aan de orde op wie de plicht rustte om het afschrift aan de minister te sturen: de gemeente of de onderwijsstichting. De Hoge Raad gaat niet in op de term Obliegenheit en oordeelt (in essentie) op basis van de wetssystematiek dat sprake was van een rechtsplicht van de gemeente.

of rechtsplicht. Mijns inziens is dan ook verdedigbaar dat in een dergelijk geval sprake is van een 'bezwarende titel'.

B) *Overeenkomst*

Uit zowel de eerdergenoemde Interpretatieve Mededeling als jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het begrip 'overeenkomst' materieel moet worden uitgelegd, ongeacht de juridische kwalificatie in het nationale recht. In de Interpretatieve Mededeling wordt gesteld dat iedere overheidshandeling, of het nu gaat om een eenzijdige handeling of om een contract, waarbij voorwaarden voor een economische prestatie worden vastgelegd, moet voldoen aan de regels en beginselen van het VWEU.<sup>80</sup> In de mededeling worden eenzijdige rechtshandelingen dus uitdrukkelijk wel onder de reikwijdte van een 'concessieovereenkomst' gebracht, mits het eenzijdige rechtshandelingen betreft waarmee de derde heeft ingestemd.

Ook uit het Scala-arrest volgt dat het begrip 'overeenkomst' ruim moet worden uitgelegd.<sup>81</sup> In dit arrest wordt ingegaan op het belang van het bestaan van een overeenkomst, omdat werd betwist dat daarvan sprake zou zijn. De ontwikkeling werd namelijk (deels) bij (regionale) wet vastgelegd. Het Hof constateert echter dat de wettelijke bepalingen het bestaan van het contractuele element als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn niet kunnen uitsluiten.<sup>82</sup> De omstandigheid dat de verkavelingsovereenkomst onder het publiekrecht viel en was gesloten in het kader van de uitoefening van overheidsgezag, verzette zich niet tegen het bestaan van het contractuele element, maar pleitte zelfs daarvoor. In verschillende lidstaten is de overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een aannemer namelijk een administratiefrechtelijke overeenkomst die als zodanig onder het publiekrecht valt. Ten slotte overweegt het Hof dat deze uitleg strookt met het belangrijkste doel van de richtlijn, te weten de openstelling van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken voor

---

80 Interpretatieve Mededeling, p. 4.

81 HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-399/98, NJ 2002/11.

82 Zo werd in deze procedure onder meer een verkavelingsovereenkomst tussen het gemeentebestuur en de eigenaar(s) van de te verkavelen terreinen gesloten. Het gemeentebestuur kon weliswaar zijn contractpartij niet kiezen, omdat deze persoon volgens de Italiaanse wet noodzakelijkerwijs de eigenaar van de te verkavelen terreinen was, maar deze omstandigheid sloot echter nog niet uit, dat de betrekking tussen het gemeentebestuur en de exploitant een contractueel karakter heeft, aangezien in de tussen hen gesloten verkavelingsovereenkomst werd bepaald, welke infrastructurele voorzieningen de exploitant telkens moest aanleggen, en wat de desbetreffende voorwaarden waren, waaronder mede de goedkeuring van de ontwerpen van deze voorzieningen door de gemeente. Bovendien beschikte de gemeente op grond van de door de exploitant in deze overeenkomst aangegane verbintenissen over een rechtstitel die hem de zekerheid gaf dat de aldus bepaalde voorzieningen beschikbaar waren met het oog op hun openbare bestemming. Het theater moest (gedeeltelijk) worden verwezenlijkt 'overeenkomstig hun contractuele verplichtingen met betrekking tot het verkavelingsplan'.

de mededinging.<sup>83</sup> Naast het Scala-arrest zijn ook de arresten Asemfo en Correos interessant. Het Hof oordeelt in het Asemfo-arrest dat geen sprake is van een overeenkomst als de onderneming geen enkele vrijheid heeft om een door de bevoegde instanties verstrekte opdracht al dan niet uit te voeren of om het op haar diensten toe te passen tarief te bepalen.<sup>84</sup> Het Hof heeft dit genuanceerd in het Correos-arrest door te stellen dat deze redenering wel in haar specifieke context moet worden gelezen. In het Correos-arrest was het exclusieve recht voor het leveren van postdiensten niet neergelegd in een overeenkomst maar in de wet inzake overheidsopdrachten en een daaruit voortvloeiende samenwerkingsovereenkomst. De Spaanse regering betoogde dat geen sprake kon zijn van een concessieovereenkomst, omdat Correos het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst niet kon weigeren. Volgens het Hof heeft Correos als leverancier van de universele postdienst een geheel andere taak. Deze betrekking moet als contractueel worden gekwalificeerd. Slechts als de gesloten overeenkomst in werkelijkheid een eenzijdige bestuurs-handeling zou zijn waarbij alleen ten laste van Correos verplichtingen worden opgelegd, dus een handeling die aanzienlijk zou afwijken van de normale voorwaarden van het commerciële aanbod van deze onderneming, zou moeten worden geconcludeerd dat een overeenkomst ontbreekt. Hiertoe is met name van belang of Correos de mogelijkheid heeft om met het ministerie te onderhandelen over de concrete inhoud van de te leveren prestaties en de daarop toepasselijke tarieven en of deze onderneming zich van de uit de samenwerkingsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen kan bevrijden, op voorwaarde dat de hierin voorziene opzegtermijn wordt nageleefd.<sup>85</sup> Ook in de arresten Stoss<sup>86</sup> en Anomar<sup>87</sup> was sprake van een bestuursrechtelijke concessieovereenkomst.

Met betrekking tot de vraag of eenzijdige rechtshandelingen ook onder het concessiebegrip kunnen vallen zijn ook overwegingen (21) en (22) van het voorstel voor een concessierichtlijn interessant. In deze overwegingen wordt gesteld dat bij persoonsgebonden diensten, zoals bepaalde diensten op sociaal-, gezondheids- en onderwijsgebied, wegens het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van deze diensten, lidstaten vrij blijven om deze

---

83 Het Hof overweegt in r.o. 75: 'Bovendien strookt deze uitlegging met het belangrijkste doel van de richtlijn, te weten (...) de openstelling van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken voor de mededinging. De openstelling voor de communautaire mededinging volgens de in de richtlijn vastgestelde procedures staat er immers garant voor, dat er geen gevaar voor onrechtmatige begunstigingen door de overheid bestaat. Dat de overheid haar contractpartij niet kan kiezen, kan dus op zich de niet-toepassing van de richtlijn niet rechtvaardigen, omdat een dergelijke eventualiteit ertoe zou leiden dat de uitvoering van een werk waarop deze richtlijn anders van toepassing zou zijn, van de communautaire mededinging wordt uitgesloten.'

84 HvJ EG 19 april 2007, nr. C-295/05, NJ 2007/417, m.nt. M.R. Mok (Asemfo).

85 HvJ EG 18 december 2007, nr. C-220/06, NJ 2008/281 (Correos).

86 HvJ EU 8 september 2010, nr. C-316/07, NJ 2010/645 (Stoss).

87 HvJ EG 11 september 2003, nr. C-6/01 (Anomar).

diensten zelf te verrichten of om sociale diensten zo te organiseren dat er geen sprake is van gunning van overheidsopdrachten, bijvoorbeeld door deze diensten alleen te financieren of door licenties of machtigingen te verlenen aan alle ondernemers die beantwoorden aan de vooraf door de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit vastgestelde voorwaarden, zonder beperkingen of quota, op voorwaarde dat dit systeem voor voldoende publiciteit zorgt en aan de beginselen van transparantie en non-discriminatie voldoet.

Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen wanneer sprake is van een concessieovereenkomst. Hiervoor is al gewezen op de Interpretatieve Mededeling waarin wordt gesteld dat zij geen betrekking heeft op onder andere 'handelingen waarmee een overheidsinstelling een machtiging of een vergunning voor een economische activiteit verleent, ook al worden die handelingen in sommige lidstaten als concessieovereenkomsten aangemerkt'. Als voorbeelden van dergelijke vergunningen worden taxivergunningen, vergunningen voor het gebruik van de openbare weg (krantenkiosken, caféterrassen) en rechtshandelingen met betrekking tot apotheken en benzinepompen genoemd.<sup>88</sup> Ik vermoed dat de Europese Commissie hiermee heeft willen stellen dat een 'gewone' vergunning (oftewel een vergunning die eenieder die aan de voorwaarden voldoet kan verkrijgen) niet onder de werkingssfeer van de mededeling valt, ook niet als in een lidstaat deze toestemming een concessieovereenkomst wordt genoemd. De door de Europese Commissie genoemde voorbeelden zijn echter niet per definitie 'gewone' vergunningen. Zo was de taximarkt in Nederland lange tijd gesloten.

Ten slotte kan een parallel getrokken worden met het ambtenarenrecht. Het ambtenarenrecht is formeel ook eenzijdig, maar vormt materieel een tweezijdige rechtsbetrekking. Wilsovereenstemming is formeel niet vereist, maar moeilijk voorstelbaar is dat iemand tegen zijn wil wordt aangesteld als ambtenaar.<sup>89</sup> Gesteld kan worden dat het concessiebesluit het karakter van een 'acte negocié' heeft.<sup>90</sup> Ook dit illustreert dat een eenzijdige rechtshandeling een concessieovereenkomst kan zijn, mits deze rechtshandeling van de overheid wordt aanvaard door de concessiehouder.

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

---

88 Interpretatieve Mededeling, p. 4 en 10. Zie ook Drijber & Stergiou 2009, p. 805-846.

89 Zie ook Nijhof 2000, p. 27-29, p. 192-193, p. 231-236, p. 300-301 en p. 309. Nijhof stelt dat het niet relevant is of een overeenkomst een publiek of privaat karakter heeft.

90 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 15e dr., Amsterdam 2011, p. 193.

### 5.4.3 Tussenconclusie

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

Indien een vergunning niet kan worden aangemerkt als een tweezijdige rechtshandeling of anderszins niet voldoet aan de elementen van de definitie van een 'concessieovereenkomst', dan zou het eenzijdige besluit wellicht kunnen worden aangemerkt als een 'bijzonder of uitsluitend recht' als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen. Een uitsluitend recht is een recht dat bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen.

Bij vergunningen die worden verleend op grond van de Wks komen zowel vergunningen met als zonder uitvoeringsplicht voor. In de Beschikking Staatsloterij is bepaald dat ten minste tien maal per jaar de staatsloterij gehouden moet worden. In andere kansspelvergunningen is geen uitvoeringsplicht opgenomen.<sup>91</sup> Deze vergunningen bevatten slechts een maximaal en geen minimaal aantal te organiseren kansspelen. Dat betekent dat de Beschikking Staatsloterij mijns inziens voldoet aan de definitie van een concessie. De andere kansspelvergunningen voldoen niet aan de definitie van een concessie. Wel is sprake van besluiten waarbij een exclusief recht wordt verleend.

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

---

91 De Beschikking BankGiro Loterij 2008 (artikel 7), de Beschikking instantloterij 2011–2015 (artikel 6), de Beschikking Nationale Postcode Loterij 2008 (artikel 7), de Beschikking SNL Loterij 2009 (artikel 7), de Beschikking Sporttotalisator 2010 (artikel 6-8) en de Beschikking Vriendenloterij 2011 (artikel 7)

van toepassing is. Als het voorstel voor een concessierichtlijn doorgang vindt, zullen vergunningen die voldoen aan de definitie van een concessie uit deze richtlijn ook aan de regels die worden gesteld in die richtlijn moeten voldoen.

## 5.5 WIJZIGING VAN DE AANWIJZINGEN VOOR DE REGELGEVING?

In het voorgaande is gekeken onder welke omstandigheden het nodig is een transparante verdelproedure te organiseren voor vergunningverlening. Hiervoor is onder meer gekeken naar de (Europeesrechtelijke) rechtsfiguren 'opdracht', 'concessie' en 'vergunning'. In het Nederlandse bestuursrecht worden de Ar vaak als uitgangspunt genomen om te bepalen welk rechtsfiguur geëigend is om verboden en geboden vorm te geven. In de Ar worden de vergunning, vrijstelling, ontheffing en erkenning onderscheiden.

Een *vergunning* is volgens de Ar een beschikking waarbij een bepaalde handeling wordt toegestaan.<sup>92</sup> Hiervoor is al gewezen op Aanwijzing 131d Ar. Deze aanwijzing heeft specifiek betrekking op vergunningen in de zin van de Dienstenwet.<sup>93</sup>

Een *vrijstelling* is volgens de Ar een besluit waarbij een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt voor een categorie van gevallen.<sup>94</sup>

Een *ontheffing* is volgens de Ar een beschikking waarbij in een individueel geval een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt.<sup>95</sup>

Een *erkenning* is volgens de Ar een beschikking waarbij wordt vastgesteld dat een persoon of instelling aan bepaalde eisen voldoet.<sup>96</sup>

De Ar noemt de figuur van de concessie niet. In paragraaf 5.3.3 is ingegaan op de betekenis van het begrip op grond van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. In Nederland worden verschillende omschrijvingen aan het concessiebegrip gegeven. Schlössels & Zijlstra omschrijven een concessie als een hande-

---

<sup>92</sup> Aanwijzing 125 Ar.

<sup>93</sup> Schlössels & Zijlstra (Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812) hanteren een eigen begripsomschrijving die soms afwijkt van de definities in de Ar. Volgens Schlössels & Zijlstra is de vergunning een uitzondering op een verbod terzake van handelingen die de overheid op zichzelf niet onwenselijk acht, maar die zij alleen op een bepaalde wijze wil doen plaatsvinden.

<sup>94</sup> Aanwijzing 125 Ar. Volgens Schlössels & Zijlstra (Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812) is de vrijstelling het spiegelbeeld van de vergunning, namelijk de uitzondering op een algemeen gebod (bijv. de vrijstelling van de dienstplicht zoals die vroeger bestond). De bekendste 'vrijstelling' is wellicht de inmiddels vervallen vrijstelling van het bestemmingsplan op grond van artikel 19 WRO. Deze 'vrijstelling' voldoet dus echter niet aan de omschrijving van Schlössels & Zijlstra.

<sup>95</sup> Aanwijzing 125 Ar. Volgens Schlössels & Zijlstra (Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812) is de ontheffing een uitzondering op een verbod of een gebod, en betreft het handelen respectievelijk nalaten waar de overheid in beginsel wél afwijzend tegenover staat, en die zij alleen in uitzonderlijke gevallen wil toestaan.

<sup>96</sup> Aanwijzing 125 Ar.

ling die de overheid in het algemeen belang noodzakelijk acht en deze onder bepaalde voorwaarden door een particulier laat verrichten; deze laatste is niet alleen toegestaan, maar ook verplicht de activiteit te verrichten. Het enige juridische verschil tussen een concessie en een vergunning is volgens Schlössels & Zijlstra de plicht tot het verrichten van de handeling.<sup>97</sup>

Dankers-Hagenaars heeft onderzoek gedaan naar de historische wortels van de concessie in Nederland.<sup>98</sup> Hieruit blijkt dat onderscheid werd gemaakt tussen de 'eigenlijke concessie' of bedrijfsconcessie en de 'oneigenlijke concessie' of gebruiksconcessie. De eigenlijke concessie zou een publiekrechtelijk karakter hebben. Het betreft een bijzondere 'vergunning' waarbij toestemming wordt verleend tot het verrichten van een handeling die in het algemeen belang wenselijk wordt geacht. De oneigenlijke concessie betreft een overeenkomst voor het verrichten van activiteiten op overheidsgronden (bijvoorbeeld het aanleggen van buisleidingen).<sup>99</sup>

Nijhof stelt dat voor de concessie geldt dat de overheid de handeling niet afwijst (waarvoor de ontheffing bedoeld is), maar er ook geen neutrale positie over inneemt (waarvoor de vergunning bedoeld is). Bij concessieverlening streeft de overheid de handeling juist na en acht zij de handeling in het algemeen wenselijk, maar overheidsregulering is noodzakelijk door marktfalen. Een concessie is daardoor volgens Nijhof te vergelijken met een subsidie. Ook bij een subsidie wil de overheid een activiteit stimuleren, maar bij een concessie wordt de uitvoering van de activiteit verplicht. Een subsidie met een uitvoeringsovereenkomst is dan ook volgens Nijhof vergelijkbaar met een concessie.<sup>100</sup>

Als gezegd noemt de Ar de figuur van de concessie niet. Dit is van belang, nu wel wordt gesteld dat het gebruik van andere termen voor de vier hiervoor genoemde figuren vergunning, vrijstelling, ontheffing en erkenning (zoals toestemming, instemming of verlof) moet worden vermeden. Gelet op het feit dat de aanbestedingsrichtlijnen deze rechtsfiguur wel kennen, kan dit tot gevolg hebben dat op grond van de Ar een vergunningstelsel in het leven wordt geroepen, terwijl voldaan wordt aan de Unierechtelijke begripsomschrijving van een concessie. Dit is het geval bij schaarse vergunningen met een uitvoeringsplicht. In dit verband wijs ik ook op Schlössels & Zijlstra die stellen dat nu 'concessie' geen wettelijk vastgelegd begrip is, het niet overal in de

---

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

98 Volgens Dankers-Hagenaars kunnen vijf toetsingscriteria voor een concessie worden onderscheiden: (1) de concessie wordt verleend door de overheid; (2) de concessie wordt verleend ter behartiging van een algemeen belang; (3) de concessie is bestemd tot gebruik door het publiek; (4) de concessionaris wordt althans gedeeltelijk betaald door de gebruikers/afnemers van de concessieactiviteit; en (5) de concessie roept een rechtsverhouding in het leven tussen de concessiegever en de concessiehouder. Dankers-Hagenaars 2000 – I, p. 64 e.v. en p. 269 e.v. en p. 269 e.v. en Dankers-Hagenaars 2000 – II, p. 136-139.

99 Dankers-Hagenaars 2000-I, p. 13 e.v.

100 Nijhof 2000, p. 236-238.

wetgeving dezelfde betekenis heeft. Zo kan een gemeentelijke verordening die voor het exploiteren van een rondvaartbedrijf een vergunning eist, gekoppeld aan een uitvoeringsovereenkomst die voorziet in een plicht tot het verzorgen van de dienst, materieel als concessiestelsel worden beschouwd.<sup>101</sup> Dit is volgens mij inderdaad een goed voorbeeld van een concessiestelsel, waarbij ik ervan uitga dat de gemeente het aantal beschikbare exploitatievergunningen voor rondvaartbedrijven beperkt heeft en er dus een vorm van schaarste is. Naar aanleiding van het Betfair-arrest rijst de vraag of deze exploitatievergunning dan ook niet door middel van een transparante verdeelprocedure moet worden verleend.

Dankers-Hagenaars schreef in 2000 dat het gebruik van het woord 'concessie' in Nederland op historische gronden (en onder invloed van het Franse rechtsstelsel) verklaarbaar was, terwijl juridisch systematisch gezien het woord 'vergunning' wellicht beter op zijn plaats zou zijn.<sup>102</sup> Anno 2012 is mijns inziens eerder het omgekeerde het geval: mede op basis van de Ar wordt gekozen voor een 'vergunning', terwijl het begrip 'concessie' vanuit Europees perspectief soms te prefereren valt.

Over het rechtskarakter van de concessie betogen Schlössels & Zijlstra dat een concessie krachtens privaatrechtelijke bevoegdheid (met name het eigendomsrecht) beter geen concessie genoemd kan worden, net zoals het onwenselijk zou zijn om over 'privaatrechtelijke vergunningen' te spreken.<sup>103</sup> Naar mijn mening zouden een privaatrechtelijke concessieovereenkomst en een publiekrechtelijk concessiebesluit naast elkaar kunnen bestaan, mits beide materieel overeenkomen met het concessiebegrip uit de aanbestedingsrichtlijnen. Ik zou er daarom voor willen pleiten om het concessiebesluit als rechtsfiguur toe te voegen aan de Ar. Deze omschrijving zou zoveel mogelijk moeten aansluiten bij het materiële concessiebegrip uit Richtlijn 2004/18/EG en de toekomstige concessierichtlijn. Gedacht zou kunnen worden aan: 'een concessie is een besluit dat de uitvoering van werken of de verrichting van diensten als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren werken of diensten bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk of de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs, en waarbij de concessiehouder verplicht wordt de werken of diensten uit te voeren'. Hierdoor zouden alle rechtsfiguren die materieel aan deze omschrijving voldoen, ongeacht hun (publiek- of privaatrechtelijke) rechtskarakter, aangeduid worden als 'concessie'.

---

101 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 839.

102 Dankers-Hagenaars 2000-I, p. 13 e.v.

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

Besluiten die niet aan deze omschrijving van een concessie voldoen, zullen wel aan de omschrijving van een 'vergunning' of 'onthefing' voldoen. Door middel van deze besluiten kan een uitsluitend of bijzonder recht worden verleend. Bij deze verlening zal het transparantiebeginsel in acht moeten worden genomen. Het zou wenselijk zijn als bij de invoering van een dergelijk stelsel expliciet in de toelichting wordt gesteld dat sprake is van een vergunningstelsel dat de verlening van een uitsluitend of bijzonder recht mogelijk maakt.

## 5.6 ENKELE CONCRETE VOORBEELDEN

Is de Wet op de kansspelen nu een uniek stelsel waardoor de gevolgen van het Betfair-arrest beperkt zijn of zijn er meer Nederlandse vergunningstelsels die onder de werking van het Betfair-arrest zouden kunnen vallen? Zijn er vergunningstelsels die eigenlijk aangemerkt kunnen worden als concessie en die niet transparant worden verdeeld? Zijn er 'exclusieve' vergunningstelsels die hetzelfde effect hebben als een concessie en daarom volgens het criterium van het Hof van Justitie in het Betfair-arrest transparant moeten worden verdeeld? Om de wat theoretische beschrijving uit de vorige paragrafen enigszins te concretiseren, zal ik hierna enkele voorbeelden van vergunningstelsels beschrijven die wellicht transparant zouden moeten worden verdeeld.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat, zoals in paragraaf 5.3.1 al is toegelicht, voor de vraag naar de mogelijke gevolgen van het Betfair-arrest, het Unierecht waaruit het transparantiebeginsel voortvloeit, niet van toepassing is bij zuiver interne situaties, maar dat de vraag wanneer hier sprake van is niet te terughoudend mag worden beantwoord. In de voorbeelden die hierna worden gegeven, wordt ervan uitgegaan dat hieraan voldaan is.

Een aantal van de voorbeelden die hierna wordt gegeven betreft vergunningstelsels die (gedeeltelijk) Europees zijn gereguleerd en een aantal is juist geheel gebaseerd op nationale (zelfs decentrale) regelgeving. Eerst zal ingegaan worden op de kansspelvergunning. Vervolgens zal ingegaan worden op de volgende (gedeeltelijk) Europese vergunningstelsels: de frequentievergunning en de concessie om openbaar vervoer te mogen verrichten op grond van de Wp2000. Ten slotte wordt ingegaan op de volgende drie nationale vergunningstelsels: de rechten die worden verleend om een tankstation te mogen exploiteren en daar energieoplaadpunten te mogen plaatsen, de ontheffingen die op grond van de Winkeltijdenwet worden verleend en als laatste de gemeentelijke aanwijzing van een afvalinzameldienst.

### 5.6.1 Wet op de kansspelen

Allereerst de kansspelvergunning. Hoe zou een kansspelvergunning kunnen worden gekwalificeerd? Indien gekeken wordt naar de door Schlössels en Zijlstra gehanteerde indeling dan zou eigenlijk sprake zijn van een ontheffing.<sup>104</sup> Gokverslaving wordt door de Nederlandse overheid immers onwenselijk geacht. Zou de kansspelvergunning ook kunnen worden aangemerkt als een concessie? Opvallend is dat bij vergunningen die worden verleend op grond van de Wks, zowel vergunningen met als zonder uitvoeringsplicht voorkomen. In de Beschikking Staatsloterij is bepaald dat ten minste tien maal per jaar de staatsloterij gehouden moet worden. Dat betekent dat de Beschikking Staatsloterij mijns inziens voldoet aan de definitie van een concessie.

In andere kansspelvergunningen is geen uitvoeringsplicht opgenomen.<sup>105</sup> Deze vergunningen bevatten slechts een maximaal en geen minimaal aantal te organiseren kansspelen. Ook in de Wks zelf is geen uitvoeringsplicht opgenomen. De Lotto (en andere vergunninghouders) zijn niet verplicht om een bepaald (minimum)aantal kansspelen per jaar te organiseren. De ratio hiervoor zou kunnen zijn gelegen in het feit dat het exploiteren van kansspelen in Nederland niet in het algemeen belang wordt geacht, maar juist wordt gereguleerd om onder andere gokverslaving te voorkomen. Hier is dan ook sprake van een vergunning waarbij exclusief recht is verleend.

Uit het Betfair-arrest volgt dat een verdeelprocedure voor de verlening van een dergelijk recht in beginsel transparant moet zijn. De Afdeling heeft vervolgens geconcludeerd dat de besluiten tot verlening van de vergunningen aan De Lotto en SGR en de besluiten tot weigering de vergunningen aan Betfair te verlenen in strijd waren met artikel 49 van het EG-Verdrag, zoals dat verdragsartikel is uitgelegd door het Hof van Justitie in het Betfair-arrest. Een wetsvoorstel om de Wks te wijzigen met inachtneming van de uitspraak van de Afdeling en het arrest van het Hof is nog niet bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>106</sup>

---

104 Hiervoor is al gesteld dat volgens Schlössels & Zijlstra (Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812) de ontheffing een uitzondering is op een verbod of een gebod. Het betreft handelen respectievelijk nalaten waar de overheid in beginsel wél afwijzend tegenover staat, en die zij alleen in uitzonderlijke gevallen wil toestaan.

105 De Beschikking BankGiro Loterij 2008 (artikel 7), de Beschikking instantloterij 2011–2015 (artikel 6), de Beschikking Nationale Postcode Loterij 2008 (artikel 7), de Beschikking SNL Loterij 2009 (artikel 7), de Beschikking Sporttotalisator 2010 (artikel 6-8) en de Beschikking Vriendenloterij 2011 (artikel 7).

106 Zie tevens de Beleidsvisie Kansspelen (Kamerstukken II 2010/11, 24 557, nr. 124).

### 5.6.2 Telecommunicatiewet en de Wp2000

Bekende andere voorbeelden van wetten in formele zin die het aantal beschikbare vergunningen beperken zijn de Telecommunicatiewet en de Wp2000. Beide wetten komen uitgebreid aan de orde in de dissertaties van Nijhof en Dankers-Hagenaars. In dit artikel volsta ik daarom met een paar korte opmerkingen; verder verwijs ik graag naar genoemde dissertaties.

De meest recente veilingprocedure op grond van de Telecommunicatiewet is op 16 april 2012 begonnen. Het betreft 41 frequentievergunningen voor het gebruik van de frequentieruimte in de frequentiebanden 800, 900 en 1800 MHz.<sup>107</sup> De winnaar van de veiling zal het gebruiksrecht verkrijgen op die frequentieruimte. Hij zal daarvoor een prijs moeten betalen. In de vergunning zal een ingebruiknameverplichting worden opgenomen. Deze ingebruiknameverplichting behelst de verplichting voor de vergunninghouder om de openbare elektronische communicatiedienst aan te bieden en de verplichting om dat in een gebied met een zekere omvang te doen. De verplichting waarborgt daarmee dat vergunninghouders ook daadwerkelijk door middel van de aan hen vergunde frequenties commercieel actief worden en er een dienst mee aanbieden. Aan de vergunning wordt dus de verplichting opgenomen om binnen een bepaalde tijd het netwerk uit te rollen over (geheel of een deel van) Nederland.<sup>108</sup> De frequentievergunning voldoet dus aan alle elementen van een concessie(overeenkomst).

Op grond van de Wp2000 wordt bij besluit een concessie verleend.<sup>109</sup> Een concessie is in de Wp2000 gedefinieerd als een 'recht om met uitsluiting van anderen openbaar vervoer te verrichten in een bepaald gebied gedurende een bepaald tijdvak'.<sup>110</sup> Uitsluitend de concessiehouder is bevoegd om het in het concessiebesluit beschreven openbaar vervoer te verrichten. De tweezijdigheid van een concessiebesluit blijkt uit artikel 29a Wp2000 waarin wordt gesteld dat een besluit tot verlening of wijziging van een concessie zonder dat daartoe een aanbesteding is gehouden, kan worden genomen indien de vervoerder niet binnen vier dagen na de dag waarop het voorgenomen besluit aan hem is bekendgemaakt aan de concessieverlener heeft doen blijken dat hij de concessie niet zonder voorbehoud aanvaardt. De uitvoeringsplicht is

---

107 Besluit van 22 december 2011, nr. WJZ/11168400, houdende bekendmaking van het via de procedure van veiling verdelen van vergunningen voor frequentieruimte in de 800, 900 en 1800 MHz-band, Stcrt. 2012, nr. 395 en de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz, Stcrt. 2012, 392.

108 Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz, Stcrt. 2012, 392, p. 47-48. Zie over de verdeling van frequenties tevens: N.A.N.M. van Eijk en A.W. Hins, 'Verdeling van radiofrequenties' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 45-70.

109 De concessie voor het beheer van de hoofdweginfrastructuur (die is verleend aan ProRail) wordt verleend op grond van de Spoorwegwet.

110 Artikel 1, aanhef en onder l, Wp2000.

gecodificeerd in artikel 34 Wp2000. Dit artikel bepaalt dat de concessiehouder verplicht is openbaar vervoer te verrichten volgens hetgeen in de concessie is bepaald en verplicht is de daaraan verbonden voorschriften na te leven. Ook deze regeling voldoet dus aan alle elementen van een concessie(overeenkomst).

### 5.6.3 Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen

Een eerste voorbeeld van een zuiver nationaal vergunningstelsel dat wellicht moet worden aangemerkt als een concessiestelsel, biedt de Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen. Op grond van artikel 26 van de onderliggende Regeling veiling benzinestations langs rijkswegen verleent de directeur Domeinen<sup>111</sup> het huurrecht aan de deelnemer die het hoogste bod op een huurrecht heeft uitgebracht, nadat de verschuldigde bedragen zijn voldaan. Daartoe sluit de directeur Domeinen een huurovereenkomst. Deze overeenkomst heeft een maximale looptijd van 15 jaren. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat voor het in gebruik geven van grond voor het vestigen van een verkooppunt van motorbrandstoffen uiteenlopende aanduidingen werden gebruikt, zoals 'concessie' en 'privaatrechtelijke vergunning'. In de wet is gekozen voor een huurovereenkomst, waarmee (volgens de memorie van toelichting) duidelijk wordt dat de rechtsverhouding tussen de Staat en de gebruiker van de locatie een zuiver privaatrechtelijk karakter heeft en de Staat hier handelt als eigenaar van de grond en dus in zijn privaatrechtelijke hoedanigheid.<sup>112</sup> In het verlengde hiervan is het opvallend hoe thans de verzorgingsplaatsen van oplaadpunten voor elektrische auto's worden verdeeld. Rijkswaterstaat heeft bepaald dat het plaatsen van een oplaadpunt een activiteit langs een rijksweg is waarvoor een vergunning op grond van de Wet beheer rijkswaterstaatswerken (Wbr) nodig is. Een dergelijke Wbr-vergunning zal uitsluitend worden verleend voor 459 door Rijkswaterstaat aangewezen verzorgingsplaatsen. Deze vergunning zal, in aansluiting op de 'concessieduur' (sic!) van servicestations, worden verleend met een maximale looptijd van 15 jaar. In de Kennisgeving Wijziging Voorzieningen op verzorgingsplaatsen langs rijkswegen (energielaadpunten) is een verdeelprocedure neergelegd.<sup>113</sup> Elektrisch rijden en daarmee de exploitatie van een oplaadpunt acht Rijkswater-

---

111 Op grond van artikel 1 van de Regeling veiling benzinestations langs rijkswegen is de 'directeur Domeinen' de directeur van de regionale directie Domeinen West te Leiden. 'Domeinen' is de dienst Domeinen van het Ministerie van Financiën.

112 Kamerstukken II 2004/05, 29 951, nr. 3, p. 1-2.

113 Deze verdeelprocedure is als volgt: 'Indien er vergunningen worden aangevraagd voor meer energielaadpunten dan er ruimte is op een verzorgingsplaats worden de aangevraagde energielaadpunten naar evenredigheid verdeeld onder de aanvragers, maar zodanig dat iedere aanvrager minimaal één energielaadpunt wordt vergund. Indien ook dan nog onvoldoende plaats is, wordt er onder de aanvragers geloot.' (Stcrt. 2011, 23149)

staat, blijkens de toelichting bij de kennisgeving, in het algemeen belang noodzakelijk. Om deze ontwikkeling te stimuleren is bepaald dat als een oplaadpunt binnen 1,5 jaar niet gebruiksgereed is, de vergunning vervalt. In paragraaf 4.2 is ingegaan op het onderscheid tussen burgerplichten en –lasten. Het vervallen van een vergunning kan worden aangemerkt als een burgerlast. Er is echter geen uitvoeringsplicht opgenomen. Betwijfeld moet dan ook worden of sprake is van een bezwarende titel en dus van een concessie. De vergunning heeft dan ook het karakter van een vergunning waarbij een bijzonder recht wordt verleend. De gevolgen van de vergunningverlening zijn dan ook vergelijkbaar met het verlenen van een concessieovereenkomst voor diensten, omdat de vergunningverlening aan de één (of aan 459) de uitsluiting van anderen tot gevolg heeft. Het is dan ook terecht dat Rijkswaterstaat een kennisgeving in de Staatscourant heeft gepubliceerd zodat eenieder ermee bekend kon zijn dat voor 16 januari 2012 een aanvraag moest worden ingediend.

#### 5.6.4 Winkeltijdenwet

Naast exclusieve vergunningstelsels in wetten in formele zin, kan ook schaarste worden gecreëerd bij gemeentelijke verordening. Hiervoor is al gewezen op de winkeltijdenverordeningen op grond waarvan het college van burgemeester en wethouders ontheffing kan verlenen aan één of enkele supermarkten om op zondag geopend te zijn.<sup>114</sup> Door de ontheffingverlening wordt de ene supermarkt bevoordeeld ten opzichte van andere supermarkten. Daarom is verdedigbaar dat, in lijn met het Betfair-arrest, alle potentiële supermarktexploitanten in aanmerkingen moeten kunnen komen voor deze ontheffing en dat de toedeling daarvan op een transparante wijze moet plaatsvinden. Het hangt van de bepalingen in de diverse gemeentelijke verordeningen af of de ontheffing ook kan worden aangemerkt als een concessie. Iedere gemeente kan immers voor zich bepalen of er een uitvoeringsplicht aan de ontheffingverlening wordt gekoppeld.

Over Winkeltijdenwetontheffingen is veel jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). Uit vaste jurisprudentie volgt dat aan de toekenning van een schaarse ontheffing (zoals op grond van de Winkeltijdenwet) onder meer uit een oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen

---

114 Het hier gekozen ontheffingstelsel past binnen de omschrijving van Schlössels & Zijlstra (Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811-812) dat de ontheffing handelen respectievelijk nalaten betreft waar de overheid in beginsel afwijzend tegenover staat, en die zij alleen in uitzonderlijke gevallen wil toestaan, omdat de zondagsrust wordt verstoord door de ontheffingverlening.

te worden gesteld. Deze zware eisen vertonen gelijkenis met het transparantiebeginsel.<sup>115</sup>

### 5.6.5 Wet milieubeheer: gemeentelijke afvalinzameling

Een laatste voorbeeld van een nationaal vergunningstelsel dat eigenlijk gekwalificeerd kan worden als een concessiestelsel dan wel een besluit waarbij een exclusief recht wordt verleend, is de gemeentelijke inzameling van afval. Op grond van de Wet milieubeheer (artikel 10.21 Wm) draagt het college van burgemeester en wethouders zorg voor de inzameling van huishoudelijke afvalstoffen. Artikel 10.24 Wm bepaalt dat de gemeentelijke afvalstoffenverordening ten minste regels bevat omtrent het overdragen of het ter inzameling aanbieden van huishoudelijke afvalstoffen aan een bij of krachtens de verordening aangewezen inzameldienst.<sup>116</sup> Op 18 november 2011 heeft de Hoge Raad geoordeeld over de vraag of een dergelijke aanwijzing aanbestedingsplichtig is.<sup>117</sup> In de afvalstoffenverordening van de gemeente Westland wordt bepaald dat het college van burgemeester en wethouders een inzameldienst aanwijst. Het college heeft de NV Huiscentrale Noord-Holland (HVC), een overheidsbedrijf, aangewezen als afvalinzamelaar. AVR (een private onderneming) is van mening dat deze aanwijzing aanbesteed had moeten worden en heeft een civiel kort geding gestart gericht tegen de afvalinzamelovereenkomst tussen HVC en de gemeente en een bestuursrechtelijke procedure tegen het aanwijzingsbesluit. De Hoge Raad oordeelt (kort samengevat) dat aan HVC een uitsluitend recht als bedoeld in artikel 17 Bao is verleend.<sup>118</sup> Daarom hoefde volgens de Hoge Raad in dit geval verder niet aan het EU-recht te worden getoetst. Als we nu kijken naar het Betfair-arrest valt op dat hier sprake is van een overheidsbedrijf: alle gemeenten waar het afval wordt ingezameld, zijn ook aandeelhouder van HVC. Ook in het Betfair-arrest wordt overwogen dat als een vergunning zou worden verleend 'een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen' de toekenning of de verlenging van exclusieve rechten voor de exploitatie van kansspelen ten gunste van één exploitant, zonder oproep tot mededinging,

---

115 O.a. CBB 8 januari 2010, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono, Vz CBB 7 juli 2011, AB 2011/179 en CBB 7 december 2011, AB 2012/55, beide m.nt. C.J. Wolswinkel.

116 Over afvalinzameling bestaat al jurisprudentie, o.a. Hof Arnhem 25 juni 1996, BR 1996, p. 753, ABRvS 28 oktober 1996, BR 1997, p. 269 en AB 1997/17, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

117 HR 18 november 2011, LJV BU4900 (AVR/Westland).

118 Er wordt volgens de Hoge Raad voldaan aan de zogenaamde 'Teckal-doctrine', nu (1) HVC een overheidsbedrijf is, (2) HVC de verwerking van huishoudelijk afval slechts verricht ten behoeve van de in haar deelnemende gemeenten, (3) er geen aanwijzingen zijn dat eventuele andere activiteiten van HVC ten opzichte hiervan veel meer dan marginaal zijn en (4) voldaan is aan artikel 17 Bao.

niet onevenredig is. De vragen of de Teckal-doctrine en dit toezichtcriterium verschillende criteria zijn en in hoeverre HVC aan dit criterium voldoet, zijn interessante vragen, maar gaan het bestek van dit artikel te buiten. Voor hier wil ik de casus wat veranderen: stel nu dat de gemeente Westland de afvalinzameling niet zou hebben opgedragen aan een overheidsbedrijf, maar aan een private partij. Zou een rechter dan tot een ander oordeel moeten komen? Allereerst is dan de vraag hoe de rechtsverhouding tussen de gemeente en inzamelaar gekwalificeerd moet worden. Is sprake van een aanwijzingsbesluit met uitvoeringsovereenkomst of van een inzamelovereenkomst met een voorbereidingsbesluit? Gelet op de wettelijke regeling in de Wet milieubeheer, waarin een aanwijzingsbevoegdheid is geattribueerd, acht ik de eerste optie aannemelijker.<sup>119</sup> Vervolgens is de vraag of dit aanwijzingsbesluit materieel voldoet aan de kenmerken van een concessiebesluit dan wel dat sprake is van een besluit waarbij een exclusief (of uitsluitend) recht wordt verleend en dat hetzelfde effect heeft als een concessieverlening.<sup>120</sup> Dit zal, net als bij de Winkeltijdenwet, afhankelijk zijn van de diverse gemeentelijke afvalstoffenverordeningen en de vraag of hierin een uitvoeringsplicht is opgenomen. Net als Van Hulsteijn acht ik het verdedigbaar dat ook de verlening van een uitsluitend recht in overeenstemming met het VWEU moet zijn.<sup>121</sup> Ongeacht of sprake is van een concessie of van een vergunning waarbij een exclusief recht wordt verleend, zou in dit geval een transparante verdeelprocedure vereist zijn.

## 5.7 AFRONDING

In dit artikel heb ik geprobeerd antwoord te geven op de vraag wat het Betfair-arrest leert over de vraag op welke Nederlandse rechtsfiguren het 'Europese' transparantiebeginsel van toepassing zou kunnen zijn. Buiten twijfel is dat het transparantiebeginsel van toepassing is bij opdrachtverlening en concessie-

---

119 Zie tevens F.J. van Ommeren en J. Vermont, 'Uit- en aanbesteden in het publiek- en privaatrecht? De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen', *Gst.* 2007/7. Zie tevens rechtbank Den Bosch 27 april 2012 (LJN BW6321), maar anders: Rechtbank Leeuwarden 27 januari 2010 (LJN BL0852) en rechtbank Den Haag 29 februari 2012 (LJN BW5722).

120 Men zou ook nog van mening kunnen verschillen over de vraag of sprake zou kunnen zijn van een concessie of opdracht. Het Hof van Justitie heeft eerder over een dienstverleningsovereenkomst voor de inzameling van huishoudelijk afval geoordeeld dat sprake was van een opdracht, omdat uit deze overeenkomst bleek dat de betaalde vergoeding uitsluitend bestond in een betaling en niet in het recht op exploitatie van de dienst (HvJ EG 10 november 1998, nr. C-360/96, Arnhem en Rheden/BFI Holding BV).

121 Van Hulsteijn 2012, p. 46. Manunza vroeg zich in 2001 al af of dit soort publiekrechtelijke overeenkomsten niet binnen de reikwijdte van de richtlijn zouden (moeten) vallen (E.M. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, Deventer: Kluwer, 2001, p. 192-193).

verlening zoals bedoeld in de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Uit het *Betfair*-arrest volgt dat ook voor de verlening van uitsluitende ('exclusieve') of bijzondere rechten in beginsel een transparante verdeelprocedure moet plaatsvinden, tenzij voldaan wordt aan de in dat arrest genoemde uitzondering. Dergelijke uitsluitende rechten kunnen bij vergunning worden verleend. Besluiten (met name vergunningen) die vergelijkbare gevolgen hebben als concessieovereenkomsten, omdat zij één partij (of enkele partijen) selecteren ten koste van anderen, moeten op grond van het *Betfair*-arrest, voldoen aan de Verdragsbeginselen, waaronder het transparantiebeginsel. Het toepassingsbereik van het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel is daarmee uitgebreid naar bepaalde soorten vergunningstelsels, namelijk naar stelsels waarbinnen schaarse vergunningen worden verstrekt. Hiervoor zijn enkele Nederlandse vergunning- en ontheffingstelsels genoemd waarin sprake is van een dergelijke selectie.

Manunza maakt in haar preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht onderscheid tussen 'aanbestedingsrecht stricto sensu' en 'aanbestedingsrecht in ruime zin'. Onder het aanbestedingsrecht in ruime zin valt volgens haar ook de verdeling van schaarse rechten bij vergunning. Zij ziet geen goede redenen om het mechanisme van de openbare aanbesteding te beperken tot de klassieke overheidsopdrachten.<sup>122</sup> De motieven die aan een aanbestedingsverplichting ten grondslag liggen,<sup>123</sup> gelden immers even sterk bij de verstrekking van schaarse vergunningen en bepaalde subsidies. Volgens haar zou daarom overwogen kunnen worden om de reikwijdte van de Aanbestedingswet 2012 uit te breiden.<sup>124</sup> Op basis van bovenstaande analyse kan ik mij vinden in deze visie op het 'aanbestedingsrecht in ruime zin'. Ook schaarse vergunningen moeten blijkens het *Betfair*-arrest transparant worden verleend. Deze verplichting om een transparante verdeelprocedure te organiseren kan worden aangeduid als een 'aanbesteding light'. Daarmee bedoel ik dat bij de verlening van bepaalde schaarse besluiten, zoals vergunningen, geen volledige aanbesteding volgens de regels van de aanbestedingsrichtlijnen hoeft plaats te vinden, maar – gelet op het *Betfair*-arrest – wel een transparante verdeelprocedure zal moeten plaatsvinden. De Awb bevat (nog) geen wettelijke regeling omtrent verlening van schaarse besluiten. Een dergelijke regeling zou zowel in de Awb als in de Aanbestedingswet 2012 kunnen worden opgenomen, waarin dan direct een verplichting tot een transparante verdeelprocedure zou kunnen worden opgenomen.

---

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

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

124 Manunza 2010, p. 109-111.

Om de reikwijdte van het transparantiebeginsel te kunnen bepalen is daarnaast van belang dat het Europees en nationaal recht aan rechtsfiguren met dezelfde benaming een andere uitleg geven. Dit heeft tot gevolg dat een Nederlandse vergunning met een uitvoeringsovereenkomst onder omstandigheden gekwalificeerd kan worden als concessieovereenkomst als bedoeld in de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Voor een verdere ontwikkeling van het leerstuk van de schaarse publieke rechten is het daarom van belang dat de uitleg van diverse rechtsfiguren naar Nederlands en Europees recht wordt geharmoniseerd. Overwogen zou kunnen worden het begrip 'concessie' aan aanwijzing 125 van de Aanwijzingen voor de regelgeving toe te voegen. Hiermee wordt wetgevingsjuristen expliciet de mogelijkheid geboden om in plaats van een vergunning met uitvoeringsplicht, een concessiebesluit te introduceren.

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

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

### 6.1 INLEIDING

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

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

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

---

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

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

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

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

## 6.2 HET BETFAIR-ARREST IN HET KORT

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

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

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

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

---

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

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

6 R.o. 46.

7 R.o. 47.

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

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

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

---

8 R.o. 48-51.

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

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

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

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

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

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

### 6.3 DE OPDRACHT

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

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

---

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

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

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

#### 6.4 DE CONCESSIE

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

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

---

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

16 Zie Stergiou 2011 voor een overzicht van deze jurisprudentie.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

## 6.5 DE VERLENING VAN EXCLUSIEVE RECHTEN

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

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

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

23 Artikel 106 lid 1 VWEU.

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

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

26 Een uitsluitend recht is volgens het Bao 'een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen'.

27 Een bijzonder recht is volgens het Bao 'een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend en waarbij binnen een bepaald geografisch gebied: (1) het aantal van deze ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer wordt beperkt, (2) verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aangewezen, of (3) aan een of meer ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria voordelen worden toegekend waardoor enige andere onderneming aanzienlijk wordt belemmerd in de mogelijkheid om dezelfde activiteiten binnen hetzelfde geografische gebied onder in wezen gelijkwaardige voorwaarden uit te oefenen'.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

## 6.6 VERGUNNINGEN

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

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

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

---

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

35 Artikel 4 *Dienstenrichtlijn*.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

43 COM(2011) 897 definitief.

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

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

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

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

### 6.7.1 Bezwarende titel: uitvoeringsplicht

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

50 Stergiou 2011.

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

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

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

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

### 6.7.2 Overeenkomst

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

kunnen worden aangemerkt als een 'bijzonder of uitsluitend recht' als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen. Een uitsluitend recht is een recht dat bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen. Dit is het geval bij de kansspelvergunningen. In de WoK noch in de verleende kansspelvergunningen is een uitvoeringsplicht opgenomen. Dat betekent dat deze vergunningen mijns inziens niet voldoen aan de definitie van een concessie, maar dat wel sprake is van een besluit waarbij een exclusief recht wordt verleend.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

65 Nijhof 2000, p. 236-238.

66 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 839.

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

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

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

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

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

#### 6.10 AFRONDING

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

71 Manunza 2010, p. 109-111.

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

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

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

## 7 | Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?<sup>1</sup>

Subsidies worden steeds vaker verdeeld door middel van een zogenaamde ‘tenderprocedure’ waarbij de aanvragen onderling worden gerangschikt. Zo’n procedure lijkt op een aanbestedingsprocedure. In dit artikel worden enkele overeenkomsten en verschillen tussen een subsidie(tender)- en aanbestedingsprocedure beschreven. Daarbij wordt ingegaan op de formele en materiële verschillen tussen subsidie- en opdrachtverlening. Uit deze vergelijking zal blijken dat de overeenkomsten zo groot zijn, dat de vraag gerechtvaardigd is of het strikte onderscheid tussen subsidie- en aanbestedingsrecht nog langer houdbaar is. In het bijzonder wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het transparantiebeginsel, dat in acht moet worden genomen bij aanbestedingsprocedures, ook toegepast zou moeten worden op subsidieverlening.

### 7.1 INLEIDING

Gemeenten en andere decentrale overheden staan voor grote bezuinigingsopgaven. Dit heeft gevolgen voor subsidieverlening. Door middel van het vaststellen van een subsidieplafond kan het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is, worden vastgelegd.<sup>2</sup> De overschrijding van het subsidieplafond is een verplichte weigeringsgrond voor een subsidieaanvraag.<sup>3</sup> Door het verlagen van het subsidieplafond kunnen bezuinigingen worden gerealiseerd. Als de beschikbare budgetten moeten worden verlaagd, kan dit ook reden zijn om de wijze van subsidieverlening te heroverwegen: gemeentebesturen kiezen nu vaak voor subsidieverdeling op volgorde van ontvangst van de aanvragen oftewel ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’. Nu er minder subsidiegeld beschikbaar is, maar de vraag naar subsidie gelijk of zelfs groter is, is het de vraag of dit de meest geschikte methode is. Het tijdstip van indiening van de aanvraag is immers vaak min of meer toevallig en zegt niets over de kwaliteit van de activiteit waarvoor subsidie wordt aangevraagd. Een alternatief systeem van subsidieverlening is om te bepalen dat de aanvragen voor een bepaalde datum moeten worden ingediend, zodat vervolgens op

---

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *Gst.* 2011/115. De inhoud ervan is afgerond op 26 augustus 2011. Het artikel is door de redactieraad als wetenschappelijk artikel beoordeeld.

2 Artikel 4:22 Awb.

3 Artikel 4:25 lid 2 Awb.

grond van kwalitatieve criteria een selectie kan worden gemaakt.<sup>4</sup> Deze vergelijkende toets wordt ook wel ‘tender’ of ‘beauty contest’ genoemd. Juist deze verdeelmethode waarbij subsidieaanvragen onderling worden vergeleken en gerangschikt, lijkt sterk op een aanbestedingsprocedure.

In dit artikel zal ik beschrijven hoe een aanbestedingsprocedure (waarbij een opdracht verleend wordt) en hoe een procedure ter verdeling van schaarse subsidies verloopt (paragraaf 7.2). Uit deze beschrijvingen van het aanbestedings- en subsidierecht blijkt dat schaarse subsidieverlening grote overeenkomsten vertoont met opdrachtverlening (paragraaf 7.3). Het onderscheid tussen opdrachten en subsidies is zelfs dermate klein dat mijns inziens onder omstandigheden een subsidie gekwalificeerd zou moeten worden als een opdracht.

Als een subsidieplafond wordt vastgesteld, wordt een situatie van schaarste gecreëerd en zoals in ieder geval van schaarste, leidt ook subsidieschaarste (ongeacht de wijze van subsidieverdeling) tot enige vorm van competitie. Steeds vaker komt in procedures de vraag aan de orde of een subsidiepot wel rechtmatig door het bestuursorgaan is verdeeld.<sup>5</sup> Sommige subsidieverdeelprocedures worden ervaren als een ‘black box’ waar de selectie van de subsidieontvangers niet eerlijk is verlopen. In het aanbestedingsrecht zijn vaak vergelijkbare geluiden te horen. Bij een aanbestedingsprocedure selecteert een aanbestedende dienst ook een of enkele partijen voor een bepaalde opdracht. Deze ervaringen uit het aanbestedingsrecht kunnen worden gebruikt bij de verdeling van schaarse subsidies. Een van de beginselen die een aanbestedende dienst in acht moet nemen bij de selectie is het zogenaamde ‘transparantiebeginsel’. Dit beginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt voorkomen. Als een subsidie gekwalificeerd zou kunnen worden als een opdracht, heeft dit tot gevolg dat dit transparantiebeginsel op subsidieverlening van toepassing zou zijn. Dit geldt zowel voor subsidieverlening door middel van een tender als voor andere verdeelmethodes zoals ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’ of loting. Daarom wordt in paragraaf 7.4 beschreven wat dit beginsel inhoudt en welke rol dit beginsel zou kunnen spelen bij subsidieverlening.<sup>6</sup> In dit artikel ligt de nadruk op het

---

4 Vgl. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

5 Zie M.J. Jacobs & W. den Ouden, ‘Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot’, *JBplus* 2011, p. 35 e.v. (Jacobs & Den Ouden 2011a).

6 De afgelopen tijd is er meer geschreven over schaarse subsidieverlening. Zie bijvoorbeeld Jacobs & Den Ouden 2011a en M.J. Jacobs & W. den Ouden, ‘Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega’s, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure’ in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 203 e.v. (Jacobs & Den Ouden 2011b in Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011). Veel van deze artikelen nemen echter de subsidietitel uit de Awb als uitgangspunt. In dit artikel kies ik een andere invalshoek, namelijk die van het civiele en Europese aanbestedingsrecht. In twee eerdere publicaties ben ik al in algemene zin ingegaan op het transparantiebeginsel en de Awb, maar daarin ben ik niet specifiek ingegaan op het subsidierecht (A. Drahmman,

formele onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening. In de volgende editie van *Gemeentestem* zal ik ingaan op de transparantie van het materiële subsidierecht.

## 7.2 HET VERLOOP VAN EEN AANBESTEDINGS- EN SUBSIDIEPROCEDURE

De meeste gemeenten hebben inkoop (waar de aanbestedingsprocedures georganiseerd worden) en subsidieverlening ondergebracht in verschillende afdelingen. Naast deze functionele scheiding zijn beide procedures ook juridisch gescheiden: op subsidieverlening is de Awb<sup>7</sup> van toepassing, terwijl op het aanbestedingsrecht het burgerlijk recht van toepassing is.<sup>8</sup> De procedurele overeenkomsten tussen subsidie- en opdrachtverlening zijn echter groot. Hierna zullen beide procedures kort worden beschreven.

### 7.2.1 Aanbestedingsprocedure

Een aanbestedingsprocedure vangt aan met de wens van een aanbestedende dienst<sup>9</sup> om een overheidsopdracht te plaatsen of een concessieovereenkomst te sluiten. Het doel van een aanbestedingsprocedure is dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoop tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans maken op een opdracht.<sup>10</sup> Een overheidsopdracht kan betrekking hebben op werken,<sup>11</sup>

---

'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie (Jonge VAR-reeks 8)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 en A. Drahmman, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011).

7 Titel 4.2 Awb. Deze titel is op 1 januari 1998 in werking getreden (Derde tranche Awb, Kamerstukken 23 700).

8 Juli 2010 is het wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet 20.. aan de Tweede Kamer aangeboden. Het wetsvoorstel bevat 'een hernieuwde, toegankelijker implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en rechtsbeschermingsrichtlijnen' (aldus de memorie van toelichting, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 3). Het betreft Richtlijn 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2007/66/EG. Op dit moment zijn de richtlijnen geïmplementeerd in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass), de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen en de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). Daarnaast is de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de uitleg van de richtlijnen van belang.

9 Onder het begrip 'aangebestedende dienst' vallen niet alleen publiekrechtelijke rechtspersonen. Ook publiekrechtelijke instellingen vallen onder dit begrip. Dit zijn instellingen die (kort samengevat) specifiek ten doel hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang, en waarvan de financiering, het beheer of het toezicht in hoofdzaak bij een publiekrechtelijke rechtspersoon liggen (artikel 1.1 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 20.., Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 2).

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

diensten<sup>12</sup> of leveringen.<sup>13</sup> Een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht resulteert in een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Dit betekent dat de aanbestedende dienst voor een werk, dienst of levering een prijs moet betalen of een andersoortige economische tegenprestatie moet verstrekken.<sup>14</sup>

Voor het sluiten van een overheidsopdracht bestaan verschillende soorten aanbestedingsprocedures. Onderscheid kan gemaakt worden tussen de procedures die zijn neergelegd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen en nationale aanbestedingsprocedures. De Europese richtlijnen zijn van toepassing op opdrachten boven een bepaalde drempelwaarde.<sup>15</sup> Als de waarde van de voorgenomen opdracht de drempelwaarde overschrijdt, kan de aanbestedende dienst kiezen tussen de openbare of niet-openbare procedure.<sup>16</sup>

De openbare procedure bestaat uit een aantal stappen.<sup>17</sup> Allereerst maakt de aanbestedende dienst een aankondiging van de overheidsopdracht bekend. Na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 20.. zullen al deze aankondigingen op de website van TenderNed geplaatst worden. In de aankondiging moet de termijn voor het indienen van inschrijvingen worden vermeld. Daarnaast moet in de aankondiging worden vermeld waar de aanbestedingsstukken

---

11 Bij werken kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de aanleg van een weg of brug of ander bouwkundig of civieltechnisch werk.

12 Onder diensten worden bijvoorbeeld verstaan onderhoudswerkzaamheden, maar ook accountantsdiensten en onderzoeksopdrachten.

13 Leveringen zijn bijvoorbeeld de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten.

14 Een concessieovereenkomst lijkt op een overheidsopdracht, maar heeft als verschil dat de tegenprestatie van de aanbestedende dienst voor het werk of de dienst bestaat uit het verlenen van een uitsluitend (exclusief) recht de dienst of het werk te exploiteren (al dan niet gecombineerd met een betaling) en waarbij het exploitatierisico dus bij de concessiehouder ligt in plaats van bij de aanbestedende dienst.

15 Van 1 januari 2010 tot 1 januari 2012 bedraagt de drempelwaarde voor werken €4.845.000. De drempelwaarde voor leveringen en diensten aan de centrale overheid bedraagt €125.000 en voor leveringen en diensten aan decentrale overheden en publiekrechtelijke instellingen €193.000.

16 Bij bijzonder complexe zaken kan ook gekozen worden voor de procedure van de concurrentiegerichte dialoog (artikel 2.28 e.v. van het wetsvoorstel). Deze procedure wordt hier niet nader toegelicht.

Het verschil tussen de niet-openbare procedure en de openbare procedure is dat bij de niet-openbare procedure een voorselectie plaatsvindt. In dat geval maakt de aanbestedende dienst nog steeds een (algemene) aankondiging van de overheidsopdracht bekend en kan eenieder op basis daarvan aangeven deel uit te willen maken van de voorselectie. De aanbestedende dienst toetst de gegadigden aan de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Vervolgens beoordeelt de aanbestedende dienst de gegadigden aan de vooraf vastgestelde selectiecriteria en vindt een selectie plaats. In de aankondiging moet vermeld worden hoeveel gegadigden door de dienst zullen worden geselecteerd en wat de selectiewijze is (bijvoorbeeld loting of rangordebepaling). Uitsluitend de geselecteerde gegadigden worden uitgenodigd tot inschrijving. De rest van de procedure is gelijk aan de openbare procedure.

17 Artikel 2.26 van het wetsvoorstel. De procedure voor het sluiten van een concessieovereenkomst is vergelijkbaar (artikel 2.41 van het wetsvoorstel).

kunnen worden opgevraagd. In deze aanbestedingsstukken moet worden beschreven hoe de inschrijvingen zullen worden beoordeeld. Na het verstrijken van de inschrijvingstermijn toetst de aanbestedende dienst aan de zogenaamde uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen.<sup>18</sup> Na deze eerste toets beoordeelt de aanbestedende dienst de geldige inschrijvingen aan de hand van vooraf vastgestelde gunningscriteria. De gunningscriteria kunnen betrekking hebben op de economisch meest voordelige inschrijving of de laagste prijs. Als het criterium van de 'economisch meest voordelige inschrijving' wordt toegepast, moet in de aankondiging bekend worden gemaakt wat hieronder wordt verstaan.<sup>19</sup> Aan ieder van de nadere criteria zal normaliter een relatief gewicht (een volgorde van belang) worden verbonden, zodat uiteindelijk de economisch meest voordelige inschrijving kan worden bepaald. Na de toets aan de gunningscriteria kan worden bepaald welke inschrijving het economisch meest voordelig is of de laagste prijs heeft. Op basis hiervan kan een gunningsbeslissing worden genomen. Deze gunningsbeslissing wordt door de aanbestedende dienst medegedeeld aan de betrokken gegadigden. Voordat de aanbestedende dienst de overeenkomst kan sluiten met de 'winnaar' van de aanbesteding, moet een opschortende termijn van ten minste vijftien dagen in acht worden genomen.<sup>20</sup> Gedurende deze termijn kunnen de 'verliezers' van de aanbesteding een civiel kort geding starten om te voorkomen dat de overeenkomst wordt gesloten.

### 7.2.2 De verleningsprocedure bij schaarse subsidies

Een subsidie is een 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.<sup>21</sup> De procedure voor subsidieverstrekking verloopt als volgt.

De procedure van subsidieverstrekking kan meestal in twee fases worden verdeeld: de fase van de subsidieverlening en de fase van de subsidievaststelling.<sup>22</sup> De eerste fase (van subsidieverlening) vangt aan met het creëren van

---

18 Voorbeelden van een uitsluitingsgrond zijn een strafrechtelijke veroordeling, faillissement of ernstige beroepsfout. Geschiktheidseisen kunnen betrekking hebben op financiële en economische draagkracht of technische- en beroepsbekwaamheid.

19 Deze nadere criteria kunnen betrekking hebben op bijvoorbeeld kwaliteit, prijs, technische waarde, esthetische en functionele kenmerken, milieukenmerken of de termijn voor de levering of uitvoering (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 90).

20 Deze opschortende termijn wordt ook wel de 'standstill-termijn' of 'Alcatel-termijn' genoemd.

21 Artikel 4:21 Awb.

22 Op grond van de Aanwijzingen voor subsidieverstrekking (ook wel het Uniform Subsidiekader genoemd) worden kleine subsidies (tot €25.000) in beginsel direct vastgesteld (Stcrt. 2009, 20 306). In dat geval is dus geen sprake van subsidieverstrekking in twee fases.

een wettelijke grondslag voor de subsidie.<sup>23</sup> Indien een bestuursorgaan het beschikbare budget wil maximaliseren, kan het bestuursorgaan daarnaast bij of krachtens wettelijk voorschrift een subsidieplafond vaststellen. Een subsidie moet worden geweigerd als anders het subsidieplafond zou worden overschreden. Bij of krachtens wettelijk voorschrift moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld en bij de bekendmaking van het subsidieplafond moet de wijze van verdeling worden vermeld.<sup>24</sup> De subsidieaanvragen moeten voldoen aan de criteria voor subsidieverlening.<sup>25</sup> De beschikking tot subsidieverlening bevat een omschrijving van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend en het bedrag van de subsidie.<sup>26</sup> Aan de subsidieontvanger kunnen verplichtingen worden opgelegd die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie.<sup>27</sup> In beginsel zal de subsidieontvanger pas overgaan tot het realiseren van de activiteiten nadat de subsidie is verleend.<sup>28</sup>

Nadat de activiteiten zijn voltooid, zal de subsidieontvanger een aanvraag tot subsidievaststelling indienen. Dit is de tweede fase van de subsidieprocedure.<sup>29</sup> Indien geen aanvraag tot subsidievaststelling wordt ingediend, kan de subsidie ambtshalve worden vastgesteld. In de aanvraag moet worden aangetoond dat de activiteiten overeenkomstig de subsidieverplichtingen hebben plaatsgevonden en moet rekening en verantwoording worden afgelegd over de gedane uitgaven. In de beschikking tot subsidievaststelling wordt het bedrag van de subsidie vastgesteld.<sup>30</sup> Het subsidiebedrag wordt overeenkomstig de subsidievaststelling betaald. In de praktijk wordt vrijwel altijd met bevoorschotting gewerkt.<sup>31</sup>

De procedure die is neergelegd in de Awb is een globale regeling. Zo bepaalt artikel 4:26 Awb dat als er een subsidieplafond wordt vastgesteld, bij wettelijk voorschrift moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld. De Awb laat de wijze van verdeling geheel vrij. Dit betekent dat

---

23 Artikel 4:23 Awb.

24 Artikel 4:22 en 4:25-4:28 Awb.

25 Artikel 4:35 Awb bevat een aantal weigeringsgronden. Daarnaast kan het wettelijk voorschrift waarin de wettelijke grondslag voor de subsidieverstreking is opgenomen weigeringsgronden bevatten.

26 Artikel 4:30-4:36 Awb.

27 Artikel 4:37-4:41 Awb.

28 Indien de activiteit al is voltooid voordat de subsidie is aangevraagd, kan de subsidieverlening worden overgeslagen en kan direct de subsidie worden vastgesteld (artikel 4:43 Awb).

29 Het onderscheid tussen subsidieverlening en -vaststelling betekent niet dat de subsidieverlening voorlopig of vrijblijvend is. Als de activiteiten worden verricht en de verplichtingen worden nagekomen, kan het bestuursorgaan in beginsel niet meer op de subsidieverlening terugkomen (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 21). Dit heeft tot gevolg dat de vraag of de schaarse gelden rechtmatig worden verdeeld met name of zelfs uitsluitend een rol speelt bij de subsidieverlening.

30 Artikel 4:42-4:47 Awb.

31 Sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb is bevoegdheid om voorschotten te verlenen neergelegd in artikel 4:95 Awb.

het gemeentebestuur over beleidsvrijheid beschikt om te kiezen voor een van de volgende verdelingsprocedures:

- 1 verdeling op volgorde van binnenkomst;
- 2 loting;
- 3 veiling; en
- 4 vergelijkende toets ('tender' of 'beauty contest').<sup>32/33</sup>

De vergelijkende toets wordt zowel op rijks- als decentraal niveau bijvoorbeeld gehanteerd bij subsidies voor wetenschappelijk onderzoek en in de kunstsector. Zo bepalen de Uitvoeringsregeling amateurkunst Noord-Holland en Uitvoeringsregeling cultuureducatie samenwerkingsprojecten Noord-Holland dat als honorering van alle daarvoor in aanmerking komende aanvragen zou leiden tot een overschrijding van de subsidieplafonds deze aanvragen gerangschikt zullen worden.<sup>34</sup>

### 7.2.3 Overeenkomsten tussen subsidie- en aanbestedingsprocedure

Uit bovenstaande algemene beschrijvingen van het verloop van een aanbestedingsprocedure en een verleningsprocedure voor schaarse subsidies blijkt dat er de volgende procedurele parallellen zijn te trekken:

Het subsidieplafond moet worden bekendgemaakt, net als de start van de aanbestedingsprocedure bekend moet worden gemaakt. Als een subsidieplafond wordt ingesteld dan moet worden bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld. In het aanbestedingsrecht worden de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningscriteria voorafgaand aan de procedure vastgelegd in een bestek. Daarnaast bevatten de Awb en de subsidieregeling weigeringsgronden, zoals een eerder faillissement van de aanvrager. Deze weigeringsgronden zijn te vergelijken met de uitsluitingsgronden in een

---

32 Soms wordt de aanbesteding nog als een aparte verdeelmethode genoemd. Zie voor een beschrijving van de verschillende verdeelmethodes: C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 177 e.v. en F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen; de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 9 e.v. Voor de verdeelmethodes bij subsidieverlening verwijs ik naar Jacobs & Den Ouden 2011a en 2011b.

33 Bovenstaande verdeelprocedures moeten onderscheiden worden van subsidieverlening waarbij als subsidieverplichting is opgenomen dat voordat derden worden ingeschakeld, deze derden door middel van een (openbare) aanbesteding moeten worden geselecteerd. In dat geval bepaalt de aanbesteding dus niet wie de subsidieontvanger wordt en is dit dus niet de gehanteerde verdeelmethode. Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 juni 2010, LJN BM9639, waar de subsidie lager werd vastgesteld omdat het transparantiebeginsel door de subsidieontvanger niet in acht was genomen.

34 Zie [www.noord-holland.nl/web/Digitaal-loket/Subsidies/Actuele-subsidies.htm](http://www.noord-holland.nl/web/Digitaal-loket/Subsidies/Actuele-subsidies.htm) voor alle subsidieregeling van de provincie Noord-Holland, waaronder de genoemde uitvoeringsregelingen.

aanbestedingsprocedure. Nadat de subsidieaanvragen zijn ingediend, zal worden bezien of deze volledig zijn en aan de criteria voor subsidieverlening voldoen. Dit kan worden vergeleken met de toets aan de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen in het aanbestedingsrecht. Vervolgens zal in het subsidierecht een rangschikking plaatsvinden. Deze rangschikking kan op datum van binnenkomst zijn of op basis van kwalitatieve criteria. In het aanbestedingsrecht is dit de toets aan de gunningscriteria. Nadat deze toets heeft plaatsgevonden, zal in het subsidierecht overgegaan worden tot subsidieverlening.<sup>35</sup> In het aanbestedingsrecht resulteert dit in de gunningsbeslissing. Op basis van de subsidie- dan wel opdrachtverlening ontstaat er een aanspraak op financiële middelen. Het bestuursorgaan is gehouden financiële middelen te verstrekken indien de activiteit waarvoor de subsidie dan wel opdracht is verleend, wordt uitgevoerd.

De overeenkomsten zijn het duidelijkst bij subsidieverlening door middel van een tenderprocedure, omdat dan de aanvragen meestal worden vergeleken op basis van kwalitatieve criteria en, net als bij opdrachtverlening, voor de diverse criteria punten kunnen worden gescoord die uiteindelijk leiden tot een rangschikking, waarbij degene met de meeste punten de subsidie respectievelijk opdracht krijgt. De relevantie van dit artikel is echter niet beperkt tot subsidietendering. Ook subsidieverlening op volgorde van binnenkomst is namelijk een vorm van rangschikking. Het verleningscriterium is in dat geval de datum van ontvangst van de aanvraag. Daarmee is de overeenkomst met opdrachtverlening gegeven. Ook bij een dergelijke subsidieverlening is het mijns inziens noodzakelijk voorafgaand aan de subsidieverlening 'spelregels' vast te stellen en bekend te maken. Deze spelregels kunnen korter en eenvoudiger zijn dan bij subsidietendering, maar zijn in het kader van een transparante procedure wel noodzakelijk.

De procedurele overeenkomsten tussen subsidie- en opdrachtverlening kunnen schematisch als volgt worden weergegeven:

---

35 De uitspraak CBB 15 april 2004, AB 2004/231, m.nt. J.H. van der Veen, heeft betrekking op een subsidieregeling waar slechts een rangschikking plaatsvindt van de aanvragen die een positief advies van een adviescommissie hadden gekregen. In deze regeling fungeerde het negatieve advies van de adviescommissie dus als uitsluitingsgrond.



Zoals gesteld zijn, ondanks de hiervoor beschreven procedurele parallellen, het aanbestedingsrecht en het subsidierecht geheel naast elkaar gereguleerd. Dit kan worden gerechtvaardigd door te stellen dat aanbesteden en subsidies verlenen materieel gezien van elkaar verschillen. Ook hier is echter een grijs gebied waar het moeilijk is te bepalen of nog sprake is van een subsidie of dat sprake is van een opdracht. Een voorbeeld is een gemeente die aan een universiteit gelden verstrekt voor het verrichten van een bepaald onderzoek. Soms zal sprake zijn van subsidiëring, soms van een commerciële transactie waarbij de gemeente een noodzakelijk geacht onderzoek 'uitbestedt'.<sup>36</sup> Daarnaast beëindigen gemeenten soms langdurige subsidiërelaties om dezelfde activiteit aan te besteden in plaats van te subsidiëren. Dit gebeurt bijvoorbeeld op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo).<sup>37</sup>

### 7.3 VERSCHILLEN TUSSEN SUBSIDIE- EN OPDRACHTVERLENING

Hiervoor is gewezen op de procedurele overeenkomsten tussen subsidie- en opdrachtverstrekking. Er zijn echter ook verschillen tussen opdracht- en subsidieverlening. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen formele

<sup>36</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33.

<sup>37</sup> O.a. ABRvS 9 september 2009, AB 2010/87, m.nt. W. den Ouden en ABRvS 10 juni 2009, AB 2009/369, m.nt. M. Nijhuis en W. den Ouden.

en materiële verschillen. Hierna zal ik eerst ingaan op de formele en daarna op de materiële verschillen.

### 7.3.1 Formeel verschil

Een formeel verschil tussen opdracht- en subsidieverlening is dat opdracht- of concessieverlening altijd resulteert in een civielrechtelijke overeenkomst, terwijl een subsidie verleend wordt bij besluit en dus bestuursrechtelijk is.<sup>38</sup> De definitie van een overheidsopdracht in Richtlijn 2004/18/EG bepaalt immers dat sprake moet zijn van een schriftelijke overeenkomst.<sup>39</sup> Hetzelfde geldt voor een concessieovereenkomst. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) dat een vrijstellingsbesluit op grond van de Wet op de Ruimtelijke Ordening geen schriftelijke overeenkomst is, waardoor geen sprake kan zijn van een overheidsopdracht en dus het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) niet van toepassing is.<sup>40</sup>

Hoewel dit een duidelijk verschil is, overtuigt het mij niet. Artikel 4:21 Awb hanteert immers een materieel subsidiebegrip.<sup>41</sup> Iedere aanspraak op financiële middelen die voldoet aan de definitie van artikel 4:21 Awb is een subsidie.<sup>42</sup> Ook een bijdrage die is 'vermomd' als overeenkomst van opdracht kan worden gekwalificeerd als subsidie door de bestuursrechter. Dit was het geval in de uitspraak van het CBb van 9 september 2008 waarin SenterNovem bekend had gemaakt dat Nederlandse bedrijven in aanmerking konden komen voor een 'financiële ondersteuning' als zij zouden willen samenwerken met ondernemers in Turkije.<sup>43</sup> SenterNovem had 'tenderinstructies' bekendgemaakt en vervolgens met bedrijven een overeenkomst tot opdracht gesloten. Het CBb oordeelde dat ondanks dat een overeenkomst was gesloten, sprake was van een subsidie. SenterNovem betoogde dat met de opdracht haar eigen belang

38 Zie echter M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 247 e.v. (Nijhof 2000). Nijhof betoogt dat een concessie een tweezijdige publiekrechtelijke rechtsbetrekking is, hetgeen ten onrechte niet wordt gereguleerd door de Awb.

39 Artikel 1 lid 2 onderdeel a Richtlijn 2004/18/EG luidt als volgt: "'Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn."

40 ABRvS 6 januari 2010, nr. 200904099.

41 Vgl. ABRvS 8 oktober 2008, AB 2009/223, m.nt. W. den Ouden, waarin de Afdeling oordeelde dat voor het antwoord op de vraag of een aanspraak op financiële middelen moet worden aangemerkt als een subsidie niet doorslaggevend is of partijen deze als zodanig aanmerken, maar of deze aanspraak valt onder de omschrijving in artikel 4:21 Awb.

42 Artikel 4:21 Awb bepaalt dat onder subsidie wordt verstaan: "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."

43 CBb 9 september 2008, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

werd gediend, omdat hiermee bilaterale afspraken en dus internationale verplichtingen met Turkije werden nagekomen. Volgens het CBb werd echter primair het algemeen belang gediend en niet de rechtstreekse belangen van SenterNovem. Daarnaast was de bijdrage eerder als stimuleringsbijdrage te beschouwen dan als betaling voor geleverde goederen of diensten. Verder hadden de betalingen ook niet een commercieel karakter: niet de werkelijke kosten (met winstmarge), maar slechts de helft van de kosten werden gefinancierd. Dat het initiatief bij SenterNovem vandaan kwam en dat het programma vanuit fiscaal perspectief als opdrachtenprogramma werd gekwalificeerd, was een onvoldoende onderscheidend criterium.

In een andere subsidiezaak heeft de Afdeling het wel van doorslaggevend belang geacht dat er geen overeenkomst was gesloten.<sup>44</sup> Vanwege het enkele feit dat er geen overeenkomst was gesloten (maar een aanwijzing had plaatsgevonden), was het Bao volgens de Afdeling niet van toepassing. De procedure had betrekking op de aanwijzing van een cultuureducatiestichting als 'kernvoorziening' in een beleidsnota. Volgens de Afdeling had dit tot gevolg dat geen sprake was van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel en dus geen sprake was van een overheidsopdracht. De aanbestedingsregels waren dan ook niet van toepassing. De aanwijzing tot kernvoorziening had echter tot gevolg dat deze stichting een prestatiesubsidie ontving en de subsidieaanvraag van een andere stichting geweigerd moest worden. De aanwijzing impliceerde dus de selectie van één partij ten koste van een andere partij zonder dat die andere partij heeft kunnen meedingen naar die aanwijzing. Er heeft in dit geval geen enkele vorm van openbaarheid plaatsgevonden. Dit is in strijd met het transparantiebeginsel uit het aanbestedingsrecht waarop hierna nog wordt ingegaan, maar hier merk ik reeds op dat het mijns inziens onwenselijk is dat een partij geen beroep kan doen op het transparantiebeginsel vanwege het enkele formele feit dat een besluit is genomen in plaats een overeenkomst te sluiten.

### 7.3.2 Materiële verschillen

Uit bovenstaande jurisprudentie volgt dat een besluit tot het aangaan van een overeenkomst wel geconverteerd kan worden naar een subsidiebesluit, maar dat omgekeerd een (aanwijzings- of vrijstellings)besluit door de Afdeling niet geconverteerd wordt naar een (aanbestedingsplichtige) opdracht.<sup>45</sup> Indien

---

<sup>44</sup> ABRvS 20 oktober 2010, *JB* 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en *AB* 2011/232, m.nt. W. den Ouden.

<sup>45</sup> In dit verband wijs ik nog op HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-399/98, *NJ* 2002/11 (Scala), waarin het Hof oordeelde dat de omstandigheid dat op grond van Spaans recht een verkavelingsovereenkomst onder het publiekrecht viel nog niet betekende dat de aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing was. In deze procedure was dus wel sprake van een contractueel element (een administratiefrechtelijke overeenkomst).

de aanbestedingsrechtelijke beginselen, zoals het transparantiebeginsel, meer rechtsbescherming bieden dan de (bestuursrechtelijke) beginselen van behoorlijk bestuur, dan kan de vraag worden gesteld of dit terecht is. In plaats van de vorm, zouden materiële verschillen tussen een opdracht en een subsidie dit verschil moeten rechtvaardigen. Vaak worden vier materiële verschillen tussen opdracht en subsidie onderscheiden, namelijk

1. of sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel;
2. wie de initiatiefnemer is;
3. wat het doel van de activiteit is; en
4. of sprake is van commerciële activiteiten.<sup>46</sup>

Deze aspecten kwamen aan de orde in de hiervoor genoemde SenterNovem-uitspraak en worden hierna toegelicht.

Het eerste aspect dat van belang is, is dat bij een opdracht of concessie sprake moet zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel.<sup>47</sup> Hiertoe is het verband tussen de betaling en de prestatie van belang. Als een bestuursorgaan een zeer concrete, nauwkeurig omschreven prestatie verlangt en hier ook zeggenschap over heeft, zal eerder sprake zijn van een opdracht. De opdrachtnemer is verplicht deze opdracht uit te voeren, omdat anders sprake is van wanprestatie en nakoming kan worden gevorderd. In algemene zin kan worden gesteld dat bij subsidieverlening geen wederzijdse verplichtingen in het leven worden geroepen. De subsidieontvanger is niet verplicht de activiteit uit te voeren. Het is echter mogelijk een uitvoeringsovereenkomst naast een subsidieverleningsbesluit te sluiten. In een dergelijke uitvoeringsovereenkomst kan wel een uitvoeringsplicht worden opgenomen, zodat hetzelfde effect wordt bereikt.<sup>48</sup> Het verschil tussen subsidie- en opdrachtverlening ligt bij subsidieverlening met een uitvoeringsovereenkomst dan ook niet in de uitvoeringsplicht. Bij subsidieverlening zonder uitvoeringsovereenkomst lijkt bij een beperkte uitleg van het begrip 'bezwarende titel' wel sprake van een verschil, maar hier kan tegen worden ingebracht dat als de activiteiten waarvoor subsidie is verleend niet worden verricht, de subsidie op nihil kan worden vastgesteld of kan worden ingetrokken en eventueel verleende voorschotten kunnen worden teruggevorderd. De activiteit wordt dan weliswaar niet verricht, maar het is wel mogelijk om voor dezelfde activiteit subsidie te verlenen aan een andere partij. In civiele termen zou men kunnen zeggen dat er dan geen 'nakoming' van de subsidieverplichtingen wordt gevorderd, maar dat

---

46 Zie Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33-34 en B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, 'Subsidie of opdracht. Het moeizame onderscheid tussen de publiekrechtelijke subsidie en de privaatrechtelijke opdracht', *Gst.* 2006/149, afl. 7261, p. 83 e.v., maar ook bijvoorbeeld de website van Pianoo ([www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl)) of Europa Decentraal ([www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl)).

47 Vgl. Rb. Arnhem (vz.) 10 november 2010, *BR* 2011/28.

48 Artikel 4:36 Awb. Zie hierover uitvoerig: M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten*, 's-Gravenhage: Elsevier 1999.

de rechtsverhouding wordt 'ontbonden' en hetgeen onverschuldigd betaald is, wordt teruggevorderd.

Een tweede aspect van belang is wie de initiatiefnemer van de activiteit is. Bij subsidieverlening is dat vaak degene die de activiteit verricht, bij opdrachtverlening vaak de opdrachtgever (het bestuursorgaan). Bij een opdracht wordt de inhoud van de opdracht meestal gedetailleerd door het bestuursorgaan bepaald (in een programma van eisen). Bij een subsidie wordt de uitwerking van de subsidiedoelstellingen normaliter aan de subsidieontvanger overgelaten. Echter, juist als sprake is van een situatie waarbij er meer aanvragers dan geld beschikbaar is, zal het bestuursorgaan gedetailleerder moeten omschrijven wie wel en wie niet voor subsidie in aanmerking komen. Indien de subsidies worden verleend na een vergelijkende toets, zullen dus van tevoren kwalitatieve criteria worden opgesteld op basis waarvan de aanvragen kunnen worden vergeleken. In dat geval ligt het initiatief meer bij het bestuursorgaan die de subsidie openstelt. Het document met de subsidieverleningscriteria is dan vergelijkbaar met het programma van eisen uit het aanbestedingsrecht, waardoor het bestuursorgaan meer het initiatief neemt en het verschil tussen subsidie- en opdrachtverlening kleiner wordt.

Ten derde is de vraag van belang wat het doel van de activiteit is en welk belang daarmee wordt gediend. In algemene zin kan gezegd worden dat het algemeen belang wordt gediend met subsidieverlening en het eigen belang door middel van opdrachtverstrekking (inkoop). Met het verstrekken van subsidie wordt een publieke taak uitgevoerd, waarop publiekrecht van toepassing behoort te zijn.<sup>49</sup> Door middel van het verstrekken van subsidie kunnen activiteiten worden ontplooid die zonder die bijdrage niet zouden kunnen worden gerealiseerd, omdat er (nog) geen markt is voor deze activiteiten. Hier kan echter tegen worden ingebracht dat ook bij concessieverlening vaak sprake is van de uitvoering van een publieke taak, bijvoorbeeld in de openbaarvervoersector. Daarnaast wordt ook bij aanbestedingen vaak gestreefd naar 'duurzaam en sociaal inkopen'. Zo kan bijvoorbeeld 'social return'<sup>50</sup> als voorwaarde worden opgenomen. Met dergelijke voorwaarden wordt het algemeen belang gediend. Ook het belang dat gediend wordt met opdracht-, concessie- en subsidieverlening is dus niet doorslaggevend voor het maken van het onderscheid.

Met dit derde punt hangt ook samen dat door de opdracht- of concessieverlening andere partijen worden uitgesloten van die opdracht of concessie. Indien een (markt)partij echter uitgesloten wordt van subsidie (bijvoorbeeld omdat het plafond is bereikt), betekent dit nog niet dat deze partij niet dezelfde activiteit mag gaan ontplooiën. In de praktijk zal het echter moeilijk zijn om zonder de subsidie alsnog de activiteit te verrichten, omdat een subsidie

---

49 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 25.

50 Dit betekent dat bij de uitvoering van de opdracht mensen moeten worden ingezet met een grote(re) afstand tot de arbeidsmarkt.

normaliter wordt verleend om een bepaalde activiteit te stimuleren die zonder die subsidie niet verricht zou worden. Zeker voor innovatieve projecten is een subsidie vaak noodzakelijk om de benodigde gelden voor het project te kunnen verkrijgen. Dit betekent dat als aan slechts één initiatiefnemer een subsidie wordt verleend, concurrenten van deze initiatiefnemer niet of minder makkelijk een vergelijkbare activiteit kunnen verrichten. Hoewel het verrichten van de activiteit niet aan anderen wordt verboden, worden de mogelijkheden wel beperkt.<sup>51</sup> Juist het feit dat subsidieverlening één partij een voordeel biedt ten opzichte van andere partijen is de reden dat in procedures betoogd wordt dat subsidieverlening leidt tot concurrentievervalsing.<sup>52</sup>

Een vierde en laatste aspect is of sprake is van commerciële activiteiten. Als het bestuursorgaan een marktconforme prijs betaalt (kostprijs met winst-opslag), zal veelal sprake zijn van een opdracht. Als slechts een deel van de kosten wordt voldaan, zal veelal sprake zijn van een subsidie.<sup>53</sup> Zo oordeelde het CbB in 2005 dat een exploitatiebijdrage op grond van de Wet personenvervoer 2000 voor het verrichten van personenvervoer een subsidie is. Het CbB oordeelt dat de bedragen niet als betalingen voor geleverde diensten kunnen worden aangemerkt, omdat de betaalde bedragen slechts ten dele de exploitatiekosten dekken waardoor de bijdrage niet als een reële economische tegenprestatie kan worden gezien.<sup>54</sup>

Al met al moet gesteld worden dat geen van de vier materiële aspecten op zichzelf doorslaggevend zijn om te bepalen of sprake is van een subsidie

51 Vgl. CbB 4 februari 2011, AB 2011/89, m.nt. Wolswinkel. Hier betoogde appellante dat het Besluit stimulering duurzame energieproductie en de Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie 2010 onrechtmatig waren, omdat zij door de subsidiëringssystematiek in een ongelijke concurrentiepositie terecht zou zijn terechtgekomen. Het CbB oordeelt dat aan een subsidiestelsel met beperkte financiële middelen waarbij niet gekozen wordt voor een evenredige verdeling van het beschikbare bedrag over alle aanvragers, inherent is dat bepaalde aanvragers een financieel voordeel genieten dat bepaalde andere aanvragers onthouden wordt. Die enkele omstandigheid maakt de subsidiëringssystematiek echter nog niet onrechtmatig. Appellante had in deze procedure geen concrete argumenten aangedragen die in een andere richting wezen.

52 O.a. ABRvS 20 oktober 2010, JB 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden.

53 Ook in de memorie van toelichting wordt gesteld dat bij betaling van een marktprijs voor geleverde goederen of diensten nimmer sprake is van een subsidie. Een subsidie is immers de aanspraak financiële middelen 'anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten' (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33). Zie tevens W. den Ouden, *De subsidieverplichting: wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2002, p. 29-32.

54 CbB 24 februari 2005, AB 2005/165, m.nt. J.H. van der Veen. De Afdeling kwam in 2001 tot een vergelijkbaar oordeel (ABRvS 12 september 2001, AB 2001/335, m.nt. N. Verheij). Ook daar achtte de Afdeling de omstandigheid dat de betaalde bedragen niet strekten tot vergoeding van de werkelijke kosten, maar slechts tot een tegemoetkoming in die kosten doorslaggevend voor het oordeel dat sprake was van een subsidie. Zie verder de eerdergenoemde uitspraak van het CbB van 9 september 2008, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

of opdracht, maar samen vormen ze wel een goede indicatie hiervoor. De belangrijkste elementen zijn mijns inziens of sprake is van een uitvoeringsplicht en of sprake is van een marktconforme vergoeding.

Het onderscheid tussen subsidieverlening en opdrachtverstrekking is minder evident dan het wellicht in eerste instantie lijkt. Dit is zeker het geval als sprake is van subsidieverstrekking in combinatie met een uitvoeringsovereenkomst. In dat geval is immers zowel aan het formele aspect van een overeenkomst als het materiële aspect van een uitvoeringsplicht voldaan. Men moet zich dan ook afvragen of in dat geval eigenlijk niet sprake is van een opdracht of concessie.<sup>55</sup> Als sprake is van een opdracht, is de logische vervolgvraag of het aanbestedingsrecht niet op deze subsidieverlening van toepassing is. Als een subsidieverleningsbesluit mét uitvoeringsovereenkomst gekwalificeerd kan worden als een overheidsopdracht (die de drempelwaarden overschrijdt), is mijns inziens verdedigbaar dat een aanbestedingsplicht ontstaat, omdat de uitvoeringsovereenkomst (in combinatie met het subsidiebesluit) voldoet aan de definitie van een overheidsopdracht.

Op basis van het voorgaande moet geconcludeerd worden dat een belangrijke vraag is of sprake is van een subsidiebesluit met of zonder uitvoeringsovereenkomst. Als een subsidiebesluit met een uitvoeringsovereenkomst gekwalificeerd kan worden als een opdracht, zijn aanbestedingsrechtelijke beginselen zoals het transparantiebeginsel op de verlening van toepassing. Echter, ook bij subsidieverlening zonder uitvoeringsovereenkomst, zijn de verschillen tussen subsidieverlening en opdrachtverlening dermate klein dat verdedigbaar is dat het transparantiebeginsel van toepassing zou moeten zijn. Hierna zal ik daarom nader ingaan op de reikwijdte en inhoud van het transparantiebeginsel.

#### 7.4 HET TRANSPARANTIEBEGINSEL

Het transparantiebeginsel is geïntroduceerd in jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>56</sup> Vervolgens is het beginsel ook neergelegd in de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>57</sup> Het transparantiebeginsel strekt er in essentie toe om elk risico van favoritisme en willekeur uit te sluiten in een aanbestedingsprocedure.<sup>58</sup> Over zowel de reikwijdte als de concrete inhoud van het transparantiebeginsel bestaat nog geen algemene overeenstemming.

---

55 Vgl. Nijhof 2000, p. 238.

56 Voor het eerst in het Waalse bussen-arrest, HvJ EG 25 april 1996, nr. C-87/94.

57 Artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG luidt als volgt: "Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen."

58 Aldus HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99 (Succhi di Frutta), en overgenomen door de Hoge Raad in HR 4 november 2005, NJ 2006/204 (BV Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom/Staat).

#### 7.4.1 Reikwijdte van het beginsel

Indien sprake is van een aanbesteding voor een opdracht boven de eerdergenoemde drempelwaarden geldt een aantal beginselen uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, namelijk de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie. De regeling in de richtlijnen is niet van toepassing op opdrachten onder de drempelwaarden. Aanbestedende diensten zijn dan ook in beginsel vrij om deze opdrachten te verstrekken zonder een aanbestedingsprocedure te doorlopen. Dit betekent echter niet dat het transparantiebeginsel op deze opdrachtverstrekking niet van toepassing is. Dit is het geval bij opdrachten die weliswaar onder de drempelwaarden blijven, maar wel een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie zijn ook op dit soort procedures de drie genoemde beginselen van toepassing.<sup>59</sup> Het transparantiebeginsel vloeit namelijk volgens het Hof van Justitie rechtstreeks voort uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>60</sup> Het transparantiebeginsel behoort daarom tot het primaire Unierecht.<sup>61</sup> Om dezelfde reden moet het transparantiebeginsel ook in acht worden genomen bij concessieovereenkomsten en de zogenaamde 'IIB-diensten'. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt benadrukt dat het primaire Unierecht in deze gevallen niet verplicht tot het houden van een aanbestedingsprocedure als bedoeld in de richtlijn, maar wel dat de minimumnormen zoals deze voortvloeien uit de beginselen van Unierecht, zoals het transparantiebeginsel, in acht moeten worden genomen. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat als vrijwillig wordt gekozen om een aanbestedingsprocedure te volgen, ook de genoemde beginselen in acht moeten worden genomen.<sup>62</sup> In dit arrest betrof het een ziekenfonds die een aanbestedingsprocedure was gestart om te bepalen van welke groothandelaar in het vervolg medische hulpmiddelen zouden worden ingekocht.<sup>63</sup>

---

59 O.a. HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98, *NJ* 2001/387 (*Telaustia*); HvJ EG 15 mei 2008, nr. C-147/06, *BR* 2008/142, m.nt. P.H.L.M. Kuypers (*SECAP*); HvJ EG 13 november 2007, nr. C-507/03, *NJ* 2008/101, m.nt. M.R. Mok (*An Post*).

60 Artikel 49 en 56 VWEU, voorheen artikel 43 en 49 EG-Verdrag.

61 De Europese Commissie heeft hierover een Interpretatieve Mededeling vastgesteld (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/C179/02).

62 HR 4 april 2003, *NJ* 2004/35 (*RZG/ComforMed*).

63 Met betrekking tot het grensoverschrijdend belang wijs ik nog op het *Zambrano*-arrest (HvJ EU 8 maart 2011, nr. C-34/09, *EHRC* 2011, 65, m.nt. J.R. Groen). Uit dit arrest wordt door sommigen afgeleid dat het Unierecht ook van toepassing kan zijn op zuiver interne kwesties. Dit arrest heeft echter betrekking op het Europees burgerschap. Of het arrest ook doorgetrokken kan worden naar andere Unierechten is de vraag.

Er moet dus onderscheid worden gemaakt tussen een aanbestedingsprocedure en een procedure waarbij het transparantiebeginsel in acht wordt genomen. Over het aanbestedingsrecht wordt vaak (en niet geheel onterecht) betoogd dat het rigide is en leidt tot zware (administratieve) lasten voor zowel het bestuursorgaan als de marktpartijen. Het in acht nemen van het transparantiebeginsel betekent echter niet dat een aanbestedingsprocedure als bedoeld in de richtlijnen gehouden moet worden. Het transparantiebeginsel is slechts een van de minimumnormen die voortvloeien uit het Unierecht en kan zo zorgen voor meer openbaarheid door een algemene en voorafgaande bekendmaking van (subsidie)verdeelregels. Het is transparanter, zorgvuldiger en minder willekeurig als het bestuursorgaan vóórdat de aanvragen zijn ingediend nadenkt over wat een 'goede' aanvraag is in plaats van nadat de aanvragen zijn ingediend. Dit kost wellicht meer voorbereidend werk, maar is in het kader van behoorlijk bestuur mijns inziens niet te veel gevraagd. Het transparantiebeginsel bepaalt dus niet de inhoud van de (subsidie)verleningscriteria en is daarmee slechts beperkt de oorzaak van de (administratieve) lasten van een aanbestedingsprocedure.

Het transparantiebeginsel is dus in ieder geval van toepassing op overheidsopdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn, maar ook op concessieovereenkomsten, IIB-diensten en opdrachten met een grensoverschrijdend belang die de drempelwaarden niet overschrijden. In hoeverre het transparantiebeginsel toegepast moet worden bij vergunningverlening is nog niet duidelijk.<sup>64</sup> Over de toepassing bij de verlening van subsidie met Europese gelden wordt hierna nog ingegaan.

#### 7.4.2 Inhoud van het beginsel

Zoals gesteld is ook de concrete inhoud van het transparantiebeginsel nog niet uitgekristalliseerd. In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 20.. wordt gesteld dat het transparantiebeginsel bestaat uit twee componenten. De eerste component is dat een aanbestedende dienst bij het begin van een aanbestedingsprocedure een passende mate van openbaarheid moet betrachten. De tweede component is dat de gunning van een opdracht moet worden gemotiveerd.<sup>65</sup> Door een passende mate van openbaarheid te hanteren, wordt de markt voor mededinging geopend en kunnen aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst.<sup>66</sup> Een belangrijk element hierbij is dat alle potentiële inschrijvers dezelfde kansen moeten kunnen krijgen.

---

64 HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08, NJ 2010/490, m.nt. Mok, AB 2011/17, m.nt. Buijze, JB 2010/171, m.nt. Wolswinkel en NJB 2011/880 (Sporting Exchange Ltd (Betfair)/Minister van Justitie).

65 Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 14-15.

66 O.a. HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98, NJ 2001/387 (Telaustia).

De eerste component van het transparantiebeginsel betreft de passende mate van openbaarheid. Hiermee wordt bedoeld dat de aanbestedende dienst het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar moet maken. Zoals hiervoor al is toegelicht zal dit na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 20.. plaatsvinden via TenderNed, maar nu kan de aanbestedende dienst zelf bepalen wat hij een passende mate van openbaarheid acht. Hiervoor kan gekeken worden naar de relevantie van de opdracht voor de interne markt en in het bijzonder naar het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de sector.<sup>67</sup> In het subsidierecht kennen we een vergelijkbare bekendmaking. Dit wordt ook wel het 'openstellingsbesluit' genoemd.<sup>68</sup>

Om aan de eerste component te voldoen moet echter niet alleen een bekendmaking van de openstelling plaatsvinden. Ook alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure moeten in de aankondiging (of in een document waar de aankondiging naar verwijst) worden geformuleerd. Dit moet gebeuren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Hiermee worden twee doelen gediend. Ten eerste wordt hiermee gewaarborgd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren. Ten tweede is de aanbestedende dienst hierdoor in staat om daadwerkelijk na te gaan of de offertes beantwoorden aan de gestelde (uitsluitings-, geschiktheids-, selectie- en gunnings)criteria.<sup>69</sup>

Op grond van het transparantiebeginsel moeten dus voorafgaand aan de openstelling de gunningscriteria en, waar mogelijk, hun relatieve gewicht worden vastgesteld en kenbaar worden gemaakt. Hiervoor is al gesteld dat als een subsidieplafond wordt ingesteld, bij de bekendmaking van dat subsidieplafond de wijze van verdeling moet worden vermeld. Deze verplichting (hoewel zeer algemeen geformuleerd) bevat derhalve een belangrijk element van het transparantiebeginsel.

Na afloop van de procedure moet de aanbestedende dienst de individuele score van inschrijvers aangeven en onderbouwen. Door deze motivering kunnen zowel de inschrijvers als een rechter controleren of de opdracht terecht aan een bepaalde inschrijver is gegund.<sup>70</sup> Deze motivering van de gunningsbeslissing is de tweede component van het transparantiebeginsel.

Voor een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling van het transparantiebeginsel over de afgelopen tien jaar verwijs ik naar het artikel hierover van

---

67 In de Interpretatieve Mededeling worden als voorbeelden voor passende en algemeen gebruikte media gegeven: i. internet; ii. Staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, nationale en regionale kranten en vakbladen; iii. lokale media; of iv. Publicatieblad van de Europese Unie/TED (Tenders Electronic Daily).

68 Zie bijvoorbeeld het Openstellingsbesluit groen onderwijs 2011 (Stcrt. 2010, 20 407).

69 Eveneens HvJ EG van 29 april 2004, nr. C-496/99 (Succhi di Frutta). Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 51.

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

H.M. Stergiou.<sup>71</sup> In de volgende editie van *Gemeentestem* zal ik de vraag verder uitwerken hoe het transparantiebeginsel zou kunnen worden toegepast in het subsidierecht. De hiervoor genoemde Coach4Kids-uitspraak<sup>72</sup> is echter een concreet voorbeeld van een subsidieprocedure waar het transparantiebeginsel een toegevoegde waarde had kunnen hebben. Zoals gesteld, had het gemeentebestuur van Haarlemmermeer cultuureducatiestichting Pier K in een beleidsnota als 'kernvoorziening' aangewezen. Deze aanwijzing had tot gevolg dat Pier K een prestatiesubsidie ontving en de subsidieaanvraag van Coach4Kids geweigerd moest worden. Coach4Kids heeft niet kunnen meedingen naar de aanwijzing tot kernvoorziening en dus ook niet naar de subsidie. Er heeft in dit geval geen enkele vorm van openbaarheid plaatsgevonden, hetgeen in strijd is met het transparantiebeginsel. Om tot een transparante selectieprocedure te komen had het gemeentebestuur er ook voor kunnen kiezen om een algemene bekendmaking te publiceren dat als men aangewezen wilde worden als kernvoorziening op het terrein van cultuureducatie en kunstzinnige vorming projectvoorstellen konden worden ingediend, waarna het 'beste' project aangewezen zou worden en voor subsidie in aanmerking zou komen. Uiteraard zou dan in die algemene bekendmaking ook omschreven moeten worden hoe bepaald zal worden wat het 'beste' project is. Door Pier K aan te wijzen als kernvoorziening zonder een passende mate van openbaarheid te hanteren, is niet ieder risico van favoritisme uitgesloten.

#### 7.4.3 Nog meer transparantie

Hiervoor is ingegaan op het verschil tussen subsidie- en opdrachtverlening. Er zijn nog twee andere argumenten voor het standpunt dat het transparantiebeginsel van toepassing is of zou moeten zijn op subsidieverlening. Deze argumenten staan geheel los van het onderscheid tussen de begrippen subsidie en opdracht. De eerste aanwijzing heeft betrekking op staatssteun en het tweede op Europese subsidieregels.

Algemeen aanvaard is dat subsidieverlening aan de (eveneens Europeesrechtelijke) staatssteuncriteria moet voldoen. Artikel 107 VWEU bepaalt immers dat steunmaatregelen die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de interne markt. Artikel 56 VWEU bepaalt dat beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden zijn. Het transparantiebeginsel vloeit rechtstreeks voort uit dit artikel. Zowel het staatssteunverbod als het transparantiebeginsel hebben ten doel te voorkomen dat

---

71 H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel. Een bespreking van het arrest Engelmann (zaak C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', *NtER* 2011, p. 77 e.v.

72 ABRvS 20 oktober 2010, *JB* 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en *AB* 2011/232, m.nt. W. den Ouden.

de mededinging binnen de Europese Unie wordt vervalst. Deze gemeenschappelijke doelstelling zou reden kunnen zijn een transparantieverplichting in het subsidierecht te introduceren indien sprake is van een subsidieplafond. Hierbij is ook van belang dat subsidies vaak worden verleend voor activiteiten die anders niet kunnen plaatsvinden. Dit heeft tot gevolg dat subsidieverlening aan slechts één partij feitelijk betekent dat anderen niet dezelfde activiteit kunnen verrichten. Om een gelijke behandeling van potentiële subsidieaanvragers te garanderen, zou juist in deze situaties het transparantiebeginsel toegepast kunnen worden.<sup>73</sup>

Het tweede aanknopingspunt om het transparantiebeginsel in het (Nederlandse) subsidierecht te introduceren, zijn de Europese subsidieregels. Verordening (EG) nr. 1605/2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (hierna: 'het Financieel Reglement') bepaalt expliciet dat ook bij subsidieverlening het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen.<sup>74</sup> Het Financieel Reglement regelt de opstelling en uitvoering van de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen en de indiening en controle van de rekeningen. Dit heeft tot gevolg dat het reglement niet van toepassing is op zuiver nationale subsidiërelaties, maar wel op Europese subsidies die door Nederlandse bestuursorganen worden verleend. Het Financieel Reglement heeft een breed toepassingsbereik. Het heeft namelijk zowel betrekking op de opstelling en structuur van de Europese begroting als het plaatsen van opdrachten en subsidieverlening.<sup>75</sup> Voor subsidies is een aparte titel (Titel VI) in het reglement opgenomen. Ook hier wordt dus een strikt onderscheid gehanteerd tussen subsidieverlening en opdrachtverstrekking. Opvallend is echter dat hier expliciet is bepaald dat het transparantiebeginsel ook met betrekking tot

---

73 Vgl. A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', *NtER* 2011, p. 244 waarin wordt gewezen op het Actieplan staatssteun (COM (2005)107).

74 Zie eveneens F. van Ommeren, W. den Ouden & J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten; Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011/1162, p. 1470.

75 Dit brede bereik heeft het enigszins ongelukkige gevolg dat ook het begrip 'transparantiebeginsel' op verschillende manieren lijkt te worden gehanteerd. Het transparantiebeginsel als begrotingsbeginsel houdt in dat de vastgestelde begroting gepubliceerd moet worden. De Europese Commissie moet daarbij op passende wijze bekendmaken wie de begunstigden van begrotingsmiddelen zijn, maar met inachtneming van de geheimhoudingsvereisten (artikel 29 en 30 Financieel Reglement). Bij alle geheel of gedeeltelijk door de begroting gefinancierde overheidsopdrachten, zoals communautaire aanbestedingsprocedures, moet het transparantiebeginsel in acht worden genomen. De regeling die is opgenomen is vergelijkbaar met de transparantie-eisen zoals wij deze kennen uit de aanbestedingsrichtlijnen. Het reglement bevat eisen voor de bekendmaking van opdrachten. Ook is bepaald dat de inschrijvingsdocumenten een volledige, duidelijke en precieze beschrijving van het voorwerp van de opdracht en de uitsluitings-, selectie- en gunningscriteria voor de opdracht moeten vermelden. Het Financieel Reglement bepaalt dat subsidies niet onder deze titel over overheidsopdrachten vallen (Titel V van het Financieel Reglement, in het bijzonder artikel 88 t/m 92 Financieel Reglement).

subsidies geldt.<sup>76</sup> Deze bepaling wordt uitgewerkt door te stellen dat jaarlijks een subsidieprogramma wordt vastgesteld en bekendgemaakt. Jaarlijks worden er 'oproepen tot het indienen van voorstellen' gepubliceerd.<sup>77</sup> Ook wordt jaarlijks een overzicht gepubliceerd van alle in de loop van het begrotingsjaar toegekende subsidies, waarbij rekening wordt gehouden met de eisen inzake vertrouwelijkheid en veiligheid. Het Financieel Reglement bevat ook de toekenningsprocedure voor Europese subsidies. Zo is bepaald dat aan de hand van de selectiecriteria wordt beoordeeld of de aanvrager de voorgestelde actie of het voorgestelde werkprogramma tot een goed einde kan brengen. Aan de hand van toekenningscriteria wordt de kwaliteit van de ingediende voorstellen beoordeeld. De selectie- en toekenningscriteria worden vooraf in de oproep tot het indienen van voorstellen bekendgemaakt. Indien de gevraagde subsidie niet wordt verleend, moeten de redenen voor de verwerping van de aanvraag, met name in het licht van de vooraf bekendgemaakte selectie- en toekenningscriteria, worden medegedeeld.<sup>78</sup> Al met al komen de bepalingen over subsidieverlening in het Financieel Reglement sterk overeen met de jurisprudentie over het transparantiebeginsel met betrekking tot opdrachtverlening. Het feit dat onderscheid wordt gemaakt tussen opdracht en subsidie betekent dus nog niet dat het transparantiebeginsel niet in acht hoeft te worden genomen.

Op 15 april 2011 heeft het Gerecht van de Europese Unie een arrest gewezen over de toepassing van het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling bij Europese subsidieverlening.<sup>79</sup> Volgens het arrest veronderstellen deze beginselen dat potentiële aanvragers van financiële bijstand gelijk worden behandeld, gelet op het beperkte budget dat beschikbaar is voor de financiering van deze subsidies. Deze gelijke behandeling heeft ten eerste betrekking op de mededeling, de uitnodiging tot het indienen van voorstellen, de relevante informatie over de criteria voor de selectie van de in te dienen projecten en, ten tweede, op de vergelijkende beoordeling van die projecten die tot de selectie ervan zal leiden en tot de toekenning van de subsidie. Het Gerecht oordeelt: 'Gelet op het fundamentele belang van het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling, is het Gerecht van oordeel dat zij mutatis mutandis van toepassing zijn op de procedure voor de toekenning van subsidies ten laste van de gemeenschapsbegroting'.<sup>80</sup> Als bij (Europese) subsidieverlening het transparantiebeginsel van fundamenteel belang wordt geacht, is het interessant om te bezien wat dit beginsel dan volgens

---

76 Artikel 109 Financieel Reglement.

77 Behalve in uitzonderlijke en naar behoren gemotiveerde spoedeisende gevallen of indien er gezien de kenmerken van de begunstigde of van de actie, voor een bepaalde actie geen andere keuze is of indien in een basisbesluit is bepaald dat de begunstigde een subsidie ontvangt (artikel 110 Financieel Reglement).

78 Artikel 115-116 Financieel Reglement.

79 Gerecht EU 15 april 2011, nr. T-297/05, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman.

80 Deze toepassing was nodig, omdat op deze procedure nog het oude financieel reglement van toepassing was dat de beginselen nog niet expliciet noemde.

het Gerecht voor subsidieverlening inhoudt. Het Gerecht stelt hierover dat op begrotingsgebied de verplichting tot doorzichtigheid, als het logische uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling, in essentie tot doel heeft te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de begrotingsautoriteit wordt uitgebannen. Deze verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de toekenningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de uitnodiging tot het indienen van voorstellen worden geformuleerd. Alle informatie die relevant is voor een goed begrip van de uitnodiging tot het indienen van voorstellen moet dus zo snel mogelijk ter beschikking worden gesteld aan alle marktdeelnemers die er potentieel een belang bij hebben om deel te nemen aan een procedure voor de toekenning van subsidies, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, anderzijds, de begrotingsautoriteit in staat is om metterdaad na te gaan of de voorgestelde projecten beantwoorden aan de vooraf bekendgemaakte selectie- en toekenningscriteria. Indien het transparantiebeginsel van fundamenteel belang wordt geacht voor een goed Europees begrotingsbeleid, zou dit een reden kunnen zijn om dit beginsel ook toe te passen bij nationale subsidieverlening. Immers, ook in Nederland wordt (naar ik hoop) gestreefd naar een goed begrotings- en subsidiebeleid en een beginsel van fundamenteel belang als het transparantiebeginsel draagt hieraan bij.

Naast het Financieel Reglement zijn ook de Europese subsidieverordeningen, zoals Verordening (EG) nr. 1828/2006 houdende uitvoeringsbepalingen van onder andere de EFRO-Verordening en ESF, interessant. In de overwegingen wordt gesteld dat om ervoor te zorgen dat de informatie over financieringsmogelijkheden op grote schaal onder alle belanghebbenden wordt verspreid, en omwille van de transparantie, moet worden vastgesteld wat de voorlichtingsmaatregelen minimaal moeten inhouden om potentiële begunstigden over de financieringsmogelijkheden te informeren. Ook moet worden bekendgemaakt welke stappen een potentiële begunstigde moet ondernemen om een financieringsaanvraag in te dienen en welke selectiecriteria zullen worden gehanteerd. Deze vereisten worden vervolgens in de verordening uitgewerkt.<sup>81</sup> Ook hier wordt dus het transparantiebeginsel in acht genomen bij de verlening van de subsidies.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat er op dit moment twee subsidieregimes bestaan: één regime voor de verlening van Europese subsidiegelden en één voor nationale gelden. Het valt te betwijfelen of het hanteren van twee uiteenlopende regimes wenselijk is. In het kader van rechtseenheid en rechtszekerheid ben ik in het algemeen voorstander van uniformering, tenzij er zwaarwegende redenen zijn om dit niet te doen. De Europese normen voor subsidieverlening zouden dan ook, hoewel hier wellicht juridisch gezien geen noodzaak

---

81 Met name in artikel 5 Verordening (EG) nr. 1828/2006.

voor is, kunnen worden overgenomen voor nationale subsidieverlening. In dit verband wijs ik ook op het eerder genoemde Zambrano-arrest, waaruit door sommigen wordt afgeleid dat het Unierecht ook van toepassing kan zijn op zuiver interne kwesties.<sup>82</sup> Indien de toepassing van het Unierecht daadwerkelijk uitgebreid zou worden tot interne situaties, is dit een extra reden om ook Europese rechtsbeginselen, zoals het transparantiebeginsel, in interne situaties, zoals (nationale) subsidieverlening, toe te passen.

## 7.5 AFRONDING

In dit artikel heb ik door de aanbestedings- en subsidieverleningsprocedure globaal te beschrijven inzichtelijk gemaakt dat deze procedures grote overeenkomsten vertonen. Deze overeenkomsten rechtvaardigen de vraag of het strikte onderscheid tussen subsidieverlening en opdrachtverlening nog houdbaar is. Het formele onderscheid tussen subsidieverlening bij besluit en opdrachtverlening bij overeenkomst kan mijns inziens geen rechtvaardiging zijn voor het al dan niet van toepassing laten zijn van een Unierechtelijk beginsel als het transparantiebeginsel. Ook de materiële verschillen tussen een opdracht en een subsidie zijn klein. Een vaak genoemd verschil tussen een subsidie en een opdracht is dat een opdracht een uitvoeringsplicht kent en subsidieverlening niet. In een uitvoeringsovereenkomst naast een subsidiebesluit kan echter wel een uitvoeringsplicht worden opgenomen, zodat met subsidieverlening hetzelfde effect wordt bereikt. Bovendien kan als de gesubsidieerde activiteit niet wordt verricht, de subsidie op nihil worden vastgesteld of worden ingetrokken en kunnen de voorschotten worden teruggevorderd, waardoor feitelijk hetzelfde effect wordt bereikt als met het ontbinden van een overeenkomst. Er zijn daarnaast nog twee andere argumenten voor het standpunt dat het transparantiebeginsel wel van toepassing is of zou moeten zijn op subsidieverlening, namelijk de overeenkomsten met het staatssteunrecht en het feit dat in de Europese regels voor het verdelen van Europese subsidiegelden het transparantiebeginsel is opgenomen.

Er bestaat al met al een groot grijs gebied waar het verschil tussen een subsidie en opdracht vervaagt. Als een subsidiebesluit in combinatie met een uitvoeringsovereenkomst gekwalificeerd kan worden als een opdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, staat mijns inziens buiten twijfel dat het transparantiebeginsel op de verlening van toepassing is. De meeste subsidies die verleend worden, zijn echter zuiver nationale subsidies zonder uitvoeringsovereenkomst. Als er geen enkel grensoverschrijdend effect is, zijn er geen aanwijzingen dat het Unierechtelijke transparantiebeginsel toegepast moet worden.

---

82 HvJ EU 8 maart 2011, nr. C-34/09, *EHRC* 2011, 65, m.nt. J.R. Groen.

Desalniettemin zijn ook bij deze zuiver nationale subsidieverlening zonder uitvoeringsovereenkomst de verschillen tussen subsidieverlening en opdrachtverlening, zeker nu subsidies steeds vaker worden verleend door middel van een vergelijkende toets, dermate klein, dat verdedigbaar is dat het transparantiebeginsel van toepassing zou moeten zijn. De vraag is gerechtvaardigd of het wenselijk is een aanbestedingsrechtelijk beginsel als het transparantiebeginsel ook in het subsidierecht te introduceren als dit de gelijke behandeling van alle potentiële subsidieontvangers zou dienen. Zoals gesteld, heeft het transparantiebeginsel in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt voorkomen. Een dergelijke rechtsnorm lijkt ook bij schaarse subsidieverlening wenselijk. Een vervolgvraag is dan of de introductie van het transparantiebeginsel tot wijzigingen in het subsidierecht zou leiden. Het transparantiebeginsel heeft onder meer tot gevolg dat het bestuursorgaan aan het begin van een procedure een passende mate van openbaarheid moet betrachten door het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar te maken. Ook alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure moeten in de aankondiging (of in een document waar de aankondiging naar verwijst) worden geformuleerd. Dit moet gebeuren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Daarnaast vloeit uit het transparantiebeginsel een motiveringsplicht voort. Op dit moment worden subsidiebesluiten al getoetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel. Op de vraag of de introductie van het transparantiebeginsel daadwerkelijk tot wijzigingen in het subsidierecht zou leiden, wordt in de volgende aflevering van de Gemeentestem (*Gst.* 2011/124) ingegaan.

## 8 | Kan het subsidierecht transparanter?<sup>1</sup>

Subsidies worden door gemeentebesturen steeds vaker verdeeld door middel van een zogenoemde 'tenderprocedure' waarbij de aanvragen onderling worden gerangschikt. In de vorige editie van de Gemeentestem (*Gst.* 2011/115) heb ik betoogd dat de verschillen tussen een subsidie- en aanbestedingsprocedure zo klein zijn dat dit reden kan zijn om het transparantiebeginsel in het subsidierecht te introduceren. Het transparantiebeginsel kan zowel bij subsidietendering als bij andere subsidieverdeelmethodes, zoals 'wie het eerst komt, het eerst maalt' of loting, worden toegepast. Een logische vervolgvraag is wat dit voor praktische gevolgen zou hebben voor subsidieverlening. Daarop wordt in dit artikel ingegaan.

### 8.1 INLEIDING

Vrijwel altijd is het budget voor subsidieverlening beperkt. Een dergelijke verdeelprocedure voor schaarse subsidies vertoont gelijkenissen met een aanbestedingsprocedure, zeker als de gelden door middel van een 'tenderprocedure' worden verdeeld. Indien ervan wordt uitgegaan dat de verdeling van (schaars) (subsidie)geld in essentie weinig verschilt van de verdeling van (schaarse) opdrachten voor goederen of werken, is interessant om te bezien of de rechtsnormen waaraan een aanbestedingsprocedure moet voldoen verschillen van de rechtsnormen waaraan een procedure ter verdeling van schaarse subsidies moet voldoen. Een van deze rechtsnormen is het transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt voorkomen. Dit betekent concreet dat het gemeentebestuur aan het begin van een procedure een passende mate van openbaarheid moet betrachten door het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar te maken. Ook alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure moeten in de aankondiging (of in een document waar de aankondiging naar verwijst) worden geformuleerd. Dit moet gebeuren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Daarnaast vloeit uit het transparantiebeginsel een motiveringsplicht voort. Het lijkt wenselijk deze rechtsnorm ook

---

<sup>1</sup> Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *Gst.* 2011/124. De inhoud ervan is afgerond op 5 december 2011. Het artikel is door de redactieraad als wetenschappelijk artikel beoordeeld.

bij schaarse subsidieverlening te hanteren, want wie wil nu niet alle potentiële subsidieontvangers gelijk behandelen? Dit uitgangspunt kan bovendien gehanteerd worden bij alle verschillende methodes om subsidie te verdelen ('wie het eerst komt, het eerst maalt', loting, tender of veiling). Een vervolgvraag is of de introductie van het transparantiebeginsel ook daadwerkelijk tot wijzigingen in het subsidierecht zou leiden of dat de huidige subsidietitel en algemene beginselen van behoorlijk bestuur afdoende zijn. Daarom zal in het hierna volgende de subsidietitel zoals deze is neergelegd in titel 4.2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de jurisprudentie over (schaarse) subsidieverlening vergeleken worden met de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie over het transparantiebeginsel, zodat de vraag kan worden beantwoord of door toepassing van het transparantiebeginsel de transparantie van subsidieverlening vergroot zou kunnen worden.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de vraag of in het subsidierecht sprake is van een passende mate van openbaarheid (paragraaf 8.2), wat de inhoud van een bekendmaking moet zijn om een passende mate van openbaarheid te creëren (paragraaf 8.3) en welke eisen het transparantiebeginsel stelt aan de motivering van een subsidiebesluit en de toetsing door de rechter aan dat besluit (paragraaf 8.4). Iedere paragraaf zal afgesloten worden met enkele praktische tips om een subsidieprocedure zo transparant mogelijk te maken.

## 8.2 PASSENDE MATE VAN OPENBAARHEID

Zoals gesteld is een belangrijk (zo niet het belangrijkste) element van het transparantiebeginsel dat een passende mate van openbaarheid gegarandeerd moet worden. De subsidietitel bevat de verplichting om een wettelijke grondslag te creëren, om een subsidieplafond vast te stellen en om de wijze van verdeling te vermelden. Hierna zal worden gezien of deze drie verplichtingen voldoende zijn om een passende mate van openbaarheid te garanderen.

### 8.2.1 Wettelijke grondslag voor subsidies

De aanbestedende dienst moet het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar maken en daarbij alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure vooraf formuleren. Ook in de Awb is enige vorm van openbaarheid voor subsidieverlening vastgelegd. Ten eerste mag een subsidie in beginsel slechts verstrekt worden op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke

activiteiten subsidie kan worden verstrekt.<sup>2</sup> Het enkel creëren van een wettelijke basis voor subsidieverlening is echter onvoldoende om te kunnen spreken van een passende mate van openbaarheid. Allereerst bepaalt artikel 4:23 Awb niet dat ook de procedure voor de subsidieverlening en de subsidievoorwaarden in dat wettelijk voorschrift moeten worden opgenomen. Daarnaast is het volgens vaste jurisprudentie mogelijk om met terugwerkende kracht een wettelijke basis voor subsidieverlening te creëren.<sup>3</sup> Een dergelijke terugwerkende kracht kan tot gevolg hebben dat ook de algemene bekendmaking pas achteraf plaatsvindt.

Bovendien bevat de Awb mogelijkheden om zonder wettelijke grondslag subsidie te verstrekken, bijvoorbeeld voor incidentele subsidies en begrotings-subsidies.<sup>4</sup> Bij deze subsidies heeft geen enkele vorm van openbaarheid plaatsgevonden. Concurrenten van de subsidieontvanger hebben op geen enkele manier in aanmerking kunnen komen voor deze incidentele subsidie. Incidentele subsidies zijn bedoeld voor de situatie dat zowel het aantal subsidieontvangers als het tijdvak waarvoor de subsidie verleend wordt, beperkt zijn.<sup>5</sup> Als de kring van subsidieontvangers afgebakend is en als aan deze gehele kring subsidie wordt verleend, kan betoogd worden dat er geen probleem is. Het is echter de vraag hoe een bestuursorgaan kan weten dat de gehele kring van potentiële subsidieontvangers bereikt is. Dit kan alleen door een passende mate van openbaarheid te creëren.

De enkele verplichting om een wettelijke grondslag te creëren is dus onvoldoende om te kunnen spreken van een transparante subsidieverlening. De wetgever heeft daarnaast ook een aanvullende regeling getroffen voor het geval een subsidieplafond wordt vastgesteld.

## 8.2.2 Vaststellen van het subsidieplafond

Artikel 4:25 Awb bepaalt dat een subsidie wordt geweigerd als door subsidieverstreking het subsidieplafond zou worden overschreden. Door het vaststellen van een subsidieplafond staat dan ook buiten twijfel dat de subsidie geweigerd mag worden wegens budgetuitputting.<sup>6</sup>

---

2 Artikel 4:23 Awb. Zie eveneens M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder conculega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 203 e.v. (Jacobs & Den Ouden 2011a in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011).

3 O.a. ABRvS 10 februari 2010, AB 2010/214, m.nt. W. den Ouden.

4 Artikel 4:23 lid 3 onderdeel c en d Awb.

5 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 43.

6 Indien geen subsidieplafond wordt vastgesteld kan onder omstandigheden ook de subsidie worden geweigerd wegens budgetuitputting. Het bestuursorgaan beschikt immers over een discretionaire bevoegdheid. Ook dan moet het echter de aanvrager vooraf redelijkerwijs duidelijk zijn geweest dat de budgetuitputting kon worden tegengeworpen, bijvoorbeeld

Als gekozen wordt voor een subsidieplafond dan is van belang dat deze bij of krachtens wettelijk voorschrift moeten worden vastgesteld.<sup>7</sup> Een subsidieplafond zal overeenkomstig artikel 3:42 Awb algemeen bekendgemaakt worden.<sup>8</sup> Het plafond moet ook vooraf worden bekendgemaakt. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan mijn eerdergenoemde bezwaar tegen het verbinden van terugwerkende kracht aan een wettelijke grondslag. Als een subsidieplafond te laat wordt bekendgemaakt, heeft deze bekendmaking in beginsel geen gevolgen voor voordien ingediende aanvragen. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de rechtszekerheid eist dat het subsidieplafond wordt bekendgemaakt voor de aanvang van het tijdvak waarop het betrekking heeft. De aanvrager behoort te kunnen weten dat zijn aanvraag wegens het ontbreken van gelden kan worden afgewezen, ook al voldoet zij aan alle gestelde eisen.<sup>9</sup> In de ESF-uitspraak uit 2007 oordeelde de Afdeling dat de bekendmaking van een subsidieplafond per e-mail en op de website onvoldoende is. Het plafond was daardoor niet in werking getreden. Pas een latere bekendmaking in de Staatscourant merkte de Afdeling aan als de bekendmaking in de zin van de Awb en daarmee als datum van inwerkingtreding van het subsidieplafond. Dit had grote financiële gevolgen voor het bestuursorgaan, omdat alle tot die latere datum ingediende aanvragen niet geweigerd konden worden met een beroep op het subsidieplafond.<sup>10</sup>

Door het vooraf algemeen bekendmaken van het subsidieplafond is sprake van een passende mate van openbaarheid en wordt voldaan aan een van de elementen van het transparantiebeginsel.

In het wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet 20.. is opgenomen dat aankondigingen voor overheidsopdrachten geplaatst moeten worden op de website van TenderNed. Op deze manier zijn alle overheidsopdrachten op één plaats te vinden. De algemene bekendmaking van artikel 3:42 Awb bevat niet een dergelijke verplichting. Een aantal bestuursorganen stelt hun lokale bekendmakingen inmiddels ter beschikking op [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl) en alle geconsolideerde algemeen verbindende voorschriften zijn daar ook te vinden,

---

omdat dit op het aanvraagformulier is vermeld (vgl. CRvB 17 oktober 2000, RSV 2001/16 en CRvB 11 december 2002, RZA 2003/56). Als ook dit niet het geval is, kan een open-einde-regeling ontstaan, omdat het weigeren in dat geval in strijd met de rechtszekerheid kan komen (vgl. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 45, waar wordt verwezen naar het arrest De Bourbon/Naundorff, HR 4 november 1849, W.1058).

7 Artikel 4:25 Awb.

8 Dit betekent dat subsidieplafonds van een tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan bekendgemaakt worden in de Staatscourant. Subsidieplafonds van decentrale overheden worden bekendgemaakt in 'een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze'. Zie eveneens Jacobs & Den Ouden 2011a.

9 Artikel 4:27 Awb. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 49.

10 ABRvS 3 januari 2007, AB 2007/224, m.nt. W. den Ouden. In deze uitspraak kwam ook de vraag aan de orde of het subsidieplafond wel bij of krachtens wettelijk voorschrift was vastgesteld.

maar dit betreft dus nog niet alle bekendmakingen. De transparantie van subsidieregelingen zou nog verder vergroot kunnen worden door (nog) meer van één centrale website gebruik te maken.

### 8.2.3 Vermelding van de wijze van verdeling

Bij de bekendmaking van het subsidieplafond moet ook de wijze van verdeling worden vermeld. In de memorie van toelichting wordt expliciet gesteld dat potentiële subsidieaanvragers bij de inrichting van hun aanvraag rekening moeten kunnen houden met de vastgestelde verdeelmaatstaven. Daarom moet bij de bekendmaking van het subsidieplafond worden vermeld waar die maatstaven zijn neergelegd.<sup>11</sup>

Ook de wijze van verdeling moet bij of krachtens wettelijk voorschrift worden bepaald. Deze verplichting is echter beperkt. In het wettelijk voorschrift zelf zou volstaan kunnen worden met het enkel noemen van de gekozen verdeelmethode, bijvoorbeeld op volgorde van binnenkomst van de aanvragen of door een onderlinge vergelijking. De criteria op basis waarvan de aanvragers bij een onderlinge vergelijking geselecteerd worden, zouden blijkens de memorie van toelichting ook neergelegd kunnen worden in een op grond van het wettelijk voorschrift vastgesteld plan dat de beleidsprioriteiten aangeeft.<sup>12</sup> Deze beleidsprioriteiten worden vaak vastgelegd in beleidsregels. Het vaststellen van de selectiecriteria in beleidsregels is mijns inziens echter onwenselijk, gelet op de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels.<sup>13</sup> Artikel 4:84 Awb bepaalt immers dat een bestuursorgaan overeenkomstig zijn beleidsregel handelt, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.<sup>14</sup> Deze inherente afwijkingsverplichting

---

11 Artikel 4:26 Awb. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 49.

12 Artikel 4:26 Awb. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

13 Een tweede bezwaar tegen het vaststellen van een subsidieplafond en de -criteria bij separaat besluit is dat een dergelijk besluit aangemerkt wordt als concretiserend besluit van algemene strekking. Dit heeft tot gevolg dat een separaat vaststellingsbesluit appellabel is, maar eenzelfde bepaling in een subsidieregeling of beleidsregel zelf niet. Omdat dit aspect los staat van de transparantie, laat ik dit punt hier rusten en volsta ik met een verwijzing naar ABRvS 3 januari 2007, AB 2007/224, m.nt. W. den Ouden en CBb 3 juni 2009, AB 2009/374, m.nt. C.J. Wolswinkel.

14 In de memorie van toelichting bij de Awb wordt gesteld dat de beleidsregel nimmer volledig kan binden. Dan zou de beleidsregel immers volledig de werking van een wettelijk voorschrift verkrijgen, ondanks de omstandigheid dat de in onze rechtsstaat daarvoor vereiste bevoegdheidsverlening bij wettelijk voorschrift ontbreekt. 'Daarnaast wordt gesteld dat alleen in bijzondere gevallen afgeweken kan worden van een beleidsregel. Een structurele afwijking zal uit oogpunt van rechtszekerheid door middel van wijziging van de beleidsregel moeten worden gerealiseerd. Een incidentele afwijking in een normaal geval zou snel in strijd komen met het gelijkheidsbeginsel' (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 122 en 124-125).

ting moet ook worden toegepast als dit ten nadele van derden zou zijn.<sup>15</sup> Op grond van het transparantiebeginsel is het echter van groot belang dat de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze worden toegepast.<sup>16</sup> Alleen op deze wijze wordt gegarandeerd dat alle potentiële subsidieontvangers op dezelfde manier worden behandeld. Op dit moment is het mogelijk dat een onderneming een subsidieaanvraag indient die niet aan de subsidiecriteria voldoet, maar in zijn aanvraag betoogt dat sprake is van bijzondere omstandigheden die afwijking van de beleidsregel rechtvaardigen. Tegelijk kan een andere onderneming die in dezelfde bijzondere omstandigheden verkeert, besloten hebben geen aanvraag in te dienen, omdat hij toch niet aan de criteria voldeed. Door toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid wordt een ongelijkheid gecreëerd. De mogelijkheid om af te wijken van de criteria is daarmee ondoorzichtig. Ik zou er dan ook voor willen pleiten om in de Awb te bepalen dat ofwel de subsidieverleningscriteria ook bij wettelijk voorschrift moeten worden vastgesteld, ofwel artikel 4:84 Awb niet van toepassing is bij subsidieverlening met een subsidieplafond.

Een voorbeeld van een procedure waarbij beleidsregels tot ontransparante subsidieverlening hebben geleid, is de uitspraak Coach4Kids.<sup>17</sup> Burgemeester en wethouders van Haarlemmermeer hadden Pier K in de cultuurnota (een beleidsregel) aangewezen als 'kernvoorziening'. Uitsluitend kernvoorzieningen komen in aanmerking voor prestatiesubsidie. Coach4Kids vraagt ook prestatiesubsidie aan, maar deze aanvraag wordt geweigerd omdat Pier K al is aangewezen als kernvoorziening. Uit de uitspraak blijkt niet hoe burgemeester en wethouders tot de aanwijzing van Pier K tot kernvoorziening is gekomen. Op grond van het transparantiebeginsel hadden burgemeester en wethouders door middel van een passende bekendmaking zowel Pier K als Coach4Kids in aanmerking moeten laten komen voor de aanwijzing als kernvoorziening en daarmee voor subsidieverlening. Coach4Kids betoogde in hoger beroep dat de status van Pier K als kernvoorziening niet als weigeringsgrond kan dienen voor haar aanvraag, omdat de aanwijzing van Pier K als kernvoorziening onrechtmatig is wegens strijd met het aanbestedingsrecht. De Afdeling verwerpt dit beroep met de enkele overweging dat het aanbestedingsrecht niet

---

15 In de memorie van toelichting wordt gesteld: 'De afwijkingsbevoegdheid moet bij alle beleidsregels onder meer met inachtneming van de artikel 3:2 en 3:4 worden uitgeoefend. De door artikel 3:4 binnen de grenzen van de wet geëiste belangenafweging is daarbij van bijzonder belang indien de te overwegen afwijking gunstig is voor de ene belanghebbende, maar ongunstig voor een andere belanghebbende (bijv. Afd. rechtspraak 30 april 1977, *AB* 1977/308; Afd. rechtspraak 9 mei 1978, *AB* 1979/223). Afwijking is namelijk, anders dan de Raad voor het Binnenlands Bestuur in zijn advies veronderstelt, ook ten nadele van een burger mogelijk, en wel wanneer toepassing van de beleidsregel in een bijzonder geval onevenredige gevolgen zou hebben voor een andere belanghebbende – het bestuursorgaan zelf daaronder begrepen.' (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 125-126)

16 O.a. HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, *NJ* 2011/87, en HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01, *NJ* 2004/234 (Wienstrom).

17 ABRvS 20 oktober 2010, *JB* 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en *AB* 2011/232, m.nt. W. den Ouden.

van toepassing is zonder te toetsen aan het transparantiebeginsel (of enig ander beginsel van behoorlijk bestuur).

Uit het voorgaande volgt dat de subsidietitel in beginsel voldoet aan het transparantiebeginsel, maar dat de regeling beperkt is waardoor subsidieverlening in strijd met het transparantiebeginsel mogelijk is. Dit kan zich met name voordoen als de subsidieverdeelregels worden vastgelegd in beleidsregels.

#### 8.2.4 Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure

- Verleen geen subsidie zonder eerst een wettelijke grondslag te creëren.
- Verbind geen terugwerkende kracht aan de wettelijke grondslag.
- Maak het besluit waarbij het plafond wordt vastgesteld algemeen bekend, bij voorkeur via een centrale, landelijke website ([www.overheid.nl](http://www.overheid.nl) bijvoorbeeld).
- Leg de verdelingsmaatstaf niet neer in beleidsregels, maar in een algemeen verbindend voorschrift; dit in verband met de (ondoorzichtige) inherente afwijkingsbevoegdheid.

### 8.3 INHOUD VAN DE BEKENDMAKING

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt welke aspecten openbaar gemaakt moeten worden bij een aanbestedingsprocedure. Pas als deze aspecten vooraf openbaar gemaakt worden, is sprake van een passende mate van openbaarheid. Opvallend is dat de Awb juist weinig tot geen eisen stelt aan wat bekendgemaakt moet worden. De jurisprudentie van het Hof van Justitie kan dan ook wellicht een nadere invulling geven aan deze open norm uit de Awb. Hierna wordt ingegaan op de openbaarmaking van de verdelingscriteria, de aanvraagperiode en de problematiek van onvolledige aanvragen en de rol van adviescommissies bij het beoordelen van de aanvragen. Ook wordt ingegaan op de wijzigingsmogelijkheden van zowel de vastgestelde criteria, ingediende aanvragen en eenmaal genomen subsidiebesluiten.

#### 8.3.1 Openbaarmaking van de verdelingscriteria

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat in ieder geval de verdelingscriteria openbaar gemaakt moeten worden.<sup>18</sup>

---

18 O.a. HvJ EG 25 april 1996, nr. C-87/94 (Waalse bussen) en HvJ EG 24 januari 2008, nr. C-532/06 (Lianakis e.a.).

Uit een recente uitspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de onderlinge weging niet vooraf openbaar gemaakt hoeft te worden, maar wel voor de beoordeling van de ingediende aanvragen vastgesteld moet zijn. De bekendmaking van de onderlinge weging van de criteria is volgens het Hof niet van wezenlijke invloed op de voorbereiding van de aanvraag.<sup>19</sup>

Daarnaast is van belang dat de eenmaal vastgestelde essentiële criteria én de weging van die criteria, niet meer kunnen worden gewijzigd. De criteria moeten gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitgelegd worden.<sup>20</sup> Als een bestuursorgaan de mogelijkheid wil behouden om een criterium te kunnen wijzigen, dan zal deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan uitdrukkelijk opgenomen moeten worden bij het vaststellen van de criteria. Hierdoor kunnen alle potentiële aanvragers er van meet af aan kennis van hebben en is weer sprake van een gelijke uitgangssituatie bij het opstellen van de aanvragen.<sup>21</sup> De criteria moeten dusdanig worden geformuleerd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren.<sup>22</sup> Dat de eenmaal gekozen verdeelmethode en -criteria niet meer kunnen worden gewijzigd, volgt ook uit jurisprudentie van de bestuursrechter. Zo werd het hangende de procedure wijzigen van een verdeelmethode van vergelijkende toets naar volgorde van binnenkomst, in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel geacht<sup>23</sup> en het hangende de procedure wijzigen van de verleningscriteria onaanvaardbaar vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid.<sup>24</sup>

Van belang is dat uit het transparantiebeginsel niet voortvloeit welke methode een bestuursorgaan moet kiezen. Het bepaalt slechts dat als eenmaal gekozen is voor een bepaalde procedure, deze procedure wel transparant moet verlopen.<sup>25</sup> Volgens vaste jurisprudentie beschikt het bestuursorgaan over beleidsvrijheid om te kiezen welke verdeelmethode hij het meest geschikt acht. Het enkele feit dat ook andere methoden denkbaar zouden zijn geweest, is geen reden om een verdeling op volgorde van binnenkomst als onredelijk aan

---

19 HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, NJ 2011/87.

20 O.a. HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, NJ 2011/87, en HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01, NJ 2004/234 (Wienstrom).

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

22 HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01, NJ 2004/234 (Wienstrom).

23 CBb 8 januari 2010, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono.

24 CBb 19 december 2007, JB 2008/67.

25 Het is dan ook niet zo dat uit het transparantiebeginsel een mededingingsverplichting voortvloeit. Het is juist omgekeerd: als sprake is van een mededingingsplicht, dan zal bij de verdeelprocedure het transparantiebeginsel in acht moeten worden genomen. Ook Van Ommeren wijst op het principiële onderscheid tussen de beschikbaarheid van (oftewel: de toegang tot) het recht (mededinging) en de verdeelprocedures (F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 235 e.v.

te merken.<sup>26</sup> Het is mijns inziens wel noodzakelijk dat voorafgaand aan iedere subsidieverleningsprocedure een expliciete keuze wordt gemaakt voor de te volgen verdeelprocedure. Alleen op deze wijze wordt de benodigde duidelijkheid (of transparantie) geboden aan alle potentiële aanvragers. Soms wordt uit jurisprudentie afgeleid dat uit het niet opnemen van verdelingsregels volgt dat een systeem van verdeling op volgorde van binnenkomst is beoogd.<sup>27</sup> Van bestuursorganen mag echter verwacht worden dat zij bij de verdeling van subsidiegelden van tevoren nadenken over de gewenste wijze van verdeling en dit ook schriftelijk vastleggen.

Het vaststellen van de verdeelregels is met name van belang als een vergelijkende toets moet worden verricht, omdat zonder toetsingscriteria geen onderlinge rangschikking van de aanvragen kan worden gemaakt. Het niet opnemen van nadere verdeelregels kan echter ook bij de verdeling op volgorde van binnenkomst tot problemen leiden. Dit is bijvoorbeeld het geval als er op één dag meer aanvragen binnenkomen dan er op grond van het subsidieplafond verleend kunnen worden en er bij het bestuursorgaan geen gedetailleerdere registratie van aanvragen is gehanteerd. In dat geval wordt vaak geloot.<sup>28</sup> Hoewel deze handelwijze door de rechter is geaccepteerd, verdient het de voorkeur dat voorafgaand aan de procedure, bij de algemene bekendmaking van het subsidieplafond, duidelijk is welke verdeelmethode wordt gehanteerd en wat de verdelingscriteria zijn. Voor verdeling op grond van volgorde van binnenkomst geldt dit evenzeer als voor de subsidiëtender. Alleen op deze wijze wordt gegarandeerd dat alle potentiële aanvragers bekend zijn met de (spelregels van de) procedure, hetgeen de procedure transparant maakt.

Als de verdelingscriteria van tevoren zijn vastgesteld, kan naderhand blijken dat de criteria onduidelijk zijn. In de subsidieverleningspraktijk is het niet ongebruikelijk dat een potentiële aanvrager telefonisch contact opneemt met de behandelend ambtenaar om te vragen wat nu precies met een bepaald criterium bedoeld is. Als antwoord op deze vraag gegeven zou worden, zou deze aanvrager over meer informatie beschikken dan de overige potentiële aanvragers. Dit is vanuit een oogpunt van transparantie onwenselijk. Alleen door de informatie aan eenieder te verstrekken kan de gelijke positie van de potentiële aanvragers worden gegarandeerd. In het aanbestedingsrecht wordt daarom vaak gewerkt met een 'nota van inlichtingen'.<sup>29</sup> Dit betekent dat in

---

26 ABRvS 3 april 1991, AB 1991/555 en ABRvS 3 april 1991, AB 1992/46.

27 CBb 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

28 CBb 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2011/15, m.nt. M.J. Jacobs. Zie eveneens ABRvS 18 juli 2007, JB 2007/168 en AB 2008/28, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden, waarin de Afdeling oordeelde dat een dergelijke loting geen nieuwe wijze van verdeling is, maar een noodzakelijke nadere uitwerking van de wijze van verdeling. Aardig is ook CBb 7 april 2011, AB 2011/164, m.nt. W. den Ouden, waarin het CBb oordeelt dat een subsidie die wordt verdeeld op basis van loting, geen prijs of premie is waarop de Wet op de kansspelen betrekking heeft.

29 Artikel 2.53 wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 20..

de bekendmaking is opgenomen dat alle geïnteresseerden voor een bepaalde datum hun vragen over de criteria kunnen stellen. Deze vragen worden dan tegelijkertijd in een schriftelijk document beantwoord en algemeen bekendgemaakt. Door deze algemene bekendmaking, bijvoorbeeld via de website, wordt gegarandeerd dat alle geïnteresseerden over dezelfde informatie beschikken. De subsidietitel in de Awb kent een dergelijke verplichting niet. Dit kan tot gevolg hebben dat de subsidie niet wordt verleend aan het beste initiatief, maar aan degene die de meeste informatie heeft ingewonnen. Dit is onwenselijk indien men het schaarse subsidiegeld wil toekennen aan de beste initiatieven. Het toepassen van het transparantiebeginsel kan op dit punt dan ook een toegevoegde waarde hebben bij subsidieverlening.

### 8.3.2 Aanvraagperiode en onvolledige aanvragen

Op grond van het transparantiebeginsel moeten zowel de begindatum als de uiterste datum waarop aanvragen ingediend kunnen worden van tevoren openbaar gemaakt worden. Zo wordt gegarandeerd dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft, omdat de aanvragers evenveel tijd hebben gehad voor het opstellen van de aanvraag.

Het fixeren van deze aanvraagperiode heeft tot gevolg dat een wijziging of aanvulling van de oorspronkelijke aanvraag niet mogelijk is. Dit zou betekenen dat één aanvrager bevoordeeld wordt tegenover zijn concurrenten en dit doet afbreuk aan de transparantie van de procedure.<sup>30</sup>

Het uitgangspunt is dus dat een aanvraag die te laat of onvolledig is ingediend niet meer bij de beoordeling kan worden betrokken. Dit uitgangspunt wordt ook in het subsidierecht gehanteerd. Volgens vaste jurisprudentie verdraagt het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in een tendersysteem centraal staan. Uit de aard van het tendersysteem vloeit voort dat vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen rekening kan worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag.<sup>31</sup> Het is echter de vraag wanneer sprake is van een 'wijziging' van de aanvraag. Onderscheid kan gemaakt worden tussen een kennelijke vergissing die gecorrigeerd wordt en een wijziging van de aanvraag.<sup>32</sup>

---

30 HvJ EG 25 april 1996, nr. C-87/94 (Waalse bussen).

31 O.a. ABRvS 15 juli 2009, nr. 200807322/1; ABRvS 20 december 2006, nr. 20604066/1; en ABRvS 25 juli 2001, AB 2001/339, m.nt. N. Verheij.

32 ABRvS 15 augustus 2007, AB 2008/29, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden, waarin de mededeling van de aanvrager dat bij nader inzien toch geen btw gecompenseerd of afgetrokken kon worden, werd aangemerkt als een wijziging van de aanvraag. Deze wijziging werd niet betrokken bij de oorspronkelijke aanvraag, maar aangemerkt als een

Als sprake is van een substantiële wijziging van de aanvraag die te ver verwijderd is van de oorspronkelijke aanvraag, moet het wijzigingsverzoek worden aangemerkt als een nieuwe aanvraag. Van een aanvrager mag zorgvuldigheid worden verwacht bij het invullen en indienen van een subsidieaanvraag.<sup>33</sup> Het aanmerken van een wijzigingsverzoek als nieuwe aanvraag is uiteraard slechts mogelijk indien dit past binnen de subsidieverdeelregels: een wijzigingsverzoek dat is ingediend na afloop van de aanvraagperiode kan niet worden aangemerkt als een nieuwe aanvraag, maar zal buiten beschouwing gelaten moeten worden.

De eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager voor het indienen van zijn aanvraag heeft ook tot gevolg dat het bestuursorgaan in beginsel zelf geen actie hoeft te ondernemen om nadere gegevens te verkrijgen van de aanvrager.<sup>34</sup> Hiermee wordt een andere invulling gegeven aan de verplichting van artikel 3:2 Awb dat bestuursorganen de nodige kennis moeten vergaren omtrent de relevante feiten.

Bijzonder aandachtspunt is artikel 4:5 Awb. Dit artikel bepaalt dat een bestuursorgaan kan besluiten de aanvraag niet te behandelen, indien sprake is van een onvolledige aanvraag, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Gelet op het transparantiebeginsel, heeft het de voorkeur dat een bestuursorgaan de aanvrager geen hersteltermijn geeft, maar direct de aanvraag inhoudelijk beoordeelt en vervolgens de aanvraag weigert, omdat niet voldaan is aan de gestelde criteria. Uit jurisprudentie volgt dat een pro forma-aanvraag niet zonder meer buiten beschouwing mag worden gelaten, maar dat een bestuursorgaan de indieners daarvan in de gelegenheid moet stellen hun onvolledige aanvraag aan te vullen.<sup>35</sup> Volgens het CBb brengt een zorgvuldige voorbereiding van een beslissing op een aanvraag met zich dat het bestuursorgaan de aanvrager tijdig in de gelegenheid stelt om een onvolledige aanvraag aan te vullen. Dit ligt, aldus het CBb, in lijn met het uitgangspunt van de wetsgeschiedenis van artikel 4:5 Awb, waaruit blijkt dat de in artikel 4:5 Awb neergelegde eis een uitvloeisel van het zorgvuldigheidsbeginsel is. In de enkele omstandigheid dat voor de indiening van de aanvraag strikte termijnen gelden,

---

nieuwe aanvraag. Ook de Minister van EL&I hanteert bij subsidieverlening de beleidslijn dat na het bereiken van een subsidieplafond slechts in twee situaties een aanvraag gewijzigd of aangevuld mag worden zonder dat dit gevolgen heeft voor de rangschikking van de aanvraag. De eerste situatie doet zich voor wanneer de wijziging niet van invloed is op de inhoudelijke beoordeling van de aanvraag. De tweede situatie doet zich voor als sprake is van een kennelijke verschrijving. Daaronder wordt een zeer evidente reken- of typefout verstaan die onmiddellijk en zonder enige twijfel als vergissing herkenbaar is, in welk geval een aanvulling of wijziging van de aanvraag dus niet nodig is. Het CBb oordeelt dat deze gedragslijn niet in strijd met de wet of anderszins onrechtmatig is (CBb 7 juli 2011, LJN BR5050).

33 CBb 11 augustus 2010, LJN BN4730.

34 CBb 3 april 2001, LJN AB1115.

35 ABRvS 19 januari 2001, AB 2001/113, m.nt. N. Verheij.

ziet het CBb geen grond voor de conclusie dat geen herstelmogelijkheid geboden had hoeven worden.<sup>36</sup> De herstelmogelijkheid van artikel 4:5 Awb is echter ook volgens het CBb begrensd. Dit blijkt uit een uitspraak van het CBb van 18 november 2011.<sup>37</sup> In deze procedure bepaalde het wettelijk voorschrift dat bij de subsidieaanvraag een kopie van de watervergunning moest worden overgelegd en dat aanvragen die hieraan (en aan de andere vereisten uit het wettelijk voorschrift) niet voldeden, moesten worden geweigerd. Er was een subsidieplafond vastgesteld en de subsidiegelden werden verdeeld op grond van volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Op het moment dat het indieningstijdstip voor aanvragen afliep, was de watervergunning nog niet verleend en deze kon dus ook nog niet worden overgelegd bij de aanvraag. Het CBb overweegt dat in dit soort procedures aanvragen om subsidie met elkaar concurreren als gevolg van het subsidieplafond: 'Toewijzing aan de ene aanvrager kan immers ten koste van de andere gaan. Derhalve kan een aanvraag na het uiterste indieningstijdstip niet meer worden veranderd of inhoudelijk aangevuld.' Weliswaar is het, aldus het CBb, mogelijk een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen, maar dat geldt alleen voor het ontbreken van een voor de afloop van het indieningstijdstip verleende vergunning. Omdat de watervergunning in deze procedure op dat moment nog niet bestond, was er geen grondslag om de aanvraag ingevolge artikel 4:5 Awb buiten behandeling te laten en had de aanvraag afgewezen moeten worden. Deze uitspraak maakt duidelijk dat op het moment dat de datum voor het indienen van aanvragen verstrijkt alle benodigde bescheiden moeten bestaan en dat aanvragen anders afgewezen moeten worden. Dit is in overeenstemming met het transparantiebeginsel. Tegelijk overweegt het CBb ook dat het dus in beginsel wel mogelijk is een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen. Dit is in overeenstemming met artikel 4:5 Awb, maar staat op gespannen voet met het transparantiebeginsel.

De vaste jurisprudentie dat het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet verdraagt met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in een tendersysteem centraal staan, is in lijn met jurisprudentie over het transparantiebeginsel, maar het is de vraag hoe zich dit verhoudt tot artikel 4:5 Awb. Aangezien artikel 4:5 Awb een dwingendrechtelijke bepaling is, kan hier slechts bij wet in formele zin van worden afgeweken.<sup>38</sup> Artikel 4:5 Awb bevat ook volgens de Afdeling een algemene regeling voor de behandeling van onvolledige aanvragen door bestuursorganen. In dit artikel noch in de

---

36 CBb 10 november 2010, LJN BP0447, en CBb 20 mei 2011, LJN BQ9551.

37 CBb 18 november 2011, LJN BU5467. Het wettelijk kader voor deze subsidieprocedure is het Besluit stimulering duurzame energieproductie (BSDE).

38 Zie in deze zin ook Jacobs & Den Ouden 2011a.

subsidietitel van de Awb is hierop een uitzondering gemaakt.<sup>39</sup> Jacobs en Den Ouden maken een onderscheid tussen onvolledige aanvragen die binnen de termijn worden ingediend en aanvullingen en wijzigingen die na de termijn op eigen initiatief door de aanvrager worden ingediend, waarbij bij onvolledige aanvragen binnen de termijn aan de aanvrager een hersteltermijn moet worden geboden, maar bij overige aanvullingen niet.<sup>40</sup>

Een ander aandachtspunt is dat artikel 4:5 Awb een discretionaire bevoegdheid betreft. Dit heeft tot gevolg dat als een aanvrager geen gebruik heeft gemaakt van de geboden hersteltermijn, het bestuursorgaan niet verplicht is om de aanvraag buiten behandeling te laten. Het bestuursorgaan zal ook in dat geval een belangenafweging moeten maken.<sup>41</sup> Een dergelijke belangenafweging staat echter op gespannen voet met de duidelijkheid over de procedure die het transparantiebeginsel vereist en moet garanderen dat alle aanvragers gelijk behandeld worden.

Op grond van het voorgaande is het dan ook wenselijk dat de subsidietitel wordt aangevuld met een bepaling dat artikel 4:5 Awb niet van toepassing is indien sprake is van subsidieverlening waarbij een subsidieplafond is vastgesteld. Jacobs en Den Ouden stellen voor om de subsidietitel in de Awb uit te breiden met de volgende regeling. Als subsidie wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst, moet de aanvrager in de gelegenheid worden gesteld de aanvraag aan te vullen en geldt de dag waarop de aanvraag voldoet aan de wettelijke voorschriften als datum van ontvangst. Als subsidie wordt verdeeld op volgorde van rangschikking kan, in afwijking van artikel 4:5 Awb, het bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen als de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling en rangschikking van de aanvraag of de voorbereiding van de beschikking.<sup>42</sup> Deze uitbreiding van de subsidietitel zou een verbetering zijn ten opzichte van de huidige situatie, maar komt nog niet aan al mijn bezwaren tegemoet. De aanvulling voor de verdeling op volgorde van binnenkomst, bepaalt namelijk nog niet duidelijk hoe artikel 4:5 Awb moet worden toegepast. Niet bepaald wordt op welk moment de hersteltermijn geboden moet worden (na ontvangst van de aanvraag of na afloop van de indieningstermijn) en dat deze hersteltermijn voor alle aanvragers gelijk moet zijn. Daarnaast is van belang dat in beide voorgestelde artikelen nog altijd sprake is van een discretionaire bevoegdheid:

---

39 ABRvS 4 juli 2007, AB 2008/99, m.nt. N. Verheij.

40 Jacobs & Den Ouden 2011a en M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011, p. 35 e.v. (Jacobs & Den Ouden 2011b).

Ook Damen betoogt dat als sprake is van een verdeling op volgorde van binnenkomst de onvolledigheid van de aanvraag niet gehanteerd kan worden als weigeringsgrond. Een dergelijke regeling is in strijd met artikel 4:5 Awb en onverbindend (Cbb 17 mei 1995, *RBA* 1994/95, p. 211, m.nt. L.J.A. Damen).

41 Rb. Rotterdam 6 januari 2011, LJN BP0013.

42 Jacobs & Den Ouden 2011b.

het bestuursorgaan kan besluiten om de aanvraag buiten behandeling te stellen. In het kader van een transparante procedure verdient het de voorkeur om te bepalen dat als een aanvraag na een hersteltermijn nog altijd niet compleet is, deze aanvraag buiten behandeling moet worden gesteld of worden geweigerd. Zowel een regeling die zeer strikt is (er is geen herstelmogelijkheid, waardoor alle onvolledige aanvragen worden geweigerd) of juist soepeler (er is één herstelmogelijkheid die duidelijk afgebakend is en voor iedereen geldt), voldoen aan het transparantiebeginsel. Uitgaande van de eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager, zou ik willen pleiten voor de strikte regeling, omdat deze de meeste duidelijkheid biedt aan alle aanvragers.

Totdat de Awb is gewijzigd, zal artikel 4:5 Awb in acht moeten worden genomen. Dit hoeft echter geen afbreuk te doen aan het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling van de (potentiële) aanvragers. Bij het vaststellen van de verdeelcriteria (en de bekendmaking daarvan) kan immers worden geanticipeerd op de toepassing van artikel 4:5 Awb. Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle (onvolledige) aanvragers op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen.<sup>43</sup> Door een identieke hersteltermijn te bieden, wordt de gelijke behandeling van de aanvragers gegarandeerd en is sprake van een transparant procedureverloop. Bij subsidieverdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen, kan aanvullend worden bepaald dat de subsidiegelden worden verdeeld op basis van volgorde van binnengekomen *volledige* aanvragen.<sup>44</sup> Hiermee wordt voorkomen dat het lonend wordt om zo snel mogelijk een pro forma-aanvraag in te dienen. Het CBb heeft geen bezwaar tegen een dergelijke verdeling onder volledige aanvragen.<sup>45</sup> Ook hiervan is terecht betoogd dat het aanbeveling verdient om in de Awb te regelen dat bij een 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-systeem of een 'tender'-systeem slechts volledige aanvragen meetellen voor de verdeling van het subsidieplafond.<sup>46</sup> Indien wordt gekozen voor een verdeling op volgorde van binnenkomst met een loting als tweede verdeelmethode (omdat er op één dag te veel aanvragen zijn binnengekomen)

---

43 De Afdeling heeft op 8 maart 2006 (nr. 200502714/1, de procedure betreft een bijdrage op grond van de Vergoedingsregeling voor uittreding van vissers uit de visserij 2002, waarbij de subsidies werden verdeeld op volgorde van ontvangst van de aanvragen) geoordeeld dat een handelwijze waarbij alle onvolledige aanvragen zijn verzameld en tegelijk zijn teruggestuurd niet onzorgvuldig is. Daarbij acht de Afdeling van belang dat het de verantwoordelijkheid van de aanvrager is om te zorgen dat de aanvraag aan de wettelijke voorschriften voldoet en dat deze volledig is.

44 Dit is bijvoorbeeld het geval in het Besluit stimulering duurzame energieproductie. Artikel 58 van dat besluit bepaalt dat als de subsidie wordt verdeeld in de volgorde van ontvangst van de aanvragen, de dag waarop de aanvraag is aangevuld na toepassing van artikel 4:5 Awb, geldt als datum van ontvangst.

45 CBb 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. Wolswinkel.

46 Aldus N. Verheij in zijn noot onder ABRvS 19 januari 2001, AB 2001/113.

dan mogen onvolledige aanvragen niet meeloten.<sup>47</sup> Dit betekent dat de loting pas kan plaatsvinden nadat de pro forma-aanvragers in de gelegenheid zijn gesteld hun aanvraag aan te vullen.

Ten slotte nog een opmerking over aanvraagformulieren. Indien geen standaardaanvraagformulier wordt vastgesteld in de subsidieregeling dan kunnen aanvragen die niet met het formulier worden ingediend niet buiten behandeling worden gelaten.<sup>48</sup> Het kan dan ook aanbeveling verdienen om een dergelijk formulier vast te stellen, zodat alle aanvragers op een vergelijkbare manier moeten aangeven in hoeverre ze aan de gestelde criteria voldoen.

Als gekozen wordt voor een aanvraagformulier, zal dit formulier wel volledig moeten zijn. Zo oordeelde het CBB dat als een aanvraag alleen kan worden ingediend 'met gebruikmaking van een daartoe vastgesteld formulier, de aanvrager ervan uit mag gaan dat hij door beantwoording van alle vragen op het formulier en door het overleggen van alle stukken waarvan op het formulier staat aangegeven dat die moeten worden bijgevoegd, alle gegevens heeft verstrekt die nodig zijn voor de beoordeling van die aanvraag. Daarmee strookt niet dat van de aanvrager wordt verwacht dat hij de tekst van het aanvraagformulier anders interpreteert dan deze luidt, omdat deze niet overeen zou komen met de bedoeling van degene die het formulier heeft vastgesteld.'<sup>49</sup>

In de Pinetum-uitspraak was de vraag aan de orde of het bestuursorgaan een subsidieaanvraag mocht afwijzen, omdat het verkeerde aanvraagformulier was ingevuld. De aanvrager had namelijk uitsluitend een categorie A-aanvraag ingediend, terwijl de aanvrager niet voor subsidie op grond van categorie A maar categorie B in aanmerking kwam. Het bestuursorgaan betoogde dat de aanvrager zelf verantwoordelijk is voor het juist indienen van de aanvraag en dat deze aanvraag niet hangende het bezwaar kan worden gewijzigd, omdat dit onverenigbaar is met een tendersysteem. De Afdeling oordeelde dat het in dit geval onredelijk was om de aanvraag af te wijzen, zonder de aanvrager de gelegenheid te bieden de fout in de aanvraag te herstellen. Verheij merkt in zijn noot op dat het essentiële verschil is dat hier geen sprake is van nieuwe informatie die inhoudelijk relevant was voor de beslissing op de aanvraag, maar slechts van het gebruiken van het verkeerde aanvraagformulier. Door alsnog het juiste formulier te gebruiken worden de concurrerende aanvragers niet benadeeld.<sup>50</sup> Een vergelijkbare lijn wordt in het civiele aanbestedingsrecht gehanteerd. Zo oordeelde het Hof Amsterdam: 'Aanbestedingsrecht is in hoge

---

47 CBB 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. Wolswinkel. In deze uitspraak werden de rechtsgevolgen van het besluit echter in stand gelaten, omdat het bestuursorgaan kon aantonen dat alleen volledige aanvragen in aanmerking waren gekomen voor subsidie: het subsidiebudget was op volgorde van lotingsnummer verdeeld over de volledige aanvragen. Zie eveneens CBB 4 februari 2011, AB 2011/89, m.nt. Wolswinkel, en CBB 20 december 2007, AB 2008/31, m.nt. I. Sewandono.

48 ABRvS 19 januari 2001, AB 2001/113, m.nt. N. Verheij.

49 CBB 17 juni 2011, LJN BQ9603.

50 ABRvS 12 januari 2005, AB 2005/239, m.nt. N. Verheij.

mate formaliteitenrecht. Deze formaliteiten zijn noodzakelijk opdat de aanbestedder kan voldoen aan de op iedere openbare aanbesteding van toepassing zijnde beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid. De enkele omstandigheid dat niet het voorgeschreven format voor een verklaring is gebruikt brengt niet zonder meer mee dat deze verklaring buiten beschouwing moet worden gelaten. Wel dient dan dadelijk en eenvoudig te kunnen worden vastgesteld dat de wèl overgelegde verklaring volledig identiek is wat betreft de geadresseerde, de inhoud van de verklaring en de hoedanigheid van de ondertekenaar.<sup>51</sup>

Samenvattend kan gesteld worden dat op grond van het transparantiebeginsel zowel de begindatum als de uiterste datum waarop aanvragen ingediend kunnen worden van tevoren openbaar gemaakt moeten worden. Zo wordt gegarandeerd dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft, omdat de aanvragers evenveel tijd hebben gehad voor het opstellen van de aanvraag. Het fixeren van deze aanvraagperiode heeft tot gevolg dat een wijziging of aanvulling van de oorspronkelijke aanvraag niet of slechts beperkt mogelijk is. In het subsidierecht is deze problematiek, in het bijzonder met betrekking tot de toepassing van artikel 4:5 Awb, ook erkend. Het is mijns inziens wenselijk dat de subsidietitel wordt aangevuld met een bepaling dat artikel 4:5 Awb niet van toepassing is indien sprake is van subsidieverlening, waarbij een subsidieplafond is vastgesteld. Gelet op de eigen verantwoordelijkheid van iedere aanvrager, kan in plaats daarvan gekozen worden voor een regeling die bepaalt dat alleen volledige aanvragen die tijdig zijn ingediend voor subsidie in aanmerking komen.

### 8.3.3 Rol van adviescommissies

Zowel bij aanbestedings- als subsidieprocedures spelen adviescommissies vaak een grote rol. Indien kwalitatieve selectiecriteria zijn gesteld, is vaak een commissie van deskundigen nodig om de aanvragen te kunnen vergelijken. Inmiddels is bekend dat de onafhankelijkheid van deze adviescommissies problematisch kan zijn.<sup>52</sup> In het kader van het transparantiebeginsel, wil ik de aandacht vestigen op drie aspecten die te maken hebben met de openbaarheid van (de documentatie van) deze commissies.

Allereerst stellen commissies soms eigen toetsingsleidraden of -formulieren op aan de hand waarvan zij de aanvragen toetsen. Indien deze leidraden extra

---

51 Hof Amsterdam 25 januari 2011, *NJF* 2011/186. In deze procedure werd niet aan deze voorwaarde voldaan. De gebruikte verklaring week zodanig af dat verder onderzoek en mogelijk advisering noodzakelijk was. Dit zou volgens het hof kunnen leiden tot verboden bevoordeling.

52 ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/137, m.nt. W. den Ouden, en ABRvS 25 februari 2009, *AB* 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, is mijns inziens verdedigbaar dat deze op grond van het transparantiebeginsel eveneens openbaar gemaakt moeten worden.<sup>53</sup>

Ten tweede is van belang dat op grond van het transparantiebeginsel de subsidiecriteria op een objectieve en uniforme wijze toegepast moeten worden. De inschakeling van een deskundige door het bestuursorgaan ter beoordeling van een gegeven dat pas in de toekomst precies bekend zal zijn, is volgens vaste jurisprudentie in beginsel geschikt. Het deskundigenrapport moet dan wel op alle wezenlijke punten zijn gebaseerd op objectieve factoren die volgens de heersende vakinzichten relevant en passend voor de betrokken beoordeling worden beschouwd. Wanneer een bestuursorgaan een gunningscriterium vaststelt en daarbij opmerkt dat hij noch bereid, noch in staat is na te gaan of de door de aanvragers verstrekte inlichtingen juist zijn, wordt de transparantie van de procedure ten onrechte niet gewaarborgd.<sup>54</sup> Op de commissie rust een motiveringsplicht als zij haar advies aan het bestuursorgaan uitbrengen. Het bestuursorgaan moet immers in staat zijn de juistheid van het advies te verifiëren en daadwerkelijk kunnen nagaan of de aanvragen beantwoorden aan de gestelde criteria. Ook bij subsidieverlening door middel van een tender zal het oordeel van de adviescommissie dus gemotiveerd moeten worden. Zo oordeelde de Afdeling in de Nomade-zaak dat in het advies van de adviescommissie niet inzichtelijk was gemaakt waarop het negatieve oordeel over de artistieke kwaliteit van de projecten van Nomade was gebaseerd. Uit het advies bleek niet op welke onderdelen van de aanvraag en de daarbij gevoegde stukken het oordeel was gebaseerd.<sup>55</sup>

Ten slotte is het bij subsidieverlening niet ongebruikelijk om gebruik te maken van anonieme deskundigen, zo worden bijvoorbeeld bij de verdeling van NWO-subsidies uitsluitend de geanonimiseerde referentenadviezen toegezonden.<sup>56</sup> De vraag is in dat verband gerechtvaardigd in hoeverre de procedure, waarvan de deskundigheid van de referent onderdeel uitmaakt, daarmee

---

53 De Afdeling heeft op 10 december 2008, nr. 200801295/1, echter anders geoordeeld. In deze procedure had een adviescommissie de aanvragen beoordeeld aan de hand van een zelf opgestelde beoordelingshandleiding en een gestandaardiseerd beoordelingsformulier. De aanvrager en het bestuursorgaan beschikten niet over een exemplaar van deze stukken, maar wel over het beoordelings- en eindrapport. Volgens de Afdeling was het advies hiermee voldoende controleerbaar en was er geen strijd met artikel 3:9 Awb. Ook behoorden de door de commissie opgestelde stukken niet tot de tot het geding behorende stukken, omdat zij geen deel uitmaakten van het uitgebrachte advies. Als de beoordelingshandleiding en -formulier echter aanleiding hadden kunnen zijn voor de aanvragers om hun aanvraag anders vorm te geven, is de procedure onvoldoende transparant geweest. Bovendien kan door het niet verstrekken van deze stukken ook niet gecontroleerd worden of de commissie de juiste criteria heeft gehanteerd. Ook dit is in strijd met het transparantiebeginsel.

54 HvJ EG18 oktober 2001, nr. C-19/00 (SIAC Construction) en HvJ EG 4 december 2003, nr. C-448/01 (Wienstrom).

55 ABRvS 22 september 2009, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade. Zie ook ABRvS 15 december 2010, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden.

56 ABRvS 25 februari 2009, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden & J.M.J. van Rijn van Alkemade.

nog controleerbaar – transparant – is. In een procedure bij de Afdeling waarin de NWO geweigerd had subsidie te verlenen, had appellant geweigerd toestemming te verlenen aan de Afdeling om mede op grondslag van het stuk met de namen van de ingeschakelde externe deskundigen uitspraak te doen. De Afdeling kon daardoor niet nagaan wie de externe deskundigen zijn geweest en op welke grond zij als zodanig hebben opgetreden. De stelling van appellant dat de deskundigen vooringenomen en onvoldoende onafhankelijk en onpartijdig waren, kon daardoor niet slagen.<sup>57</sup> Hiermee wordt de bewijslast voor de onafhankelijkheid van de deskundigen bij appellant gelegd. De Afdeling had echter ook kunnen oordelen dat het aan het bestuursorgaan is om zorg te dragen voor een transparante, controleerbare procedure. Door de namen niet bekend te maken, kan (ook door de Afdeling) niet gecontroleerd worden of sprake is van een onafhankelijke commissie.

Aardig in dit verband is de volgende uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem.<sup>58</sup> In een aanbestedingsprocedure had de aanbestedende dienst als gunningscriterium 'de hoogste kwaliteit' gehanteerd. De rechtbank constateert dat deze wijze van beoordeling van inschrijvingen 'ontegenzeggelijk ook subjectieve – en dus minder voorspelbare en transparante – elementen in zich' herbergt. Het doel van de aanbestedingsprocedure, het voorkomen van willekeur en het uitsluiten van oneigenlijke voorkeuren van de aanbesteder, werd echter voldoende gewaarborgd door het gehanteerde beoordelingssysteem met een onafhankelijke beoordelingscommissie. Elke aanbieder is eerst individueel beoordeeld door vijf (materie)deskundigen, waarvan vier deskundigen afkomstig van vier verschillende afdelingen van Schiphol (de aanbestedende dienst) en één externe deskundige. Door de individuele leden zijn punten toegekend. De individueel toegekende cijfers zijn vervolgens in een plenaire bijeenkomst met de betrokken deskundigen besproken. Op basis van de resultaten van de plenaire bespreking is de definitieve puntentelling vastgesteld door het gemiddelde van de individuele becijfering te bepalen. Het resultaat van deze beoordeling is vervolgens getoetst door de jurist van de aanbestedende dienst en voorgelegd aan de tenderboard. Met deze wijze van beoordelen heeft de aanbestedende dienst subjectieve, en zo mogelijk oneigenlijke, elementen in de beoordeling zo veel mogelijk uitgesloten. Volgens de voorzieningenrechter was er dan ook geen grond voor het oordeel dat sprake is geweest van een niet transparante en onvoldoende objectieve beoordeling van de inschrijving. In het kader van de NWO-subsidies kan voor een vergelijkbaar systeem gekozen worden. In dat geval wordt niet bij ieder individueel referentenrapport de naam van de referent bekendgemaakt, maar stellen de individuele referenten in een gezamenlijke bijeenkomst een definitieve puntentelling vast door het gemiddelde van de individuele becijfering te bepalen. De namen van de deelnemers aan deze gezamenlijke bijeenkomst

---

57 ABRvS 7 februari 2007, AB 2008/86.

58 Rb. Haarlem (vzr.) 2 april 2009, LJN BH9497.

kan dan openbaar worden gemaakt, zodat de deskundigheid en onafhankelijkheid van de deskundigen getoetst kan worden.

Uit het voorgaande blijkt dat de verplichtingen die met betrekking tot adviescommissies voortvloeien uit het transparantiebeginsel deels vergelijkbaar zijn met de vergewisplicht van artikel 3:9 Awb. Beiden verplichten de adviescommissies tot het opstellen van een gemotiveerd advies waarin inzichtelijk wordt gemaakt in hoeverre aan de verdelingscriteria wordt voldaan. In het kader van de controleerbaarheid en daarmee transparantie van het subsidiebesluit en het advies dat daaraan ten grondslag ligt, is verdedigbaar dat ook de beoordelingsdocumentatie van een adviescommissie openbaar gemaakt moet worden.

#### 8.3.4 Wijziging van subsidiebesluiten

Een volgend aandachtspunt is de mogelijkheid om subsidiebesluiten te wijzigen. De subsidieregeling in de Awb bevat een regeling voor de intrekking of wijziging ten nadele van de subsidieontvanger van zowel verlenings- als vaststellingsbesluiten.<sup>59</sup>

Op grond van het transparantiebeginsel zijn de mogelijkheden om eenmaal genomen besluiten te wijzigen beperkt. Indien sprake is van een wezenlijke wijziging, is sprake van een nieuwe opdracht waarvoor iedereen in aanmerking moet kunnen komen. Er is in ieder geval sprake van een wezenlijke wijziging als deze wijziging zou hebben geleid tot toelating van een andere partij tot de procedure of tot de verlening aan een andere partij.<sup>60</sup> Ook bij subsidiënten wordt een vergelijkbare toets gehanteerd. Zo is het in beginsel niet mogelijk om het bij besluit verleende subsidiebedrag later te verhogen. Het CBB oordeelt dat, gelet op de verdeling van het beschikbare subsidiebudget op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, een aanvraag moet worden beoordeeld zoals deze er ligt. Het achteraf aanpassen van het subsidiebedrag zou leiden tot ongelijkheid ten opzichte van andere aanvragers.<sup>61</sup>

Daarnaast zal een subsidie in beginsel op nihil moeten worden vastgesteld als een project waarvoor subsidie is verleend niet overeenkomstig de subsidievoorwaarden wordt uitgevoerd. Een na de bekendmaking van het subsidieplafond ingediend verzoek tot wijziging van een project kan slechts worden gehonoreerd, indien deze wijziging volledig valt binnen de kaders van een vóór de bekendmaking van het plafond verleende subsidie en de wijziging de hoogte van de verleende subsidie niet te boven gaat. De Afdeling geeft als voorbeelden van een acceptabele wijziging de enkele wijziging van de naam van een project of een andere administratieve wijziging die geen inhoudelijke

---

59 Afdeling 4.2.6 Awb.

60 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06, BR 2009/80 (Pressetext).

61 CBB 11 augustus 2010, JB 2010/243.

betekenis heeft.<sup>62</sup> Het CBb zag zich voor de vraag gesteld of in geval van een gedeeltelijke uitvoering van het gesubsidieerde project een nihilstelling onevenredig was. Het CBb oordeelde dat de nihilstelling niet onredelijk was, nu sprake was van een essentiële afwijking van hetgeen in het oorspronkelijke projectplan was opgenomen. Daarbij was van belang dat het project, indien het zou zijn aangemeld zoals het is uitgevoerd, wezenlijk anders zou zijn beoordeeld en aanmerkelijk lager zou zijn gerangschikt, waarbij misschien in het geheel geen subsidie zou zijn verleend. Juist in een tendersysteem, moet een project in beginsel ook daadwerkelijk conform het projectplan wordt uitgevoerd. Voor afwijkingen van het plan moet voorafgaande toestemming worden verkregen. Het bij vaststellingsbesluit toekennen van een proportionele subsidiebijdrage zou een premie betekenen op het onaanvaardbare gedrag van de aanvrager door zonder overleg tot wezenlijke verschuivingen in het project over te gaan.<sup>63</sup>

### 8.3.5 Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure

- Vermeld in de algemene bekendmaking ten minste de volgende gegevens:
  - De hoogte van het plafond.
  - De wijze van verdeling: op volgorde van binnenkomst, loting, veiling, vergelijkende toets ('tender' of 'beauty contest') of een combinatie.
  - De verdelingsmaatstaf of -criteria, dan wel waar deze te vinden zijn.
  - Bij voorkeur wordt ook de onderlinge weging bekendgemaakt (maar deze moet in ieder geval voor de beoordeling van de ingediende aanvragen zijn vastgesteld).
  - Vermeld zowel de begindatum als uiterste datum waarop aanvragen ingediend kunnen worden.
- De criteria en weging daarvan kunnen na vaststelling niet meer gewijzigd worden, tenzij bij de vaststelling een expliciete wijzigingsmogelijkheid is opgenomen.
- De criteria moeten gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitgelegd worden.
- Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers moeten de criteria kunnen begrijpen en op dezelfde manier interpreteren.
- Werk met een 'nota van inlichtingen' en geef geen aanvullende (telefonische of schriftelijke) informatie aan één (potentiële) aanvrager.

---

<sup>62</sup> ABRvS 17 september 2008, AB 2009/77, m.nt. J.E. van den Brink.

<sup>63</sup> ABRvS 25 augustus 2005, AB 2005/390, m.nt. J.H. van der Veen.

- Ingediende aanvragen kunnen in beginsel niet aangevuld worden. Een kennelijke vergissing kan gecorrigeerd worden, maar een substantiële wijziging van de aanvraag moet aangemerkt worden als een nieuwe aanvraag.
- Anticipeer bij het vaststellen van de verdeelcriteria op artikel 4:5 Awb door bijvoorbeeld te bepalen dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle (onvolledige) aanvragers op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen.
- Bij subsidieverdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, kan aanvullend worden bepaald dat de subsidiegelden worden verdeeld op basis van volgorde van binnengekomen *volledige* aanvragen.
- Overwogen kan worden een standaardaanvraagformulier in de subsidieregeling vast te stellen, zodat alle aanvragers op een vergelijkbare manier aangeven in hoeverre ze aan de criteria voldoen. Het aanvraagformulier moet dan (uiteraard) wel volledig overeenkomen met de voorwaarden uit de subsidieregeling.
- Als gebruikgemaakt wordt van een adviescommissie dan is het niet transparant om gebruik te maken van 'anonieme' deskundigen, 'geheime' beoordelingsleidraden en ongemotiveerde adviezen.
- Als de subsidie eenmaal verleend is dan kan het besluit slechts worden gewijzigd als dit niet leidt tot een 'wezenlijke wijziging'. Het is niet mogelijk om het verleende subsidiebedrag later te verhogen. Ook zal de subsidie in beginsel op nihil moeten worden vastgesteld als een project niet overeenkomstig de subsidievoorwaarden is uitgevoerd.

#### 8.4 MOTIVERING EN TOETSING DOOR DE RECHTER

Het transparantiebeginsel heeft mede ten doel dat de besluitvorming toetsbaar wordt voor een rechter. Hieruit wordt een motiveringsplicht voor het bestuursorgaan afgeleid. De vraag is hoe ver deze motiveringsplicht reikt. Hierna wordt ingegaan op de motivering van het subsidiebesluit, de gevolgen van de plicht tot volledige heroverweging in bezwaar en de gevolgen van een gegrond beroep.

##### 8.4.1 Motivering van het subsidiebesluit

Bij subsidietenders is het noodzakelijk dat de rechtbank uit het besluit kan afleiden hoe de ene aanvraag zich verhoudt tot de overige aanvragen. Indien dat niet het geval is, is het subsidiebesluit niet toetsbaar en daarmee onvol-

doende gemotiveerd.<sup>64</sup> De vraag is dan hoe uitgebreid die motivering moet zijn. Uit aanbestedingsjurisprudentie volgt dat al aan het transparantiebeginsel is voldaan wanneer er een geanonimiseerde matrix met daarin de totaalscores per inschrijver per subcriterium verstrekt wordt.<sup>65</sup>

Van Rijn van Alkemade stelt dat een onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen verdeelprocedures waarbij aanvragen onafhankelijk van elkaar worden beoordeeld (bijvoorbeeld bij een verdeling op volgorde van binnenkomst) en verdeelprocedures waarbij de rangschikking mede tot stand komt op basis van een onderlinge vergelijking. In het laatste geval leidt dit tot een 'vergelijkende motiveringsplicht'.<sup>66</sup> Om de rechtmatigheid van die prioritering te kunnen beoordelen, zal enig inzicht geboden moeten worden in de andere subsidieaanvragen en in de daarover gegeven oordelen. Dit heeft tot gevolg dat de op de zaak betrekking hebbende stukken in een procedure ook informatie die door andere aanvragers is verstrekt kan betreffen, tenzij gewichtige redenen zich tegen ter inzage legging verzetten.<sup>67</sup> Indien het bestuursorgaan niet bereid is deze stukken te verstrekken, kunnen deze via een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) worden opgevraagd.<sup>68</sup> Daarnaast kunnen zij ook via een verzoek om een voorlopige voorziening worden verkregen. De voorzieningenrechter van het CBB heeft geoordeeld dat een concurrent informatie over de subsidieverlening aan een ander kan opvragen om die subsidie in rechte te kunnen bestrijden, want als dat subsidiebesluit niet in stand kan blijven, dan kan dit tot gevolg hebben dat er weer subsidiebudget vrijkomt waardoor de concurrent opnieuw zou kunnen meedingen naar de betreffende subsidiebedragen.<sup>69</sup>

Door de toetsing aan de Wob in zowel aanbestedings- als subsidieprocedures, geldt een ruimere openbaarmakingsverplichting dan in Europese aanbestedingsprocedures. In het kader van een door de Europese Commissie gehouden aanbesteding oordeelde het Gerecht dat de Europese Commissie in het kader van de motivering van het gunnings- en het afwijzingsbesluit, niet verplicht was om de documenten mede te delen die door de winnende inschrijver waren aangeleverd. Het Financieel Reglement voorziet er slechts

---

64 O.a. ABRvS 16 april 1997, AB 1998/75 en Rb. Arnhem 31 januari 2008, LJN BC3256.

65 Rb. Utrecht (vzr.) 28 januari 2009, nr. 259971 / KG ZA 08-1279, LJN BH1082, en Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 51-52. Zie eveneens de uitspraak van Rb. Amsterdam (vzr.) 8 februari 2011, LJN BP5163 waar het enkel overleggen van een puntentabel met eindscores onvoldoende was, omdat hierdoor achteraf niet kon worden vastgesteld of de individuele (sub)criteria juist waren toegepast.

66 J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 379 e.v.

67 Rb. Arnhem 21 januari 2008, AB 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels, en JB 2008/51, m.nt. R.J.N. Schlössels.

68 Zie over de toepassing van (weigeringsgronden van) de Wob ook E. Pietermaat & J. Muller, 'De Wob in het aanbestedingsrecht', TA 2010, p. 341 e.v.

69 CBB (vz.) 29 juli 2010, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.

in dat de aanbestedende dienst, na een schriftelijk verzoek, mededeling doet van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht werd gegund.<sup>70</sup>

De motiveringsplicht die voortvloeit uit het transparantiebeginsel heeft dus betrekking op de vergelijkende motivering van de verleende en geweigerde subsidieaanvragen. Daarnaast zal ook op verzoek inzichtelijk gemaakt moeten kunnen worden dat de verdeelprocedure daadwerkelijk transparant is verlopen. Het kan hiervoor wenselijk zijn dat een proces-verbaal van de gevolgde procedure wordt gemaakt. Hiermee kan worden gemotiveerd dat de procedure transparant is verlopen.<sup>71</sup> Ook het CBB heeft geoordeeld dat ingeval subsidieverlening door middel van loting het de voorkeur verdient dat een notaris proces-verbaal van de loting opmaakt die hij verricht. Indien dit echter niet gebeurt, hoeft dit geen reden voor vernietiging van het besluit te zijn, mits die loting onder verantwoordelijkheid van een notaris geschiedt.<sup>72</sup>

Een gebrek in de inzichtelijkheid van de gevolgde subsidieverleningsprocedure leidt niet altijd tot de conclusie dat sprake is van een onzorgvuldige procedure en de vernietiging van het besluit. Als de adviezen van een toetsingscommissie niet of achteraf op schrift worden gesteld, leidt dit volgens de Afdeling weliswaar tot een niet inzichtelijke toetsingsprocedure, maar zolang dit advies zijn weerslag vindt in het besluit, wordt het besluit niet vernietigd. De vraag is echter hoe een niet (schriftelijk) bestaand advies zijn weerslag kan vinden in een besluit.<sup>73</sup> Een dergelijke ondoorzichtige gang van zaken zou op grond van het transparantiebeginsel tot vernietiging van het besluit moeten leiden.

#### 8.4.2 Volledige heroverweging en de gevolgen van schending van het transparantiebeginsel

In het bestuursrecht hanteert men het algemene uitgangspunt van de volledige heroverweging in bezwaar (artikel 7:11 Awb). In het kader van schaarse subsidieverlening is echter van belang dat in bezwaar niet *ex nunc* getoetst wordt. Al in 2002 oordeelde de Afdeling dat het bij subsidieverlening volgens het tendersysteem niet in de rede ligt om bij de beslissing op bezwaar het recht en de feiten en omstandigheden van dat moment te betrekken. De Afdeling oordeelde echter ook dat de beslissing op bezwaar niet enkel hoeft te worden gebaseerd op eerder verkregen informatie, maar dat ook rekening gehouden mag worden met later opgestelde adviezen en nadere feitelijke informatie van

---

70 GEA 9 september 2009, nr. T-437/05.

71 Concl. A-G van 12 april 2005 in nr. C-231/03.

72 CBB 20 september 2002, LJN AE9952.

73 ABRvS 4 november 1999, AB 1999/479 en ABRvS 3 april 2000, AB 2000/203, beide m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

de aanvrager.<sup>74</sup> Voor de bezwaarfase gelden dezelfde beperkingen voor het kunnen inbrengen van aanvullende informatie als in de aanvraagfase. Zowel bij de primaire besluitvorming als de bezwaarfase moet gegarandeerd kunnen worden dat sprake is van een gelijk speelveld voor alle potentiële aanvragers.

Een belangrijke vraag is wat de gevolgen zijn van schending van het transparantiebeginsel: betekent dit dat een verdeelprocedure helemaal opnieuw georganiseerd moet worden? De meeste jurisprudentie over het transparantiebeginsel heeft betrekking op het civiele aanbestedingsrecht. Deze is daarom niet een op een toe te passen op de bestuursrechtelijke subsidieverlening. In algemene zin heeft het Hof van Justitie 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).<sup>75</sup> Dit betekent dat naast het opzeggen van een overeenkomst die in strijd met het transparantiebeginsel tot stand is gekomen, ook een schadevergoeding tot de mogelijkheden kan behoren. Deze jurisprudentie heeft betrekking op het civiele aanbestedingsrecht, maar kan ook (analoog) worden toegepast in het bestuursrecht. Voor vergunningverlening, zou dit betekenen dat in plaats van een nieuwe vergunningverleningsprocedure wellicht ook gekozen zou kunnen worden voor een vervangende schadevergoeding. Van Rijn van Alkemade constateert echter dat zolang er geen aanpassing van de uitslag van de verdeelprocedure plaatsvindt, een vordering tot schadevergoeding in Nederland vrijwel kansloos is doordat het lastig is om het causaal verband aan te tonen.<sup>76</sup> Bovendien is specifiek voor subsidieverlening van belang dat zowel bij subsidieverlening als vervangende schadevergoeding sprake is van het ter beschikking stellen van gelden.

Met betrekking tot het subsidierecht is van belang dat de Awb een regeling heeft getroffen voor de gevolgen van een gegrond bezwaar- of beroepschrift. Artikel 4:25 lid 3 Awb bepaalt dat het in dat geval slechts mogelijk is de subsidie te weigeren als deze mogelijkheid ook had bestaan op het tijdstip waarop de oorspronkelijke (rechtmatige) beslissing had moeten worden genomen. In de praktijk wordt door bestuursorganen vaak een specifieke reservering gemaakt voor deze gevallen zodat ook voldoende financiële middelen aanwezig zijn om na heroverweging alsnog subsidie toe te kunnen kennen. In het kader van de verdeling van broeikasgasemissierechten, zoals geregeld

---

74 O.a. ABRvS 13 november 2002, AB 2003/135, m.nt. N. Verheij.

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

76 Van Rijn van Alkemade, 'Overheidsaansprakelijkheid voor schade ontstaan door onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten', *O&A* 2011, p. 69.

in de Wet milieubeheer (Wm) wordt dit door de Nederlandse emissieautoriteit het 'depot juridische procedures' genoemd.

Het grote voordeel van artikel 4:25 lid 3 Awb is dat een aanvrager waarvan de subsidie is geweigerd geen rechtsmiddelen hoeft aan te wenden tegen verleende subsidies. Het feit dat deze verleende subsidies formele rechtskracht krijgen, heeft niet tot gevolg dat zijn bezwaarschrift nooit meer gegrond verklaard kan worden. Het nadeel van dit extra subsidiedepot is dat hiermee geen daadwerkelijk rechtsherstel wordt geboden. Er wordt immers slechts extra subsidie verleend, maar de eerder wellicht ten onrechte verleende subsidie wordt daarmee nog niet ingetrokken.

Bovendien bepaalt artikel 4:25 lid 3 Awb dat de weigeringsgrond van het tweede lid soms wel toegepast kan worden, bijvoorbeeld als op de datum van het primaire besluit het subsidieplafond al was bereikt. Dit betekent dat het interessant kan zijn om rechtsmiddelen aan te wenden tegen de subsidieverlening aan een 'concurrerende' aanvrager. Als dit subsidiebesluit immers wegvalt, dan ontstaan er wellicht weer middelen waardoor nieuwe aanvragen kunnen worden verleend. Volgens vaste jurisprudentie kan een derde op grond van een concurrentiepositie als belanghebbende bij een (subsidie)besluit worden aangemerkt als de subsidie 'strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is'.<sup>77</sup> Een concurrent kan dan ook in beginsel tegen de subsidieverlening aan een ander opkomen. Vervolgens kunnen alle gebreken in het besluit (zeker zolang het relativiteitsvereiste nog niet in de Awb is opgenomen) tot vernietiging van dat besluit leiden. Indien geen rechtsmiddelen worden aangewend tegen subsidieverlening aan een concurrerende aanvrager dan zal dit besluit onherroepelijk worden. Het restrictieve karakter van artikel 4:25 lid 3 Awb staat er aan in de weg om in een procedure over een geweigerde subsidie alsnog subsidie te verlenen als het subsidieplafond is bereikt door subsidiebesluiten die formele rechtskracht hebben verkregen, maar onrechtmatig waren. De rechtmatigheid van de andere verleende subsidiebesluiten kan alleen worden beoordeeld in een bezwaar- en beroepsprocedure daartegen.<sup>78</sup>

---

77 ABRvS 19 december 2001, *JB* 2002/46 en ABRvS 28 november 2011, *AB* 2008/73. Zie eveneens CBB 2 maart 2011, LJN BP7228 (exploitatievergunning speelautomatenhal). Uit ABRvS 17 augustus 2011, LJN BR5195, volgt dat bij een subsidievaststellingsbesluit dezelfde toets wordt gehanteerd om te bepalen of een concurrent belanghebbende is. Daarbij is niet van belang of deze concurrent bezwaar heeft gemaakt tegen het eerdere subsidieverleningsbesluit. Wel is dan van belang dat in de procedure tegen het vaststellingsbesluit niet meer kan worden opgekomen tegen aspecten die aan de orde hadden kunnen komen in de procedure tegen het verleningsbesluit.

78 ABRvS 5 juni 2002, *AB* 2003/124, m.nt. N. Verheij. De rechtmatigheid van subsidiebesluiten is wel beoordeeld in de BEVAR-procedure, omdat daar subsidie was verleend aan een categorie bedrijven waarvoor de subsidie rechtens in het geheel niet was bestemd (ABRvS 26 september 2001, *AB* 2001/356, gevolgd door ABRvS 20 augustus 2003, *AB* 2003/404, beide m.nt. N. Verheij).

In de memorie van toelichting bij de Derde tranche van de Awb wordt gewezen op de mogelijkheid om een 'plan' of 'programma' vast te stellen, waarin alle na toetsing aan de criteria genomen beslissingen op de aanvragen zijn neergelegd; zo'n besluit is in wezen een bundel beschikkingen.<sup>79</sup> Bij (schaarse) subsidieverlening lijkt dit een aantrekkelijke manier van subsidieverlening, omdat op deze wijze één moment ontstaat waar tegen de subsidiebesluiten opgekomen kan worden. Uit jurisprudentie volgt dat als meerdere aanvragen hetzelfde object (bijvoorbeeld een standplaatsvergunning of winkeltijdenwetonthefving) betreffen, deze aanvragen niet los van elkaar kunnen worden beoordeeld. De verlening aan de één impliceert de weigering aan de ander. In dat geval is geen sprake van afzonderlijke deelbesluiten, maar van één appellabel besluit.<sup>80</sup> Bij subsidieverlening is echter zelden sprake van één object. Indien de subsidieverlening aan een ander niet wordt betwist, verkrijgt deze daardoor formele rechtskracht. Parallelen kunnen wel worden getrokken met de eerdergenoemde broeikasgasemissierechtenregeling. Artikel 16.29 Wm bepaalt dat het bevoegd gezag één nationaal toewijzingsbesluit neemt waarin de broeikasgasemissierechten worden toegewezen. Dat besluit bevat onder meer een aanduiding van het totale aantal broeikasgasemissierechten dat voor de planperiode wordt toegewezen, alsmede de toewijzing van broeikasgasemissierechten voor afzonderlijke inrichtingen.<sup>81</sup> De subsidietitel in de Awb bevat echter geen vergelijkbare bepaling. Voor schaarse subsidieverlening is dit wel wenselijk.

Specifiek voor subsidieverlening is daarnaast van belang dat het op grond van artikel 4:57 Awb mogelijk is om ten onrechte betaalde subsidiebedragen terug te vorderen. Hiervoor is al ingegaan op de mogelijkheden om een subsidiebesluit in te trekken of te wijzigen. Ook een concurrent is belanghebbende in een procedure waarbij subsidie wordt teruggevorderd.<sup>82</sup> Een concu-

---

79 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 48.

80 ABRvS 29 juni 2005, AB 2005/365, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, en *Gst.* 2006/6, afl. 7243, m.nt. L.M. Koenraad en CBb 8 januari 2010, JB 2010/75, m.nt. J. Wolswinkel.

81 Zie over de verdeling van broeikasgasemissierechten: J.R. van Angeren, 'Emissiehandel en schaarse publieke rechten' in Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 95 e.v. B.J. Schueler gaat in dezelfde bundel in op de integrale verdelingsbesluiten (B.J. Schueler, 'Bestuursrechtelijke beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten' in: Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011, p. 363 e.v.).

82 ABRvS 4 mei 2011, LJN BQ3428. De Afdeling oordeelt dat degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks is betrokken bij een besluit, belanghebbende is. Dit geldt ongeacht de vraag of het concurrentiebelang bij het nemen van een besluit een rol kan spelen. Een concurrent kan belanghebbende zijn als de subsidie waarvan de terugvordering wordt verzocht strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is. De concurrent die belanghebbende is kan ook het bestuursorgaan verzoeken om ten onrechte verleende subsidie terug te vorderen. Hoewel een dergelijke terugvordering geen effect heeft op de door de concurrent gestelde omzetverliezen, kan de concurrent wel belang hebben bij de uitkomst van de procedure, omdat door terugbetaling van de subsidie de concurrentieverhoudingen worden hersteld.

rent kan dus ook een verzoek tot terugvordering bij een bestuursorgaan indienen in de hoop dat daarmee de concurrentieverhoudingen worden hersteld.

Een interessante vraag is nog of de intrekingsgronden van de Awb<sup>83</sup> afdoende zijn om rechtsherstel te bewerkstelligen bij schending van het transparantiebeginsel. Zo is bepaald dat een subsidie kan worden ingetrokken als een begrotingsvoorbehoud is gemaakt.<sup>84</sup> De wetgever zou een vergelijkbaar voorbehoud kunnen opnemen voor schaarse subsidieverlening. Als blijkt dat de subsidieverleningsprocedure waarbij een plafond is ingesteld onrechtmatig is verlopen, zou het bestuursorgaan het subsidiebesluit moeten kunnen intrekken, zodat de subsidie (eventueel na een nieuwe procedure) aan een ander kan worden verleend. Artikel 4:50 Awb bepaalt daarnaast dat een subsidie kan worden ingetrokken voor zover de subsidieverlening 'onjuist is'. Deze intrekingsgrond lijkt ook in dit geval toepasbaar. Hiermee wordt echter niet hetzelfde resultaat bereikt. Intrekking is immers alleen mogelijk met inachtneming van een redelijke termijn en na het onder omstandigheden moeten betalen van een schadevergoeding.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat voor veel gevallen door middel van de huidige wettelijke mogelijkheden van het depot van artikel 4:25 lid 3 Awb en de terugvorderingsmogelijkheid van artikel 4:57 Awb op een doeltreffende wijze een schending van het transparantiebeginsel ongedaan kan worden gemaakt zonder dat een geheel nieuwe verdeelprocedure gestart hoeft te worden. Slechts in bijzondere gevallen waar sprake is van een flagrante schending van het transparantiebeginsel zal een nieuwe verdeelprocedure noodzakelijk zijn. Hiervan is sprake als bijvoorbeeld in het geheel geen transparante verdeelprocedure heeft plaatsgevonden.

#### 8.4.3 Praktische tips voor een transparante subsidieprocedure

- Het subsidiebesluit moet worden gemotiveerd. Als sprake is van een rangschikking op basis van een onderlinge vergelijking is sprake van een 'vergelijkende motiveringsplicht' waarbij enig inzicht geboden moet worden in de (beoordeling van de) andere aanvragen.
- Het is wenselijk bewijsstukken te verzamelen waarmee kan worden aangetoond dat de procedure transparant is verlopen, bijvoorbeeld door middel van een proces-verbaal van een notaris.
- In bezwaar wordt niet *ex nunc* getoetst: omdat de aanvraag moet worden ingediend voor een bepaalde datum is het niet logisch om in bezwaar nieuwe feiten en omstandigheden bij de beoordeling te betrekken.

---

83 Artikel 4:48 t/m 4:50 Awb.

84 Artikel 4:48 lid 1 onderdeel e Awb jo. artikel 4:34 lid 5 Awb.

- Het is wenselijk budget voor een 'depot juridische procedures' te reserveren, zodat financiële middelen aanwezig zijn voor eventuele gegronde bezwaar- en beroepsschriften.

## 8.5 AFRONDING

Hiervoor is ingegaan op de vraag in hoeverre één specifiek aanbestedingsrechtelijk beginsel, namelijk het transparantiebeginsel, toegepast zou kunnen worden in het subsidierecht. Hoewel het subsidierecht niet expliciet een transparantiebeginsel kent, kent het subsidierecht op vrijwel alle aspecten een vergelijkbare regeling. Een subsidiebesluit dat tot stand komt na een niet-transparante procedure zal vaak op grond van het rechtszekerheids-, gelijkheids- of zorgvuldigheidsbeginsel of de specifieke aard van de tenderprocedure worden vernietigd.

De jurisprudentie over het transparantiebeginsel kan echter wel een toegevoegde waarde hebben voor zowel het bestuursorgaan als de subsidieaanvragers. Deze toegevoegde waarde ligt deels in de invulling van de specifieke aard van het transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel beoogt immers elk risico van favoritisme en willekeur te voorkomen. Deze gelijke behandeling van de aanvragers is wenselijk voor de aanvragers en zou daarmee bovendien moeten leiden tot het selecteren van de 'beste' aanvragen hetgeen gunstig is voor het bestuursorgaan. De traditionele beginselen van behoorlijk bestuur hebben niet deze specifieke doelstelling, waardoor in jurisprudentie soms verwezen wordt naar de 'specifieke aard van de tenderprocedure'. De aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie over het transparantiebeginsel kan hier een nadere duiding aan geven.

Gelet op deze toegevoegde waarde van het transparantiebeginsel heb ik in dit artikel een aantal praktische tips gegeven waarmee ieder gemeentebestuur een subsidieverleningsprocedure, binnen de huidige kaders van de Awb, zo transparant mogelijk kan inrichten. De belangrijkste aandachtspunten daarbij zijn mijns inziens:

- i) de verdelingscriteria niet in beleidsregels neer te leggen, omdat de inherente afwijkingsbevoegdheid van beleidsregels (artikel 4:81 Awb) zich niet goed verhoudt tot het transparantiebeginsel; en
- ii) de aanvraagperiode te fixeren zodat gegarandeerd wordt dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft, waarbij artikel 4:5 Awb wel in acht moet worden genomen.

Daarnaast heb ik een aantal suggesties aan de wetgever gedaan om de subdiëtitel van de Awb te wijzigen, waaronder (naast de eerdergenoemde artikelen 4:81 en 4:5 Awb) om in de Awb een bepaling op te nemen dat het bestuursorgaan één toewijzingsbesluit kan nemen waarin de subsidies worden verdeeld.

## 9 | Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?<sup>1</sup>

In het Unierecht is een 'transparantiebeginsel' tot ontwikkeling gekomen. Dit beginsel is in het bijzonder van belang bij de verdeling van schaarse vergunningen. Dit artikel beschrijft de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie over het transparantiebeginsel en van de nationale bestuursrechter over twee soorten schaarse vergunningstelsels, namelijk winkeltijdenwethetoffingen en schaarse vergunningstelsels in APV's. Op basis daarvan wordt bezien in hoeverre de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende is geborgd.

### 9.1 INLEIDING

De laatste jaren wordt in de literatuur aandacht besteed aan het 'transparantiebeginsel' (ook wel aangeduid als het 'doorzichtigheidsbeginsel'), in het bijzonder bij de verdeling van schaarse vergunningen. In dit artikel wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) op dit moment al (indirect) aan het transparantiebeginsel toetsen via algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het rechtszekerheids-, zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Hiertoe zal eerst een beschrijving van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) over het transparantiebeginsel worden gegeven (paragraaf 9.3). Vervolgens wordt ingegaan op jurisprudentie van het CBb over winkeltijdenwethetoffingen en jurisprudentie van de Afdeling over schaarse vergunningstelsels opgenomen in APV's (paragraaf 9.4). Ten slotte zal aan de hand van deze jurisprudentieanalyse antwoord worden gegeven op de vraag in hoeverre door toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur het transparantiebeginsel afdoende wordt geborgd (paragraaf 9.5). Kort samengevat zal uit deze jurisprudentieanalyse blijken dat de bestuursrechter vaak via toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de Awb tot een oordeel komt dat ook in lijn is met het transparantiebeginsel. In een aantal gevallen is echter sprake van een handelwijze van een bestuursorgaan die niet transparant genoemd kan worden,

---

<sup>1</sup> Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *JBplus* 2013, afl. 3, p. 141 e.v. De inhoud ervan is afgerond op 7 augustus 2013.

maar die niet tot vernietiging van het bestreden besluit leidt. Daarom worden in paragraaf 9.5 enkele aanbevelingen gedaan die tot een vergroting van de transparantie zouden kunnen leiden.

## 9.2 UITGANGSPUNTEN

### 9.2.1 Terminologie: transparantie en schaarse vergunningen

Voordat in de volgende paragraaf ingegaan wordt op de jurisprudentie van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel, wordt eerst nog kort de context besproken die ik in dit artikel als uitgangspunt neem. Dit artikel heeft betrekking op het 'transparantiebeginsel' bij de verdeling van 'schaarse vergunningen'.

Met betrekking tot het 'transparantiebeginsel' is van belang dat het begrip 'transparantie' in verschillende betekenissen wordt gebruikt. Buijze gaat in haar recente dissertatie in op al deze betekenissen die het beginsel in het Unierecht kan hebben.<sup>2</sup> In haar dissertatie heeft zij een systeem ontwikkeld om alle verschillende betekenissen te kunnen duiden. Zo onderscheidt zij zes verschillende categorieën van transparantieverplichtingen. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om al deze zes categorieën te beschrijven, maar één van de categorieën heeft (kort samengevat) betrekking op het recht van burgers (door Buijze 'citoyen' genoemd) tot de toegang van documenten. Het transparantiebeginsel in deze betekenis wordt in het Nederlandse bestuursrecht genoemd als grondslag voor de Wet bescherming persoonsgegevens<sup>3</sup> en de Wet openbaarheid van bestuur. In dit artikel staat echter een ander door Buijze beschreven categorie van het transparantiebeginsel centraal, en wel het transparantiebeginsel dat ten doel heeft de 'homo economicus' betere beslissingen te laten nemen en bestuursorganen te kunnen controleren. Deze transparantieverplichting heeft in het Unierecht als doel het functioneren van de interne markt te verbeteren en de homo economicus te beschermen tegen marktverstrend optreden door bestuursorganen. De jurisprudentie van het Hof van Justitie over deze categorie van het transparantiebeginsel zal in de volgende paragraaf nader worden beschreven.

De reden waarom ik heb gekozen voor deze betekenis van het transparantiebeginsel, heeft betrekking op het andere uitgangspunt van dit artikel, namelijk de beperking tot 'schaarse vergunningen'.<sup>4</sup> In de vorige aflevering van

---

2 A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), 2013. Zie ook A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', NtER 2011, nr. 7, p. 240-248.

3 ABRvS 30 januari 2013, JB 2013/61, ECLI:NL:RVS:2013:BY9910.

4 Zie voor de rol van het transparantiebeginsel op een andere terrein, namelijk gebiedsontwikkeling: P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid – Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid* (diss. Utrecht), 2013.

dit tijdschrift heeft Wolswinkel de algemene regels die bij de verdeling van schaarse vergunningen moeten worden toegepast, beschreven.<sup>5</sup> In dit artikel wordt – waar mogelijk – dezelfde terminologie gehanteerd. Dat betekent dat onder een ‘vergunning’ wordt verstaan: iedere publiekrechtelijke toestemming van een bestuursorgaan om een bepaalde activiteit te verrichten die anders verboden zou zijn. Hieronder vallen dus zowel vergunningen als ontheffingen of concessies.<sup>6</sup> Een vergunning is ‘schaars’ als het aantal aanvragers groter is dan het aantal beschikbare vergunningen. Deze schaarste zal tot uiting komen door het vaststellen van een ‘vergunningenplafond’ dat aangeeft hoeveel vergunningen maximaal kunnen worden verleend. Wanneer een vergunning schaars is, zal een verdeelprocedure moeten worden vastgesteld die bepaalt hoe de verdeling van de schaarse vergunning(en) zal plaatsvinden. Bekende verdeelprocedures zijn een loting, een veiling, een vergelijkende toets (tendersysteem) of verdeling op volgorde van binnenkomst.

In andere publicaties wordt soms ook het begrip ‘schaarse publieke rechten’ gehanteerd.<sup>7</sup> Dit begrip is ruimer, omdat daaronder niet alleen schaarse vergunningen vallen, maar ook andere publiekrechtelijke besluiten met een plafond, zoals subsidies. In dit artikel blijven deze andere schaarse publieke rechten buiten beschouwing.<sup>8</sup> Hetgeen in dit artikel wordt gesteld over transparante vergunningverlening, geldt echter *mutatis mutandis* ook voor de verdeling van andere schaarse publieke rechten.

In het kader van de verdeling van schaarse vergunningen is in het bijzonder Buijzes eerdergenoemde categorie van het transparantiebeginsel van de ‘*homo economicus*’ van belang, omdat door de beperking van het aantal beschikbare vergunningen er een vorm van competitie ontstaat tussen de verschillende aanvragers. In het Unierecht komt deze competitie met name voor in het aanbestedingsrecht, maar ook bij andere beperkingen van het recht op vrij verkeer, zoals de regulering van kansspelen waar het aantal exploitanten vaak

---

5 C.J. Wolswinkel, ‘De verdeling van schaarse vergunningen. Convergentie in de jurisprudentie?’, *JBplus* 2013, afl. 2, p. 62 e.v. (hierna: Wolsinkel 2013a)

6 Zie hierover ook: A. Drahmman, ‘Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen?’, *NALL* 2012, november, DOI 10.5553/NALL/.000007 (hierna: Drahmman 2012a) en A. Drahmman, ‘Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het *Betfair*-arrest’, *NTB* 2012/25 (hierna: Drahmman 2012b).

7 Zie bijv. F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

8 Zie over schaarse subsidieverlening het artikel van Jacobs en Den Ouden in dit tijdschrift over de verdeling van de subsidiepot (M.J. Jacobs & W. den Ouden, ‘Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot’, *JBplus* 2011, p. 35 e.v.). Zie voor een vergelijking tussen het Nederlandse subsidierecht (en jurisprudentie van het CbB en de ABRvS) en het Europese transparantiebeginsel ook: A. Drahmman, ‘Kan het subsidierecht transparanter?’, *Gst.* 2011/124.

wordt beperkt door een monopolie- of concessiestelsel.<sup>9</sup> Het Hof van Justitie beschermt door middel van het transparantiebeginsel partijen uit verschillende lidstaten tegen favoritisme en willekeur. Het is interessant om te bezien of de bestuursrechter een vergelijkbare norm hanteert bij de verdeling van schaarse vergunningen. Wolswinkel analyseert in zijn artikel in dit tijdschrift – en uitgebreider in zijn recente dissertatie<sup>10</sup> – aan de hand van vier algemene verdelingsvraagstukken (plafond, uitnodiging tot indiening van aanvragen, verdelingscriteria en looptijd) de inhoud van de door hem ontwikkelde algemene regels. In het kader van het tweede vraagstuk – de uitnodiging tot indiening van aanvragen – komt het Unierechtelijke transparantiebeginsel aan de orde. De door het Hof van Justitie geformuleerde elementen van het beginsel zullen in dit artikel meer in detail worden beschreven en vervolgens worden vergeleken met de jurisprudentie van de nationale bestuursrechters.

### 9.2.2 De essentie van het transparantiebeginsel

In het vervolg van dit artikel wordt dus uitsluitend ingegaan op de hiervoor beschreven betekenis van het transparantiebeginsel en de mogelijke rol die het beginsel zou kunnen spelen bij de verlening van schaarse vergunningen. Het Hof van Justitie omschrijft het transparantiebeginsel in dat kader als volgt:

‘Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.

Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of

---

9 O.a. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel (Betfair) en HvJ EU 24 januari 2013, C-186/11, *NJ* 2013/271, m.nt. M.R. Mok. Zie tevens J.C.M. van der Beek en F.A. Kroon, ‘De volgende fase in de goksaga: Quis custodiet ipsos custodes?’, *NtER* 2013, nr. 4, p. 115-122.

10 C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten; Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.<sup>11</sup>

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het transparantiebeginsel rechtstreeks voortvloeit uit het primaire Unierecht.<sup>12</sup> Dit heeft tot gevolg dat de werkingssfeer van het beginsel niet beperkt is tot de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>13</sup> Het Hof van Justitie heeft het transparantiebeginsel daarom al toegepast bij opdracht-, concessie- en vergunningverlening.<sup>14</sup> Het Unierecht is echter in beginsel niet van toepassing op zuiver interne situaties. Als sprake is van een zuiver interne situatie toetst de bestuursrechter niet aan Unierechtelijke beginselen, zoals het transparantiebeginsel.<sup>15</sup> In de volgende paragraaf zal nader ingegaan worden op de inhoud en de doelstellingen van het (Unierechtelijke) transparantiebeginsel. Eén van de doelstellingen is het uitbannen van favoritisme en willekeur door bestuursorganen en het creëren van eerlijke mededinging door het bieden van gelijke kansen aan alle potentieel geïnteresseerde partijen. Dit zijn doelstellingen die naar mijn mening niet uitsluitend van waarde zijn in grensoverschrijdende situaties, maar ook van waarde zijn bij de verdeling van schaarse vergunningen in een zuiver interne situatie. Daarom zal hierna worden gezien of het transparantiebeginsel al door

---

11 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta) en vervolgens aangehaald in HR 4 november 2005, NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok (B.V. Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom/Staat en N.V. Nederlands Inkoopcentrum) en HR 7 december 2012, TBR 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en NJ 2013/154, m.nt. M.R. Mok, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 en ECLI:NL:HR:2012:BW9233.

12 In het arrest Wall (HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, Wall AG/ Stadt Frankfurt am Main, NJ 2010/367) overweegt het Hof: '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.' Artikel 49 VWEU (voorheen artikel 43 EG) betreft de vrijheid van vestiging. Beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat zijn verboden. Artikel 56 VWEU (voorheen artikel 49 EG) betreft de vrijheid van dienstverrichting. Beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie zijn verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

13 Dat het transparantiebeginsel voortvloeit uit het Unierecht en niet (uitsluitend) uit de aanbestedingsrichtlijnen heeft tot gevolg dat het in acht moeten nemen van het transparantiebeginsel niet betekent dat een aanbestedingsprocedure zoals omschreven in de aanbestedingsrichtlijnen moet worden gevolgd. O.a. HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (Coditel Brabant).

14 Zie hierover ook: Drahmman 2012a, Drahmman 2012b en Drahmman 2011. Voor de toepassing van het transparantiebeginsel op vergunningverlening wijs ik in het bijzonder op het Betfair-arrest (HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel) en het Engelman-arrest (HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, NJ 2010/661).

15 O.a. ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5443 en ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2502. Zie tevens HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543, over het ontbreken van een grensoverschrijdend belang. Zie o.a. het Coname-arrest (HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03) voor de vraag wanneer mag worden aangenomen dat ondernemingen in een andere lidstaat niet geïnteresseerd zijn in (in dat geval) een concessie.

de bestuursrechter voldoende wordt geborgd door toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, oftewel: is door het creëren van voldoende transparantie elk risico van favoritisme en willekeur door het bestuursorgaan uitgebannen en krijgen alle (potentiële) aanvragers gelijke kansen bij de verlening van schaarse vergunningen?

### 9.3 WELKE VERPLICHTINGEN VLOEIEN VOORT UIT HET TRANSPARANTIE-BEGINSEL?

In deze paragraaf wordt beschreven welke (concrete) verplichtingen voortvloeien uit het transparantiebeginsel blijkens jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>16</sup>

Eén van de eerste arresten van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel is het Waalse bussen-arrest.<sup>17</sup> In dit arrest oordeelde het Hof dat de procedure van vergelijking van de aanbiedingen steeds in overeenstemming dient te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als het beginsel van doorzichtigheid, opdat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben. Deze *gelijkheid van kansen* wordt gewaarborgd door een *uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen* te stellen, zodat alle inschrijvers na de bekendmaking van de oproep tot mededinging over evenveel tijd beschikken om hun aanbieding voor te bereiden. Als een aanbestedende dienst rekening houdt met een wijziging in de oorspronkelijke aanbieding van één enkele inschrijver, wordt deze inschrijver bevoordeeld tegenover zijn concurrenten, hetgeen indruist tegen het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en afbreuk doet aan de doorzichtigheid van de procedure.

Verder heeft de verplichting om in het bestek of *in de oproep tot mededinging alle gunningscriteria te vermelden* die de aanbestedende dienst voornemens is te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht, tot doel, potentiële inschrijvers in kennis te stellen van de elementen die in aanmerking zullen worden genomen. Op deze wijze zijn alle inschrijvers op de hoogte van de gunningscriteria waaraan hun aanbiedingen moeten voldoen, alsmede van *het relatieve belang van die criteria*.

In het arrest Telaustria<sup>18</sup> oordeelt het Hof dat de op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie inhoudt dat aan elke *potentiële* inschrijver een *passende mate van openbaarheid* wordt gegarandeerd, zodat de

---

16 Zie tevens H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel; Een beginsel van het arrest Engelmann (C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', *NtER* 2011, nr. 3, p. 77-87.

17 HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94, Commissie/België. Vgl. ook HvJ EG 18 november 2009, zaak C-275/98 (Unitron Scandinavia).

18 HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98. Vgl. ook het arrest Bent Moustén Vestergaard, HvJ EG 3 december 2001, zaak C-59/00.

dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.<sup>19</sup> In het arrest *Universale-Bau*<sup>20</sup> oordeelt het Hof in aanvulling daarop dat daaruit volgt dat de procedure voor de gunning van een overheidsopdracht *in alle fasen*, en met name in de fase van de selectie van de gegadigden in een niet-openbare procedure, in overeenstemming dient te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers als met het beginsel van transparantie, opdat allen bij het formuleren van hun aanvraag tot deelname of hun aanbieding dezelfde kansen hebben. Het is in dit perspectief dat *bekendmakingsvereisten* gelden ten aanzien van de criteria voor zowel de selectie van de gegadigden als voor de gunning van de opdracht. De aanbestedende dienst is verplicht om in het bestek of in de aankondiging van de opdracht *alle gunningscriteria en afwegingsregels* te vermelden die hij voornemens is te hanteren.

In het arrest *SIAC Construction*<sup>21</sup> oordeelde het Hof dat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie omvat, *opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd*. Dit betekent in het bijzonder dat de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig moeten zijn geformuleerd, dat *alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers* in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren. De verplichting tot transparantie impliceert eveneens dat de aanbestedende dienst *de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen*. Ten slotte moeten de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers.<sup>22</sup> In het *Wienstrom*-arrest<sup>23</sup> wordt over de controleerbaarheid van de naleving geoordeeld dat dit met name inhoudt dat de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid moet kunnen worden getoetst. Voor een objectieve en transparante beoordeling

---

19 Vgl. ook de arresten *Coname* (HvJ EU 21 juli 2005, zaak C-231/03), *Correos* (HvJ EU 18 december 2007, zaak C-220/006) en *Commissie/Italië* (HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04).

20 HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99. Vgl. ook het arrest van 18 juni 2002 (*Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) / Stadt Wien*, C-92/00).

21 HvJ EG 18 oktober 2001, *SIAC Construction*, zaak C-19/00. In het arrest wordt verder overwogen dat de inschakeling van een deskundige door een aanbestedende dienst ter beoordeling van een gegeven dat pas in de toekomst precies bekend zal zijn, in beginsel geschikt is om de eerbiediging van deze voorwaarde verzekeren. Dit betekent dat het deskundigenrapport op alle wezenlijke punten moet worden gebaseerd op objectieve factoren die volgens de heersende vakinzichten relevant en passend voor de betrokken beoordeling worden beschouwd.

22 Vgl. ook HvJ EU 10 december 2009, zaak C-299/08 (*Commissie/Frankrijk*) en HvJ EU 22 april 2010, zaak C-423/07 (*Commissie/Spanje*).

23 HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01. In het arrest wordt overwogen dat wanneer een aanbestedende dienst een gunningscriterium vaststelt en daarbij opmerkt dat hij noch bereid, noch in staat is na te gaan of de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen juist zijn, hij het beginsel van gelijke behandeling schendt aangezien dat criterium de transparantie en de objectiviteit van de aanbestedingsprocedure niet waarborgt. Vgl. ook het arrest *Lianakis* e.a. (HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06).

van de verschillende aanbiedingen is vereist dat de aanbestedende dienst op basis van de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanbiedingen van deze laatste voldoen aan de gunningscriteria. Een gunningscriterium waarbij geen verplichtingen worden opgelegd die het mogelijk maken de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk te controleren, voldoet hier niet aan. In het arrest *Commissie/Ierland*<sup>24</sup> wordt verder nog geoordeeld dat in strijd met het transparantiebeginsel wordt gehandeld als de weging van de gunningscriteria na afloop van een eerste onderzoek van de offertes door de leden van een evaluatiecomité wordt gewijzigd, omdat dit neerkomt op een wijziging van de criteria op grond waarvan het eerste onderzoek is verricht.

Het arrest *Wall*<sup>25</sup> gaat over de wijziging van een (na een aanbestedingsprocedure gesloten) concessieovereenkomst, in die zin dat een van de onderaannemers werd vervangen. Het Hof oordeelt dat ter verzekering van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers *wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst* voor diensten in bepaalde gevallen de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst kunnen vereisen. Dit is het geval wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die van de oorspronkelijke overeenkomst en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. De wijziging van een nog lopende concessieovereenkomst kan worden aangemerkt als 'wezenlijk' wanneer hierbij voorwaarden worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot toelating van andere dan de oorspronkelijk toegelaten inschrijvers of tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen offerte. Het gaat hierbij dus niet om wijzigingsmogelijkheden die in de oorspronkelijke overeenkomst zijn voorzien. Als een rechter oordeelt dat één van de essentiële elementen van de concessieovereenkomst is gewijzigd, dan zou hij alle noodzakelijke maatregelen, daaronder begrepen een nieuwe aanbestedingsprocedure, moeten gelasten om de transparantie van de procedure te herstellen.

In het in paragraaf 9.2.2 al aangehaalde *Succhi di Frutta*-arrest<sup>26</sup> omschrijft het Hof van Justitie het transparantiebeginsel als corollarium van het beginsel van gelijke behandeling. In het arrest wordt een omschrijving van het transparantiebeginsel gegeven waarin alle elementen uit eerdere arresten worden samengevoegd. Volgens het Hof heeft het beginsel in essentie ten doel te waarborgen dat *elk risico van favoritisme en willekeur* door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat *alle voorwaarden en modaliteiten* van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden

---

24 HvJ EU 18 november 2010, zaak C-226/09.

25 HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08. Vgl. over de wezenlijke wijziging van een overeenkomst ook HvJ EU 19 juni 2008 (Presstext Nachrichtenagentur), zaak C-454/06.

26 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99.

geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad *na te gaan* of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een offerte die niet in overeenstemming is met de gestelde voorwaarden dient te worden uitgesloten. Ook is het de aanbestedende dienst niet toegestaan om de algemene opzet van de inschrijving te veranderen door nadien eenzijdig één van de essentiële voorwaarden ervan te wijzigen, in het bijzonder een bepaling die, als zij in het inschrijvingsbericht had gestaan, de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een inhoudelijk andere offerte in te dienen. Als de aanbestedende dienst om bepaalde redenen, nadat de opdrachtnemer is aangewezen, bepaalde inschrijvingsvoorwaarden wil kunnen wijzigen, dan dient hij deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het door hem zelf opgestelde inschrijvingsbericht. Als niet uitdrukkelijk in een dergelijke *wijzigingsmogelijkheid* is voorzien en de aanbestedende dienst niettemin in de fase na de toewijzing van de opdracht van één van de vastgestelde wezenlijke voorwaarden wil afwijken, kan hij de procedure onmogelijk geldig voortzetten door andere dan de aanvankelijk bepaalde voorwaarden toe te passen.

In het arrest *Costa en Cifone*<sup>27</sup> uit 2012 wordt ook het transparantiebeginsel in algemene zin omschreven, maar net anders dan in het *Succhi di Frutta*-arrest uit 2004. Het Hof van Justitie oordeelt dat het transparantiebeginsel, dat een logisch uitvloeisel is van het gelijkheidsbeginsel, in dat verband in wezen tot doel heeft te verzekeren dat *elke geïnteresseerde exploitant kan beslissen in te schrijven op de aanbestedingen op basis van het geheel van relevante informatie* en dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgesloten. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de aanbesteding duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en anderzijds, *de discretionaire bevoegdheid van de concessieverlenende overheid wordt afgebakend* en ze in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken procedure van toepassing zijn.

---

27 HvJ EU 16 februari 2012, zaak C-72/10 en C-77/10. In dit arrest wordt ook een koppeling gemaakt met het rechtszekerheidsbeginsel: 'Het rechtszekerheidsbeginsel verlangt daarenboven dat de gevolgen van rechtsregels duidelijk, precies en voorspelbaar zijn, in het bijzonder wanneer die regels nadelig kunnen werken voor particulieren en ondernemingen'.

### 9.3.1 Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er enkele concrete verplichtingen voortvloeien uit het transparantiebeginsel. Daarnaast geeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook nadere duiding aan het doel van het beginsel. Hierna zullen deze doelstellingen en verplichtingen kort worden samengevat, waarbij ze bovendien worden 'vertaald' naar de Nederlandse bestuursrechtpraktijk.

De doelstellingen van het transparantiebeginsel bij de verdeling van schaarse vergunningen kunnen als volgt worden omschreven:

- het openen van de markt voor mededinging;
- waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen;
- te verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of elke potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie (ook wel omschreven als het waarborgen van de gelijkheid van kansen).

De verplichtingen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel bij de verdeling van schaarse vergunningen kunnen als volgt worden omschreven.

- Aan elke potentiële aanvrager moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd: alle potentiële aanvragers moeten vóór de indiening van hun aanvraag kennis kunnen nemen van de criteria waaraan de aanvraag moet voldoen alsmede van het relatieve belang van elk van deze criteria.
- Alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze: hierdoor wordt de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan afgebakend. Het bestuursorgaan moet (aan de hand van de door de aanvragers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken) in staat zijn om na te gaan of de aanvragen beantwoorden aan de gestelde criteria.
- Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren.
- Een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen moet worden gesteld: hierdoor beschikken alle aanvragers na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging) over evenveel tijd om hun aanvraag voor te bereiden.
- Geen rekening kan worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager, omdat deze aanvrager dan wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten.
- Het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen.

- De criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers.
- Verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Hiervoor is het noodzakelijk dat het besluit waarbij de schaarse vergunning wordt verleend, wordt gemotiveerd. Het beginsel van gelijke behandeling omvat een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd.
- Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van de schaarse vergunning zijn in beginsel niet mogelijk. Een wijziging kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer hierbij verplichtingen worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke verdeelprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen aanvraag. Als het bestuursorgaan om bepaalde redenen, nadat het besluit is genomen, bepaalde voorschriften, voorwaarden of verplichtingen wil kunnen wijzigen, dan dient het bestuursorgaan deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het wettelijk voorschrift (of daarop gebaseerde nadere regels) waarop de verdeelprocedure is gebaseerd.

#### 9.4 TOETSING AAN HET TRANSPARANTIEBEGINSEL DOOR HET CBB EN DE AFDELING

In deze paragraaf zal worden gezien in hoeverre bestuursorganen het hiervoor beschreven transparantiebeginsel al in acht moeten nemen bij de verlening van schaarse vergunningen blijkens jurisprudentie van het CBB en de Afdeling. Hierbij zal worden ingegaan op twee schaarse vergunningstelsels, namelijk de winkeltijdenwetontheffing en vergunningstelsels opgenomen in Algemene Plaatselijke Verordeningen (APV's). Ik beschrijf deze twee stelsels omdat dit stelsels zijn waar veel uitspraken over beschikbaar zijn en omdat het stelsels zijn die nauwelijks in (Rijks)regelgeving zijn uitgewerkt, waardoor er een grotere rol is weggelegd voor de bestuursrechter en algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>28</sup> Het jurisprudentieoverzicht in deze paragraaf is dus niet bedoeld als uitputtend overzicht van alle jurisprudentie over de verdeling van schaarse vergunningen. In plaats daarvan beoog ik een relatief gedetailleerd overzicht te geven van de toetsing door de bestuursrechter van deze twee concrete schaarse vergunningstelsels.

Eerst zal ingegaan worden op de jurisprudentie van het CBB over winkeltijdenwetontheffingen (paragraaf 9.4.1) en vervolgens op de jurisprudentie van de Afdeling over schaarse vergunningstelsels opgenomen in APV's (9.4.2).

---

28 Vgl. de verlening van frequentievergunningen op grond van de Telecommunicatiewet.

#### 9.4.1 CBb: Winkeltijdenwetontheffingen

Op grond van de Winkeltijdenwet is het in beginsel verboden om op zon- en feestdagen een winkel geopend te hebben.<sup>29</sup> De gemeenteraad kan bij verordening (de Winkeltijdenverordening) vrijstelling verlenen of bepalen dat het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) ontheffing kan verlenen. Veel gemeenteraden hebben gekozen voor een verordening die slechts de verlening van een beperkt aantal ontheffingen mogelijk maakt. Dit heeft vaak tot gevolg dat als aan bijvoorbeeld één supermarkt een ontheffing wordt verleend, andere concurrerende supermarkten rechtsmiddelen aanwenden tegen de verlening van deze ontheffing (en/of de weigering van hun ontheffingsaanvraag). Hierna worden de belangrijkste uitspraken van het CBb besproken voor zover deze betrekking hebben op een transparante wijze van verdeling van deze schaarse ontheffingen.<sup>30</sup> Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen te worden gesteld.<sup>31</sup> Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met het transparantiebeginsel zoals uit het hiernavolgende zal blijken.

A) *Passende bekendmaking vooraf: transparantiebeginsel en artikel 3:2 en 3:4 Awb*

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat op grond van het transparantiebeginsel alle potentiële aanbieders voor ontheffingverlening in aanmerking moeten kunnen komen. Hiervoor is een passende bekendmaking noodzakelijk. De Awb kent een dergelijke verplichting niet. De Awb bevat uitslui-

29 Op 1 juli 2013 is de Winkeltijdenwet (WTW) gewijzigd (Stb. 2013, 217). Artikel 3 lid 1 WTW bepaalt thans dat de gemeenteraad bij verordening vrijstelling kan verlenen van de in artikel 2 vervatte verboden. Tot deze datum bevatte artikel 3 WTW nadere voorwaarden. Deze toerismebepaling van artikel 3 lid 3 WTW is op 1 juli 2013 komen te vervallen. Ook na de wetswijziging blijft het voor gemeenteraden mogelijk een schaars vergunningstelsel te introduceren in hun Winkeltijdenverordening. De jurisprudentie van het CBb blijft dan ook relevant.

30 Niet wordt ingegaan op andere aspecten van de Winkeltijdenwet, zoals bijvoorbeeld de vraag of sprake is van 'toerisme met een substantiële omvang'. Zie voor de verhouding tussen de Dienstenwet en de Winkeltijdenwet het artikel van M.R. Botman 'De Dienstenrichtlijn in de bestuursrechtspraak: van lex silencio tot winkeltijden', *JBplus* 2013, p. 103-114.

31 O.a. CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel, CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer, CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel en *Gst.* 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse, CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CBb 31 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9683 en CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CBb 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

tend bepalingen over de bekendmaking van besluiten of, als de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is, het ontwerpbesluit.<sup>32</sup> Dit leidt in de praktijk tot problemen.

Zo had het college van Castricum besloten om de enig beschikbare ontheffing te verloten. Het CBb acht deze methode op zichzelf aanvaardbaar. Het CBb constateert echter dat alvorens tot loting over te gaan het college een aantal supermarkten in de gelegenheid heeft gesteld hun belangstelling kenbaar te maken, maar niet alle winkels (en wellicht ook niet alle supermarkten) heeft aangeschreven. Het CBb oordeelt dat de procedure daarom onvoldoende zorgvuldig is geweest en dat het college zich te weinig rekenschap heeft gegeven van de betrokken belangen waardoor het besluit in strijd met artikel 3:2 en 3:4 Awb is.<sup>33</sup> Gesteld zou kunnen worden dat de beperkte bekendmaking van de procedure ook in strijd is met het transparantiebeginsel, omdat niet alle potentiële aanvragers konden meedingen naar de ontheffing. Het CBb acht het beroep gegrond, maar baseert dit niet op het transparantiebeginsel. Uit de uitspraak blijkt niet duidelijk welke bekendmakingseisen bij de verdeling van schaarse vergunningen gelden.

De uitspraak van het CBb over een ontheffingverlening door het college van Wassenaar bevat wel een dergelijke overweging. Het CBb oordeelt dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing. Door een ontheffing voor onbepaalde tijd te verlenen heeft het college de belangen van anderen om in de toekomst mee te kunnen dingen naar de ontheffing miskend. De ontheffingverlening voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat anderen in de toekomst alsnog een ontheffing kunnen krijgen. Het college heeft daarom gehandeld in strijd met de in artikel 3:4 Awb neergelegde zorgvuldigheidnorm.<sup>34</sup>

Hieruit volgt dat het CBb uit artikel 3:2 en 3:4 Awb bekendmakingseisen destilleert die overeenkomsten vertonen met het transparantiebeginsel. In beide uitspraken leidt een transparantiegebrek tot vernietiging van het besluit. Het is echter de vraag of het CBb ver genoeg gaat. In beide uitspraken wordt uitgegaan van een passieve vorm van bekendmaking van het bestuursorgaan.

---

32 Artikel 3:41 en artikel 3:42 Awb resp. artikel 3:11 en artikel 3:12 Awb. De bekendmaking door toezending of uitreiking aan (uitsluitend) de aanvrager kan er onder omstandigheden toe leiden dat sprake is van verschoonbare termijnoverschrijding als bedoeld in artikel 6:11 Awb als een concurrent te laat een bezwaarschrift indient (vgl. CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942, en CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0940).

33 CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

34 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel. Ook de verlenging van een verleende ontheffing is in beginsel niet mogelijk, vgl. CBb 6 juni 2012, AB 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel. Het college had zowel de belangen van Albert Heijn als die van haar concurrenten moeten afwegen bij het verlengingsbesluit. Door dit niet te doen is het besluit genomen in strijd met artikel 3:4 Awb.

In beide gevallen was sprake van een situatie waarin een beperkte kring van belanghebbenden werd benaderd, terwijl het bestuursorgaan ermee bekend was dat er ook andere gegadigden zijn. Het CbB overweegt in de Wassenaar-uitspraak immers: 'dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing.' Het Hof van Justitie gaat verder in zijn jurisprudentie over het transparantiebeginsel. Op grond van deze jurisprudentie is een passende bekendmaking nodig die alle potentiële – en dus niet alleen de bekende – gegadigden bereikt. Dit zal vrijwel altijd een algemene bekendmaking zijn, bijvoorbeeld een elektronische bekendmaking of bekendmaking in een huis-aan-huis-blad.

*B) Bekendmaking van de verdeelprocedure*

Op grond van het transparantiebeginsel moet niet alleen het feit dat er een schaarse vergunning verdeeld gaat worden, worden bekendgemaakt. Ook de wijze waarop deze verdeling gaat plaatsvinden (de verdeelprocedure) moet van tevoren worden vastgesteld en bekendgemaakt. Hoewel de jurisprudentie van het Hof van Justitie in aanbestedingsgeschillen meestal betrekking heeft op de vraag hoe bepaald moet worden wat de economisch voordeligste aanbidding is, heeft de verplichting mijns inziens betrekking op alle soorten verdeelprocedures. Het CbB heeft echter geoordeeld dat als in (beleids)regels geen verdeelprocedure is voorgeschreven, een verdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen niet onredelijk is.<sup>35</sup> Vanuit transparantie-oogpunt zijn hierbij kanttekeningen te plaatsen. De verplichting om (alle modaliteiten van) de procedure vast te stellen en bekend te maken, biedt duidelijkheid aan zowel de (potentiële) aanvragers als het bestuursorgaan over de te volgen procedure.

De jurisprudentie van het CbB houdt naar mijn mening onvoldoende rekening met het belang van de (potentiële) aanvragers. Dit blijkt uit de uitspraken Schagen en Lelystad.

Het college hanteerde in Schagen het beleid dat er geen ontheffingen werden verleend. Dit beleid werd gewijzigd in die zin dat er één ontheffing kon worden verleend en dat deze ontheffing zou worden verleend op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Het CbB oordeelde dat het gewijzigde beleid niet algemeen bekendgemaakt had hoeven te worden. Als het college zijn koerswijziging algemeen bekend zou hebben gemaakt, zou dit namelijk volgens het CbB de uitkomst niet hebben kunnen veranderen, omdat appellante niet als eerste een ontheffingaanvraag had ingediend. Volgens het CbB is het

---

<sup>35</sup> CbB 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie ook Vz. CbB 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

ontbreken van een algemene bekendmaking ook niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>36</sup>

Dat bij de verdeling op volgorde van binnenkomst in beginsel een peildatum kan worden vastgesteld die in het verleden ligt, blijkt ook uit een uitspraak over ontheffingverlening in Lelystad. Deze mogelijkheid is, blijkens de uitspraak, wel begrensd. Het CBb oordeelt dat een onherroepelijk afgewezen aanvraag niet kan worden aangemerkt als eerste aanvraag.<sup>37</sup>

Mijns inziens is het echter niet onredelijk om te oordelen dat bij de introductie van het verdeelsysteem 'volgorde van binnenkomst' een begindatum voor het indienen van de aanvragen moet worden vastgesteld en bekendgemaakt en dat die datum niet in het verleden mag liggen. Een dergelijke verplichting zou kunnen worden gebaseerd op het transparantiebeginsel. Door het nemen en algemeen bekendmaken van een openstellingsbesluit – dat wil zeggen een algemeen bekendgemaakt besluit waarin staat vanaf welke (in de toekomst gelegen) datum ontheffingsaanvragen kunnen worden ingediend – krijgen alle potentiële aanvragers gelijke kansen.<sup>38</sup> De huidige jurisprudentielijn van het CBb garandeert dit beginsel van gelijke kansen voor alle potentiële aanvragers onvoldoende.

Het CBb verplicht dus tot op heden een bestuursorgaan niet een algemene bekendmaking te verrichten, maar dit betekent niet dat het CBb in het geheel geen waarde hecht aan algemene mededelingen (een aankondiging of mededeling) over de introductie of wijziging van een verdeelsysteem. Dit blijkt uit de uitspraak over een ontheffingverlening in Eindhoven. Hierin stelt het CBb voorop dat het een college in beginsel vrij staat om bestaand beleid te wijzigen.

---

36 CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Er was sprake van een koerswijziging van het college, omdat eerst geen ontheffingen werden verleend en nu één. Van belang hierbij is wel dat de koerswijziging het gevolg was van een eerdere beroepsprocedure over ontheffingverlening door het college die heeft geleid tot een uitspraak van het CBb van 22 januari 2011 (ECLI:NL:CBB:2011:BP3265). In deze procedure was al een aanvraag 2008 aan de orde. Er was dus sprake van een koerswijziging in 2011 waardoor de aanvraag uit 2008 de eerste aanvraag was die voor verlening in aanmerking kwam.

37 CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031. In Lelystad werden de aanvragen op volgorde van binnenkomst van de aanvragen verleend. C1000 diende in januari 2011 een ontheffingsaanvraag in. Het college informeerde C1000 en Albert Heijn naar aanleiding hiervan bij brief dat door bevolkingsgroei het aantal mogelijk te verlenen ontheffingen zou worden verhoogd van vier naar vijf en dat als peildatum 1 september 2010 zou worden gehanteerd. Het CBb oordeelt dat aan C1000 als eerste aanvrager ontheffing had moeten worden verleend. In deze uitspraak had het college echter de ontheffing aan Albert Heijn verleend omdat deze in september 2010 al een ontheffing had aangevraagd. Deze ontheffing was echter destijds geweigerd. Het CBb oordeelt dat het college de onherroepelijk afwezen aanvraag niet kon aanmerken als eerste aanvraag.

38 Bij een (impliciet gekozen) verdeelsysteem van volgorde van binnenkomst bestaat ook een het risico op indiening van vroegtijdige aanvragen als door het bestuursorgaan niet een indieningsperiode wordt vastgesteld, zie o.a. CBb op 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0420, AB 2012/147, m.nt. C.J. Wolswinkel en Vz. CBb 19 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6359, AB 2011/364, m.nt. A. Drahmman.

In Eindhoven werden ontheffingen eerst verdeeld op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Het college wilde dit vanaf 1 oktober 2011 wijzigen in een lotingsysteem. Het college kondigde in een gemeentelijke publicatie op 4 augustus 2010 aan dat het systeem zou worden gewijzigd en stelde de beleidsregels vervolgens vast op 26 juli 2011. Volgens het CbB heeft het college 'met de aankondiging dat het verdeelmechanisme in die zin zou worden aangepast, een mededeling gedaan, die alleen maar zo kan worden verstaan, dat voorafgaand aan die loting geen honorering van aanvragen voor een ontheffing voor de periode na 1 oktober 2011 meer kon plaatsvinden. Een dergelijke honorering zou immers de introductie van het nieuwe verdeelmechanisme feitelijk onmogelijk maken.'<sup>39</sup> Deze uitspraak is op dit punt in lijn met het transparantiebeginsel: door de gemeentelijke publicatie waren alle potentiële aanvragers immers op de hoogte van de naderende beleidswijziging en kregen zij gelijke kansen om mee te kunnen dingen bij de loting. Een dergelijke vooraankondiging draagt bij aan de rechtszekerheid, zorgvuldigheid en transparantie van besluitvorming, los van de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v.<sup>40</sup> Het zou goed zijn als het CbB deze lijn zou doortrekken naar de introductie van iedere procedure waar schaarse vergunningen worden verdeeld, inclusief de verdeling op volgorde van binnenkomst. Bestuursorganen zouden dan verplicht worden tot het vaststellen en algemeen bekendmaken van zowel de wijze van verdeling (inclusief het moment vanaf wanneer tot wanneer aanvragen kunnen worden ingediend) als de verdeelcriteria.

C) *Bekendmaking van de verdeelcriteria: transparantie en artikel 3:2 en 3:4 Awb*

In het licht van het transparantiebeginsel is van belang dat alle voorwaarden en modaliteiten voorafgaand aan de verdeling bekendgemaakt worden. In het bestuursrecht worden voorwaarden waaraan een vergunninghouder moet voldoen soms neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift (bijvoorbeeld een verordening), maar vaak ook in vergunningvoorschriften. Als een vergunninghouder niet voldoet aan een vergunningvoorschrift dan kan de vergunningverlener handhavend optreden en eventueel tot intrekking van de vergun-

---

39 CbB 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, AB 2012/146, m.nt. A. Drahmman. Zie tevens de uitspraak in het kader van de voorlopige voorziening: Vz. CbB 19 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6359, AB 2011/364, m.nt. A. Drahmman. Vgl. Ook CbB 15 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV7097, AB 2012/148, m.nt. C.J. Wolswinkel en *Gst.* 2012/65, m.nt. W.P. Adriaanse.

40 Vgl. ook CbB 5 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8344, waarin het college van Vianen een wijziging van de verordening had aangekondigd. De aanvraag is aangehouden en vervolgens geweigerd op basis van de gewijzigde verordening. Het CbB oordeelt dat dit niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is omdat in het voornemen om de verordening te wijzigen al was aangekondigd en appellante dus voor het indienen van de verlengingsaanvraag al van dit voornemen op de hoogte kon zijn.

ning overgaan. Bij de verdeling van een schaarse vergunning of ontheffing kan het voor alle (potentiële) aanvragers van belang zijn om te weten wat de vergunningvoorschriften zullen worden. Mede op basis van deze voorschriften zullen zij immers bepalen of zij kunnen voldoen aan de voorschriften (en rendement op eventuele investeringen kunnen behalen) en of het dus zinvol is een aanvraag in te dienen. In het kader van het transparantiebeginsel kan het daarom nodig zijn om voorafgaand aan de openstelling van de procedure een ontwerpvergunning openbaar te maken aan alle potentiële aanvragers.<sup>41</sup>

De eerdergenoemde Castricumse uitspraak<sup>42</sup> is ook in dit verband interessant. Concurrenten hadden in beroep aangevoerd dat de ontheffing ten onrechte was verleend voor onbepaalde tijd. Het CBB overweegt dat uit de stukken en het verhandelde ter zitting het beeld naar voren komt dat de betrokken ondernemingen wel wisten dat zij deelnamen aan de loting voor een ontheffing voor zondagsopenstelling, maar dat de precieze inhoud van die ontheffing hun pas werd meegedeeld op het moment dat de loting een aanvang nam. Op dat moment was het voor de aanwezige winkeliers niet goed meer mogelijk tegen die inhoud nog bezwaren in te brengen voor zover zij het daarmee niet eens waren. Dit acht het CBB onvoldoende zorgvuldig en in strijd met artikel 3:2 en 3:4 Awb. Als het oordeel van het CBB zo mag worden uitgelegd dat alle potentiële gegadigden voorafgaand aan de verdeling van een schaarse ontheffing op de hoogte moeten kunnen zijn van de precieze inhoud van de ontheffing dan zou dit in lijn zijn met het transparantiebeginsel.

D) *Geen wijziging criteria en procedure: transparantie, rechtszekerheid en artikel 4:84 Awb.*

Op grond van het transparantiebeginsel moeten de eenmaal vastgestelde criteria en procedureregels gedurende de gehele procedure worden gehanteerd. Het CBB is met betrekking tot de wijze van verdeling van winkeltijdenwettelijke ontheffingen tot een vergelijkbaar oordeel gekomen en toetst daarbij aan het rechtszekerheidsbeginsel. Het CBB oordeelt over ontheffingverlening door het college van Heemstede dat nu aan schaarse ontheffingverlening zware eisen dienen te worden gesteld, 'een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een methode aan de hand waarvan zal worden bepaald aan wie de ontheffing wordt verleend en deze keuze ook bekend heeft gemaakt, niet hangende de besluitvormingsprocedure tot wijziging van die methode behoort over te gaan indien daardoor afbreuk wordt gedaan aan het belang van een aanvrager die

---

41 In het verlengde hiervan kan het soms ook zinvol zijn om voorafgaand aan de verdelingsprocedure de ontwerp-regeling bekend te maken en alle potentiële gegadigden in de gelegenheid te stellen hierop te reageren. Hierdoor worden bezwaren van deze potentiële gegadigden tegen de verdelingscriteria (incl. de vergunningvoorschriften) vroegtijdig bekend en kan daar waar nodig rekening mee worden gehouden.

42 CBB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

overeenkomstig het bekendgemaakte toewijzingsbeleid zijn aanvraag heeft ingediend en zijn handelwijze heeft bepaald.’ Om deze reden kon het college na een uitdrukkelijke (aan potentiële gegadigden bekendgemaakte) keuze voor de vergelijkende toets als verdeelprocedure niet alsnog de ontheffing verlenen aan de partij die als eerste een aanvraag had ingediend. Hiermee heeft het college volgens het CbB in strijd gehandeld met het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>43</sup>

Naast het rechtszekerheidsbeginsel, kan ook artikel 4:84 Awb een rol spelen. Op grond van dit artikel moet een bestuursorgaan handelen overeenkomstig zijn beleidsregel, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Het college van Haarlemmermeer week af van de in de beleidsregels vastgelegde procedureregels door de loting niet in het openbaar op het stadhuis te (laten) verrichten maar door een notaris op zijn kantoor.<sup>44</sup> Het CbB oordeelt dat dit in strijd is met artikel 4:84 Awb. Deze uitspraak is in lijn met het transparantiebeginsel, omdat afwijking van de eenmaal vastgestelde regels in beginsel niet mogelijk is. Hiermee wordt echter wel direct aan een ander probleem geraakt en dat is dat het gebruikelijk is dat bestuursorganen hun verdeelprocedures en –criteria vastleggen in beleidsregels. Volgens vaste jurisprudentie hebben colleges een discretionaire bevoegdheid om ontheffing te verlenen en hebben zij de ruimte om bij de uitoefening van die bevoegdheid beleid te ontwikkelen. De Winkeltijdenwet bevat de bevoegdheid om nadere regels te stellen, maar geen verplichting. Een winkeltijdenverordening hoeft ook volgens het CbB niet zelf alle regels met betrekking tot het verlenen van ontheffingen te bevatten.<sup>45</sup> Zo had het college van Uden in zijn beleid vastgelegd dat er twee ontheffingen zouden worden verleend en omschreven aan welke kwalificaties de gegadigden ten

---

43 CbB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel.

44 Het afzien van een openbare loting was om organisatorische redenen, in verband met de volle agenda’s van de betrokken wethouders. Volgens het college was de gang van zaken niet bezwaarlijk omdat de loting door een notaris op zijn kantoor is verricht. Het CbB oordeelt dat het college uit een oogpunt van zorgvuldigheid en transparantie bewust gekozen zal hebben voor een loting in het openbaar op het stadhuis waarbij alle belanghebbenden aanwezig kunnen zijn. Het college is er van uitgegaan dat het openbare karakter van de loting een zelfstandige betekenis heeft en het belang dient van onder meer de deelnemers aan de loting, die zijn gebaat bij een zorgvuldige en transparante verdeling van de beschikbare ontheffingen volgens die methode. Het college heeft dit belang volgens het CbB in feite illusoir gemaakt door af te zien van het houden van een openbare loting om een praktische reden die op zichzelf niet als bijzonder kan worden aangemerkt en zonder dat zij zich daarbij van dat belang rekenschap hebben gegeven. Van een situatie waarin met toepassing van artikel 4:84 Awb binnen de daarin aan het bestuursorgaan gegeven ruimte mag worden afgeweken van een beleidsregel kan derhalve niet worden gesproken (CbB 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942 en ECLI:NL:CBB:2011:BV0936, AB 2012/161, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en JB 2012/59).

45 CbB 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763 en CbB 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871.

minste zouden moeten voldoen, waaronder een minimumverkoopvloeroppervlak. Het college heeft hiermee volgens het CBb niet de grenzen van zijn bevoegdheid overschreden.<sup>46</sup> De inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb verhoudt zich slecht met het transparantiebeginsel: door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels worden de (potentiële) aanvragers immers niet meer gelijk behandeld. Voor afwijking van beleidsregels is bij de verdeling van schaarse vergunningen op grond van het transparantiebeginsel geen plaats.<sup>47</sup>

Opvallend in de hiervoor genoemde Haarlemmermeer-uitspraak is ook dat het 'procedurele' gebrek niet door het CBb werd gepasseerd door de rechtsgevolgen in stand te laten, hoewel de integriteit van de notaris niet ter discussie was gesteld.<sup>48</sup> Meer in algemene zin kan worden opgemerkt dat een schending van het transparantiebeginsel niet eenvoudig kan worden gepasseerd. Als geen passende bekendmaking van de verdeelprocedure heeft plaatsgevonden, kunnen potentiële aanvragers geschaad zijn. Dit kunnen derden zijn die (nog) niet bij de procedure betrokken zijn, omdat zij geen kennis hebben kunnen nemen van die procedure. Het passeren van een dergelijk gebrek is onwenselijk.

#### E) Mededinging en transparantie

Ten slotte nog een korte opmerking over het recht van potentiële gegadigden om mee te kunnen dingen naar een ontheffing. Strikt genomen dient de vraag of het rechtmatig is de mededinging te beperken (oftewel het aantal te verlenen ontheffingen te beperken), onderscheiden te worden van de vraag of een procedure waar een schaars recht wordt verdeeld, transparant is verlopen. De eerste vraag is een voorvraag: onder welke omstandigheden is het beperken van de vrije markt gerechtvaardigd? Hier komen vragen aan de orde over de rechtvaardiging en de proportionaliteit en evenredigheid van een dergelijke

---

46 CBb 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871. Het doel van dit criterium was om een voor de consument zo aantrekkelijk mogelijk aanbod te genereren door ontheffing te verlenen aan een supermarkt die geschikt is om een full service assortiment te voeren en daarvan is blijkens onderzoek in het algemeen pas sprake bij een verkoopvloeroppervlak vanaf circa 1200 m<sup>2</sup>.

47 Zie in gelijke zin: R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb (Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006)*, WODC 2007, p. 91-92.

48 Het CBb komt tot dit oordeel gelet op de betekenis die het college heeft gehecht aan het openbare karakter van de loting met het oog op het belang van een zorgvuldige en transparante verdeling van de beschikbare ontheffingen. Gelet op de discretionaire bevoegdheid van het college zal het college zich volgens het CBb zelf over de gevolgen moeten buigen (CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942 en ECLI:NL:CBB:2011:BV0936, AB 2012/161, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en JB 2012/59).

maatregel.<sup>49</sup> Als deze voorvraag positief wordt beantwoord en het aantal te verlenen ontheffingen beperkt mag worden (en dus schaarste wordt geïntroduceerd), is de vervolgvraag hoe deze schaarse vergunningen moeten worden verdeeld. Pas bij deze vervolgvraag komt het transparantiebeginsel in beeld. De verdeling van deze vergunningen moet transparant geschieden zodat alle potentiële gegadigden voor de ontheffing in aanmerking kunnen komen. Daarmee wordt de beperkte markt voor mededinging geopend. De eerste (voor)vraag blijft in dit artikel verder buiten beschouwing. Ik verwijs naar Van Ommeren die heeft betoogd dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een ‘mededingingsplicht’.<sup>50</sup> Omdat mededinging en transparantie niet altijd scherp zijn te onderscheiden, komen hierna kort enkele uitspraken van het CbB aan de orde die (ook) in het licht van het transparantiebeginsel interessant zijn.

Uit zowel jurisprudentie van het CbB<sup>51</sup> als het Hof van Justitie<sup>52</sup> volgt dat vergunningverlening voor onbepaalde tijd (of automatische verlenging) de mededinging te zeer beperkt. Naast de eerdergenoemde Castricumse uitspraak,<sup>53</sup> waarin een ontheffing voor onbepaalde tijd werd verleend,<sup>54</sup> is

---

49 Deze vraag speelt onder meer in: HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (Betfair), *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-258/08 (Ladbroke), *JB* 2010/170, m.nt. C.J. Wolswinkel. Vgl. ook Wolswinkel 2013a, p. 67-68.

50 F.J. van Ommeren, ‘Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?’, in: Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011, p. 235-265.

51 CbB 24 augustus 2012 (Castricum), ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, *AB* 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en *JB* 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer. Vgl. ook CbB 11 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5338, waarin het college van Roosendaal een ontheffing voor de duur van één jaar had verleend en appellant betoogde dat de ontheffing voor onbepaalde tijd verleend had moeten worden voor een rendabele exploitatie van zijn supermarkt. Het CbB oordeelde dat niet viel in te zien ‘dat de situatie van appellant zich hierin wezenlijk onderscheidt van die van de exploitanten van andere winkels die voor een ontheffing in aanmerking zouden willen komen. Nu alle gegadigden voor een dergelijke ontheffing belang hebben bij een eerlijke verdeling van de beschikbare schaarse ontheffingen, kan niet worden staande gehouden dat verweerders bij afweging van dat belang tegen genoemd belang van appellant niet in redelijkheid eerstgenoemd belang hebben kunnen laten prevaleren door het verlenen aan appellant van een ontheffing voor de duur van één jaar met het oog op de ontwikkeling in de nabije toekomst van beleid ter zake van die verdeling.’

52 O.a. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (Betfair), *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-258/08 (Ladbroke), *JB* 2010/170, m.nt. C.J. Wolswinkel.

53 CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, *AB* 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en *JB* 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

54 Zie in dit verband tevens: CbB 21 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3751, *AB* 2011/192, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (EM-TE/Uden). In deze procedure waren, op het moment van ontheffingverlening aan Super de Boer en Plus, deze supermarkten de eerste supermarkten die een ontheffingsverzoek hadden ingediend. ‘Van een situatie waarin alle ruimte om ontheffingen te verlenen reeds was benut en nieuwe ruimte werd gecreëerd zonder dat andere ondernemers de gelegenheid is geboden mee te dingen naar die vrijgekomen ruimte’ was geen sprake. Dit is volgens het CbB een andere situatie dan in de uitspraak van het CbB van 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, Swiss Leisure Group/Den Haag/Hommer-son’s Sportland). Volgens het CbB is ontheffingverlening op volgorde van binnenkomst

ook de uitspraak over de gemeente Apeldoorn<sup>55</sup> interessant. In de gemeente Apeldoorn waren in het verleden twee ontheffingen voor onbepaalde tijd verleend. Later heeft het college een beleidsregel vastgesteld waarin bepaald werd dat er maximaal tien ontheffingen beschikbaar waren en de resterende acht ontheffingen verloot zouden worden. Ook de supermarkten die al een ontheffing hadden konden meedoen aan deze loting. Het CbB oordeelt (kort samengevat) dat een lotingsysteem voor de verdeling van schaarse gelijksoortige ontheffingen over gelijksoortige bedrijven op zichzelf alleszins verdedigbaar is, maar dat het niet verdedigbaar is 'dat met betrekking tot die verdeling een blijvende uitzondering gemaakt wordt voor een zich niet van de andere kandidaten onderscheidend bedrijf op de enkele grond dat dit eerder dan de andere bedrijven om een dergelijke ontheffing verzocht heeft.' De huidige ontheffinghouders hebben weliswaar een bijzondere positie, maar dit beleid (dat dat voordeel onbeperkt in stand laat) gaat de grenzen van een redelijke beleidsbepaling te buiten. Om recht te doen aan de bijzondere positie van de huidige ontheffinghouders zal een overgangsregeling in het leven geroepen moeten worden, zodat de bedrijven zich kunnen voorbereiden op de situatie waarin zij op gelijke voet met de andere bedrijven naar de schaarse ontheffingen moeten dingen.<sup>56</sup> Het is mijns inziens in dit geval niet mogelijk om te stellen dat de handelwijze van het college onvoldoende transparant is geweest. Dit illustreert dat bij de verdeling van schaarse vergunningen niet alleen het transparantiebeginsel van belang is, maar ook andere beginselen en verplichtingen, zoals in dit geval het gelijkheidsbeginsel en (wellicht) een mededingingsplicht.

F) *Tussenconclusie*

Uit het voorgaande blijkt dat het CbB in zijn uitspraken normen hanteert die (gedeeltelijk) overeenkomen met het transparantiebeginsel. Als een besluit in strijd met het transparantiebeginsel is, gaat het CbB vaak ook over tot vernietiging van het besluit. Het CbB baseert zijn oordeel niet op het transparantiebeginsel, maar vaak op het rechtszekerheidsbeginsel of de zorgvuldigheidsnormen die voortvloeien uit artikel 3:2 en 3:4 Awb. Er is echter ook een aantal

---

van de verzoeken in beginsel niet in strijd met het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel.

55 CbB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel. Dat het hanteren van een lotingsysteem niet onredelijk is, is vaste jurisprudentie, vgl. ook CbB op 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0420, AB 2012/147, m.nt. C.J. Wolswinkel. Ook ontheffingverlening op basis van een vergelijkende toets is niet onredelijk blijkens CbB 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3759 en ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763, AB 2011/180, m.nt. C.J. Wolswinkel.

56 Zie tevens CbB 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, waarin het wijzigen van reeds verleende ontheffingen voor onbepaalde tijd in ontheffingen voor bepaalde tijd in strijd was met de winkeltijdenverordening.

uitspraken waarin het CBb niet tot vernietiging overgaat, terwijl verdedigbaar is dat daarin het transparantiebeginsel is geschonden.

Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing zware eisen te worden gesteld. Hieruit blijkt dat er (ook volgens het CBb) aan de verlening van schaarse vergunningen 'iets bijzonders' is, wat een specifieke toetsing van dergelijke besluiten met zich brengt. Mijns inziens zou het transparantiebeginsel handvatten kunnen bieden voor een verdere ontwikkeling van deze zware eisen in de jurisprudentie van het CBb.

#### 9.4.2 Afdeling: APV-vergunningen

De schaarse ontheffingen die colleges verlenen op grond van de Winkeltijdenwet hebben voor een grote hoeveelheid jurisprudentie van het CBb gezorgd. Minder bekend is dat ook de Afdeling zich regelmatig buigt over vergelijkbare schaarse gemeentelijke vergunningen. In APV's worden namelijk soms beperkingen gesteld aan het aantal beschikbare evenementen-, (markt)standplaats- of exploitatievergunningen. Hierna volgen enkele van deze uitspraken. Ik beperk mij daarbij tot uitspraken die relevant zijn in het licht van het transparantiebeginsel.<sup>57</sup>

##### A) *Bekendmaking en wijziging van de verdeelprocedure: transparantie en rechtszekerheid*

De APV van Amsterdam bepaalt dat het verboden is zonder vergunning van de burgemeester een evenement te houden. De burgemeester heeft procedure-regels vastgesteld die gaan over de behandeling van meerdere vergunningaanvragen voor evenementen op dezelfde locatie op dezelfde datum. De eerste regels waren vastgesteld in 2006 voor evenementen in het jaar 2007. Vervolgens zijn de regels in mei 2008 opnieuw vastgesteld voor het jaar 2008. De Afdeling overweegt dat aan appellante Stichting Gay Business Amsterdam (GBA) kan worden toegegeven dat de procedureregels pas na het indienen van de aanvragen opnieuw zijn vastgesteld, maar dat dit niet betekent dat de burgemeester

---

<sup>57</sup> Interessant is ook de uitspraak van de Afdeling over de splitsbaarheid van schaarse vergunningen (ABRvS 29 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT8432, AB 2005/365, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven). De Afdeling oordeelt hierin dat de twee ingediende aanvragen hetzelfde object betreffen en niet los van elkaar kunnen worden beoordeeld en beslist. De beslissing op de aanvraag van de één, impliceert een beslissing op de aanvraag van de ander. Het college kan die samenhang niet verbreken, ook niet door toch twee afzonderlijke deelbesluiten te nemen en aan iedere aanvrager slechts het hem betreffende deelbesluit bekend te maken. Het college had een bezwaar van een der aanvragers tegen het hem toegezonden deelbesluit moeten opvatten als bezwaar tegen het ten onrechte gesplitste besluit in zijn geheel.

niet met inachtneming van de procedureregels mocht beslissen. Volgens de Afdeling is daarbij van belang dat de procedureregels zijn vastgesteld voor de beslissing op bezwaar. Daarbij acht de Afdeling ook van belang dat de procedureregels al in 2007 zijn toegepast en dus bij GBA bekend waren en de burgemeester bij de bevestiging van de ontvangst van de aanvragen te kennen heeft gegeven dat hij de procedureregels zal toepassen in het geval concurrerende aanvragen worden ingediend. Het besluit is daarom niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>58</sup>

In het kader van het transparantiebeginsel acht ik het eerste argument van de ex nunc-toetsing in bezwaar niet overtuigend. Het transparantiebeginsel verlangt immers dat de te volgen procedure wordt vastgesteld en bekendgemaakt *voordat* de procedure aanvangt, hetgeen op gespannen voet staat met een ex nunc toetsing in bezwaar.<sup>59</sup> Het tweede argument (voortzetting eerdere procedure en de bekendheid daarmee) overtuigt meer. Vanuit een oogpunt van transparantie naar alle potentiële aanvragers ligt het meer voor de hand dat de procedureregels ongewijzigd worden verlengd dan dat een nieuwe, in het geheel niet bekendgemaakte procedure gevolgd zou moeten worden. Desalniettemin hadden de regels vanuit transparantie-oogpunt eigenlijk voor aanvang van de procedure vastgesteld en bekendgemaakt moeten worden.

Zoals in paragraaf 9.3 is toegelicht, moeten op grond van het transparantiebeginsel zowel de procedureregels als de inhoudelijke criteria worden vastgesteld en bekendgemaakt voordat aanvragen kunnen worden ingediend en kunnen deze regels en criteria daarna in beginsel niet meer gewijzigd worden. Iedere wijziging doet immers afbreuk aan de transparantie en daarmee aan de gelijke behandeling van alle (potentiële) aanvragers. Dit betekent logischerwijs dat in bezwaar ex tunc getoetst moet worden. Het transparantiebeginsel gaat echter nog verder: ook bij de primaire besluitvorming kunnen de verdeelregels en -criteria in beginsel niet meer worden gewijzigd.

In vorenstaande uitspraak werd dit uitgangspunt niet door de Afdeling gehanteerd, maar een tweetal uitspraken over Amsterdamse kramenzetvergunningen komen wel dicht in de buurt. In de eerste uitspraak over vergunningen voor de Ten Katemarkt oordeelde de Afdeling dat bij een (naar aanleiding van de uitspraak) nieuw te nemen besluit op bezwaar het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop aanvragen konden worden ingediend, omdat de beoordeling van de vergunningaanvragen volgens een tendersysteem verloopt.<sup>60</sup>

In de tweede uitspraak over de Albert Cuypmarkt had het dagelijks bestuur van het stadsdeel beleid vastgesteld voor het verlenen van kramenzet- en -verhuurvergunningen. De Afdeling oordeelt dat 'in een geval als dit, waarbij

58 ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

59 Vgl. in deze zin ook de ex tunc-toetsing bij subsidietenders: ABRvS 26 september 2012, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmman.

60 ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A. Heldeweg.

de beoordeling van aanvragen om schaarse vergunningen via een zogenoemd tendersysteem verloopt, als uitgangspunt geldt dat het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, en een bestuursorgaan dat beleid niet hangende de besluitvormingsprocedure ten nadele van een of meer aanvragers kan wijzigen.<sup>61</sup>

Het zou de transparantie dienen als in plaats van de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, de eerste dag waarop aanvragen konden worden ingediend, als uitgangspunt zou worden genomen. Als de laatste dag als uitgangspunt wordt genomen, is de vraag gerechtvaardigd of alle potentiële aanvragers kennis hebben kunnen nemen van de wijziging en hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen. Dit uitgangspunt zou bovendien niet alleen van toepassing moeten zijn bij tendersystemen, maar bij de verdeling van alle schaarse vergunningen, omdat ook bij andere verdeelsystemen de uitgangspunten van het transparantiebeginsel van waarde zijn.

Op grond van het transparantiebeginsel is het niet mogelijk om af te wijken van de vastgestelde regels. De vraag of dit mogelijk is, kwam ook aan de orde in de eerdergenoemde Ten Katemarkt-uitspraak. De Amsterdamse Verordening op de straathandel 2000 bepaalt dat het verboden is zonder vergunning van het college als kramenzetter en -verhuurder op een markt werkzaam te zijn. Ter uitvoering van deze bepaling was het Beleid kramenzetvergunningverlening Ten Katemarkt 2004 vastgesteld. Hierin werd bepaald dat maximaal drie kramenzetvergunningen konden worden verleend. Hiermee zou worden voorkomen dat kramenzetters elkaar voor de voeten gaan lopen en er wanordelijkheden zouden ontstaan. De Afdeling oordeelt dat dit beleid niet onredelijk is. Het dagelijks bestuur had echter in afwijking van de beleidsregels vier vergunningen verleend, omdat alle vier aan de voorwaarden voor vergunningverlening zouden voldoen. De Afdeling oordeelt dat het besluit een draagkrachtige motivering ontbeert.<sup>62</sup> Dit suggereert dat dit gebrek met een nadere motivering hersteld zou kunnen worden. Dit is vanuit een oogpunt van transparantie echter moeilijk voorstelbaar: de vraag hoeveel partijen een vergunning kunnen verkrijgen zal vrijwel altijd een essentieel element voor de potentiële aanvragers zijn en kan daarom niet hangende de procedure worden gewijzigd.

---

61 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel. Op grond van het beleid uit 2005 werden er vier vergunningen verleend. Op grond van nieuw beleid uit 2008 werd er nog maar één vergunning verleend. In deze procedure was de vraag aan de orde of in bezwaar aan het beleid uit 2005 of 2008 getoetst moest worden. De aanvraag was ingediend voor afloop van de in het beleid uit 2005 neergelegde inschrijvingstermijn. Het beleid uit 2005 was gunstiger voor appellant dan het beleid uit 2008.

62 ABRvS 4 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2263, AB 2007/163, m.nt. A. Tollenaar. Zie voor het vervolg van deze procedure ook: ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A.Heldeweg en ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6988.

*B) Bekendmaking van en toetsing aan de selectiecriteria*

Op grond van het transparantiebeginsel moeten de verdelingsregels en -criteria van tevoren worden vastgesteld en bekendgemaakt. Hiervoor is al ingegaan op de spanning tussen het transparantiebeginsel en de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. In de eerdergenoemde uitspraak over de Amsterdamse evenementenvergunning kwam een andere vraag aan de orde, namelijk of het vastleggen van procedureregels in beleidsregels in strijd is met de onderzoeksverplichting van artikel 3:2 Awb en de belangenafweging van artikel 3:4 Awb. De Afdeling overweegt dat de burgemeester in de procedureregels objectieve beoordelingscriteria heeft neergelegd op basis waarvan hij tot een keuze komt tussen concurrerende aanvragen en dat dit beleid niet onredelijk is. De volgorde van de stappen en de stappen zelf zijn het resultaat van, dan wel strekken tot een afweging van belangen, en zijn niet in strijd met artikel 3:2 en 3:4 Awb.<sup>63</sup> De Afdeling had hieraan nog kunnen toevoegen dat het vastleggen van de procedureregels met selectiecriteria de transparantie van een procedure vergroot en daarmee het risico van favoritisme en willekeur verkleint.

Ook in een uitspraak over de verlening van evenementenvergunningen in Den Bosch waren de selectiecriteria en procedureregels niet vastgesteld en bekendgemaakt. In de APV was bepaald dat het verboden is om zonder vergunning van de burgemeester een evenement te organiseren, toe te laten, feitelijk te leiden of daaraan deel te nemen. De vergunning kan worden geweigerd als het evenement waarvoor vergunning wordt gevraagd, gelijktijdig plaatsvindt met een evenement, dat is opgenomen op de gemeentelijke evenementenkalender en de inhoudelijke concepten van deze evenementen bovendien met elkaar strijdig zijn. De Afdeling heeft zich gebogen over de weigering van evenementenvergunningen voor Koninginnenacht 2008 en 2009. De Afdeling oordeelt dat de besluitvorming over het al dan niet verlenen van een evenementenvergunning ondoorzichtig is. Dit wordt veroorzaakt door de koppeling tussen de vergunningverlening door de burgemeester en de plaatsing op de evenementenkalender door het college. De plaatsing van een evenement op de evenementenkalender brengt volgens de Afdeling op zichzelf geen rechtens afdwingbaar recht op een evenementenvergunning met zich. Het college beslist of een evenement wordt opgenomen op de evenementenkalender, maar deze bevoegdheid is niet gebaseerd op enige wettelijke regeling. Bovendien heeft het college geen criteria vastgesteld waaraan moet zijn voldaan om voor plaatsing op de evenementenkalender in aanmerking te komen. In geval van concurrerende evenementen maakt het college een keuze tussen beide evenementen alvorens één daarvan te plaatsen op de evenementenkalender, aldus de Afdeling. Het is echter de bevoegdheid van de burgemeester om bij concurrerende aanvragen een keuze te maken tussen twee evenementen. De Afdeling

---

63 ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

oordeelt dat gelet op 'de ondoorzichtige verhouding tussen de vaststelling van de evenementenkalender door het college en de besluitvorming over vergunningaanvragen door de burgemeester, op het ontbreken van maatstaven op grond waarvan over plaatsing op de kalender wordt beslist, op de verschuiving van de verantwoordelijkheid voor de keuze tussen concurrerende aanvragen van de ter zake bevoegde burgemeester naar het ter zake niet bevoegde college en op het daarmee verband houdende ontbreken van kenbare maatstaven en een kenbare afweging bij het nemen van de formele besluiten op de aanvragen door de burgemeester, alsmede op het niet tijdig beslissen op beide aanvragen om het verlenen van de evenementenvergunning', het besluit op bezwaar op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.<sup>64</sup> De handelwijze waarbij er geen selectiecriteria om voor plaatsing op de evenementenkalender in aanmerking te komen zijn vastgesteld (en in ieder geval niet zijn bekendgemaakt), is evident ook in strijd met het transparantiebeginsel.

In de eerdergenoemde Albert Cuyp-uitspraak wordt ook ingegaan op het onderscheid tussen selectiecriteria en vergunningsvoorschriften. Het beleid bestaat uit twee delen: inschrijvingsvoorwaarden en een selectieprocedure.<sup>65</sup> Een inschrijver moet ten eerste aantonen aan de inschrijvingsvoorwaarden te kunnen voldoen. De aanvragen van de inschrijvers die aan die voorwaarden kunnen voldoen, worden vervolgens voorgelegd aan de marktadviescommissie (MAC) met het verzoek één inschrijver te selecteren voor de enige beschikbare kramenzet- en -verhuurvergunning. Uit de uitspraak blijkt dat de MAC de aanvragen inhoudelijk beoordeelt en vergelijkt op de geboden kwaliteit, prijs en eventuele 'extra's'. Volgens de Afdeling is de uitleg van deze werkwijze voor vergunningverlening in overeenstemming met de tekst van het beleid. Het beleid is voldoende duidelijk.<sup>66</sup> Op grond van het transparantiebeginsel moeten de criteria worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Zo mogelijk moeten de criteria in afnemende volgorde van het belang worden weergegeven. De Afdeling toetst niet (expliciet) of hieraan voldaan is. Uit de uitspraak blijkt niet of de vage criteria 'kwaliteit', 'prijs' en 'extra's' in het beleid zijn uitgewerkt en of de onderlinge waardering (de 'score') is vastgesteld. Hoewel de Afdeling het beleid dus voldoende duidelijk acht, kan niet met zekerheid worden gesteld of het beleid ook in overstemming is met het transparantiebeginsel.

Ten slotte is met betrekking tot de vaststelling van de selectiecriteria ook de uitspraak over de Verordening Marktwezen Middelburg interessant. In deze procedure werden standwerkers door het college van Middelburg uitgesloten van deelname aan loting als een standwerker een waarschuwing had

---

64 ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519.

65 Het betreft hier het nieuwe beleid uit 2008.

66 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

gekregen. Deze uitsluiting van deelname werd gebaseerd op door marktmeesters opgemaakte rapporten. De Afdeling oordeelt dat de rapporten onvoldoende duidelijk zijn en het besluit (waarbij een standwerker van loting werd uitgesloten) onvoldoende gemotiveerd en in strijd met artikel 7:12 Awb is.<sup>67</sup> Een van de onderdelen van het transparantiebeginsel is de controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling zodat de procedure op onpartijdigheid kan worden getoetst. Voor een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanvragen is vereist dat het bestuursorgaan op basis van de in de aanvraag verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanvragen voldoen aan de gestelde criteria. Ook op grond van het transparantiebeginsel moet een rapport van een marktmeester dus voldoende duidelijk zijn om als bewijsmiddel bij de beoordeling van ingediende aanvragen te kunnen dienen.

C) *Transparantie en het verbod van vooringenomenheid*

Eén van de doelen van het transparantiebeginsel is te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. In de Awb is in artikel 2:4 Awb een verbod tot vooringenomenheid opgenomen.<sup>68</sup> Dit verbod werd geschonden in de eerdergenoemde Albert Cuypuitspraak. EAC was op het tijdstip van die besluitvorming over het beleid 2008 zetter en verhuurder van ongeveer tweederde van het aantal marktkramen en daarmee veruit de grootste van de vier vergunninghouders. Een bestuurder van EAC was aanwezig bij de beraadslagingen van de MAC over de mogelijke scenario's voor het nieuwe beleid. De Afdeling oordeelt dat niet kan worden uitgesloten dat die bestuurder persoonlijk belang had bij de uitkomst van de beraadslagingen. Het advies van de MAC is daarom niet zorgvuldig tot stand gekomen. Het beleid 2008 is daarom ook in strijd met artikel 2:4 Awb en evenmin zorgvuldig tot stand gekomen. Dat beleid mocht dan ook niet ten

---

67 ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer. De rapporten vermelden 'in hoofdzaak de opvatting van de marktmeesters over de vraag of al dan niet wordt voldaan aan voor toepassing van artikel 18, tweede lid, van de verordening relevante kwalificaties. In die rapporten ontbreekt een weergave van feiten en omstandigheden die tot het oordeel hebben geleid dat sprake is van een overtreding in de zin van artikel 18, tweede lid, van de verordening, althans deze zijn te summier weergegeven om de conclusie te kunnen dragen. Daarbij is van betekenis dat de marktmeesters gebruik maken van voorbedrukte formulieren, waarop zij standaardsituaties kunnen aankruisen. Uit een formulier met louter kruisjes kan echter onvoldoende worden afgeleid hetgeen zich precies heeft afgespeeld.'

68 Over schending van het verbod van vooringenomenheid bij subsidiërenders is ook veel jurisprudentie, zoals ABRvS 24 maart 2010, JB 2010/119 en AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (De Theatercompagnie). Het subsidierecht valt echter, zoals gesteld, buiten het bestek van dit artikel. Ik verwijst naar Jacobs & Den Ouden 2011.

grondslag worden gelegd aan de beoordeling van de in 2008 ingediende aanvragen.<sup>69</sup> De gang van zaken is evenmin transparant te noemen.

D) *Transparantie en artikel 4:5 Awb*

Het komt regelmatig voor dat een onvolledige aanvraag wordt ingediend en dat deze aanvraag vervolgens wordt aangevuld in ofwel de primaire fase ofwel in de bezwaarfase. Op grond van het transparantiebeginsel moeten zowel de begindatum als de uiterste datum waarop aanvragen kunnen worden ingediend, van tevoren openbaar worden gemaakt. Zo wordt gegarandeerd dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft, omdat de aanvragers evenveel tijd hebben gehad voor het opstellen van de aanvraag. Dit heeft tot gevolg dat een wijziging of aanvulling van de oorspronkelijke aanvraag in beginsel niet mogelijk is, omdat dit zou betekenen dat één aanvrager bevoordeeld zou worden tegenover zijn concurrenten. Dit doet afbreuk aan de transparantie van de procedure. Hiervoor is al ingegaan op het feit dat dit reden is om in de bezwaarfase ingediende informatie niet mee te nemen in de besluitvorming. Naast deze *ex tunc*-toetsing in bezwaar, heeft dit uitgangspunt ook gevolgen voor de herstelbaarheid van artikel 4:5 Awb. Op grond van dit artikel kan een bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen indien sprake is van een onvolledige aanvraag, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Deze bepaling bevat een discretionaire bevoegdheid ('kan') gekoppeld aan een onbepaalde hersteltermijn. Dit staat op gespannen voet met het transparantiebeginsel, omdat bij een intransparante toepassing van het artikel de indieningstermijn die voor alle (potentiële) aanvragers zou moeten gelden, kan gaan verschillen tussen de diverse aanvragers.

De toepassing van artikel 4:5 Awb bij de verlening van een schaarse vergunning kwam aan de orde in de Nautiek-uitspraak.<sup>70</sup> Deze uitspraak betrof de verloting van exploitatievergunningen voor onbemande elektrisch aangedreven vaartuigen door het college van Amsterdam. Nautiek had een onvolledige aanvraag ingediend. Het college heeft Nautiek vervolgens een hersteltermijn van 14 dagen gegeven. Omdat Nautiek slechts een deel van de gevraagde informatie tijdig had verstrekt, heeft het college de aanvraag van Nautiek buiten behandeling gesteld. Vervolgens heeft een loting plaatsgevonden waarbij het college de aanvraag van Nautiek voorwaardelijk heeft meegenomen (met een reservenummer) voor het geval Nautiek in een bezwaarprocedure in het gelijk zou worden gesteld. Na de loting verstrekt Nautiek nogmaals aanvullende informatie. Het bezwaarschrift tegen de buitenbehandelingstelling wordt ongegrond verklaard, omdat Nautiek niet tijdig de benodigde gegevens heeft verstrekt. In beroep betoogt Nautiek onder meer dat het college de aanvraag

69 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

70 ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, AB 2009/17, m.nt. A.T. Marseille.

niet daadwerkelijk buiten behandeling heeft gesteld omdat Nautiek heeft meegeloot. Dit betoog slaagt niet. Het ging om een voorwaardelijke deelname aan de lotingsprocedure. Daarmee is geen rechtens te honoreren vertrouwen gewekt dat de aanvraag niet daadwerkelijk door het college buiten behandeling zou zijn gesteld. Er is dus niet in strijd met het vertrouwensbeginsel gehandeld. Nautiek betoogt daarnaast dat de na de loting verstrekte aanvullende informatie ten onrechte niet bij de beoordeling van het bezwaar is betrokken. Ook dit betoog slaagt niet. De Afdeling overweegt dat het een bestuursorgaan, hoewel het hiertoe niet gehouden is, vrijstaat om ontbrekende gegevens die na het nemen van het primaire besluit alsnog zijn overgelegd, bij zijn heroverweging in aanmerking te nemen. Dit betreft een discretionaire bevoegdheid welke door de rechter terughoudend dient te worden getoetst. Deze overweging is vaste jurisprudentie bij de toepassing van artikel 4:5 Awb. In de uitspraak wordt geen overweging gewijd aan het feit dat sprake is van een schaarse vergunning.<sup>71</sup>

Naar mijn mening kan artikel 4:5 Awb op gespannen voet staan met het transparantiebeginsel, namelijk als dit tot gevolg zou hebben dat de termijn die alle (potentiële) aanvragers hebben om hun aanvraag in te dienen niet meer gelijk zou zijn. Daarom zou, als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse vergunningen zou worden opgenomen, daarin een uitzondering op artikel 4:5 Awb moeten worden opgenomen. Tot die tijd is van belang dat van artikel 4:5 Awb slechts bij wet in formele zin kan worden afgeweken. In andere gevallen zal het artikel moeten worden toegepast zonder afbreuk te doen aan het transparantiebeginsel. Dit kan door te anticiperen op de toepassing van het artikel door in de procedureregels te bepalen dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle (onvolledige) aanvragers op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen. Door een identieke hersteltermijn te bieden (die van tevoren is bekendgemaakt aan alle potentiële aanvragers), wordt de gelijke behandeling van de aanvragers gegarandeerd en is sprake van een transparant procedureverloop. Bij verdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen, kan aanvullend worden bepaald dat de verdeling plaatsvindt

---

71 Vgl. ABRvS 26 september 2012, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmman, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, waarin de Afdeling oordeelt dat 'uit de aard van het tendersysteem voort[vloeit] dat vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen rekening kan worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag. Het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn verdraagt zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in het tendersysteem centraal staat. Dat in het onderhavige geval het subsidieplafond niet is bereikt doet daar niet aan af, reeds omdat het meenemen van informatie van na de sluiting van de aanvraagtermijn niet past in het tendersysteem en ten tijde van de aanvraag niet bekend was of het subsidieplafond al dan niet zou worden bereikt. De rechtbank heeft daarom met juistheid geoordeeld dat het college terecht de eerst bij het bezwaarschrift overgelegde informatie buiten beschouwing heeft gelaten.'

op basis van volgorde van binnengekomen volledige aanvragen. Bij loting kan bepaald worden dat alleen volledige aanvragen kunnen meeloten. Hiermee wordt voorkomen dat het lonend wordt om zo snel mogelijk een pro forma-aanvraag in te dienen.<sup>72</sup>

E) *Tussenconclusie*

Uit het voorgaande blijkt dat ook de Afdeling uitspraken over schaarse vergunningen doet. In tegenstelling tot de jurisprudentie van het CBb komt uit de jurisprudentie van de Afdeling het bijzondere karakter van schaarse vergunningen minder naar voren. Dit heeft ook gevolgen voor de toetsing aan het transparantiebeginsel. De Afdeling heeft geoordeeld dat bij een tendersysteem als uitgangspunt geldt dat het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend en een bestuursorgaan dat beleid niet hangende de besluitvormingsprocedure ten nadele van een of meer aanvragers kan wijzigen. Het CBb gaat echter verder. Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen te worden gesteld. Deze zware eisen vertonen vaak overeenkomsten met het transparantiebeginsel. Naar mijn mening zou de Afdeling aansluiting moeten zoeken bij deze jurisprudentie van het CBb.

9.5 OVERZICHT VAN DE DOOR HET CBb EN AFDELING GEHANTEERDE TOETSINGSGRONDEN IN HET LICHT VAN HET TRANSPARANTIEBEGINSEL

In de voorgaande paragrafen is jurisprudentie van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel en jurisprudentie van het CBb en de Afdeling over twee specifieke schaarse vergunningstelsels beschreven. Op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat als sprake is van een schending van het transparantiebeginsel, het CBb en de Afdeling niet (expliciet) aan het transparantiebeginsel toetsen. Wel wordt vaak op andere gronden tot vernietiging overgegaan. Dit is een gunstige constatering, want dat betekent dat er gelukkig geen 'groot probleem' is. Desalniettemin zijn er wel enkele aanbevelingen te doen:

- Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen te worden

---

72 Zie over de toepassing van artikel 4:5 Awb ook: Jacobs en Den Ouden 2011, M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 203 e.v. en Drahmman 2011.

gesteld.<sup>73</sup> Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met het transparantiebeginsel. Het is wenselijk dat de Afdeling aansluiting zoekt bij deze jurisprudentielijn van het CbB.

- Op grond van het transparantiebeginsel moeten alle potentiële aanbieders voor ontheffingverlening in aanmerking kunnen komen. Hiervoor is een passende (algemene) bekendmaking noodzakelijk, bijvoorbeeld een elektronische mededeling of in een huis-aan-huis-blad. De Awb kent een dergelijke verplichting niet en ook de bestuursrechter stelt niet een dergelijke eis.<sup>74</sup> Het is wenselijk dat de bestuursrechter alsnog een dergelijke verplichting introduceert.
- Op grond van het transparantiebeginsel moet de wijze waarop de verdeling van een schaarse vergunning gaat plaatsvinden (de verdeelprocedure) van tevoren vastgesteld en bekendgemaakt worden. Deze verplichting biedt duidelijkheid aan zowel de (potentiële) aanvragers als het bestuursorgaan over de te volgen procedure.
- Op grond van het beginsel zou bij de introductie van het verdeelsysteem 'volgorde van binnenkomst' een begindatum voor het indienen van de aanvragen moeten worden vastgesteld en bekendgemaakt en deze datum mag niet in het verleden liggen. De bestuursrechter zou, meer dan thans het geval is,<sup>75</sup> rekening moeten houden met het belang van de (potentiële) aanvragers bij de bekendmaking van deze informatie.
- Het CbB hecht waarde aan algemene mededelingen (een aankondiging of mededeling) over de introductie of wijziging van een verdeelsys-

---

73 O.a. CbB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel, CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer, CbB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel en Gst. 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse, CbB 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CbB 31 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9683 en CbB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CbB 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

74 Het CbB heeft wel geoordeeld dat het slechts beperkt uitnodigen/aanschrijven van bepaalde partijen in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb is (CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer) en dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend, in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing (CbB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel).

75 Het CbB heeft namelijk geoordeeld dat het ontbreken van een algemene bekendmaking (over een beleidswijziging) niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel (CbB 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel) en dat bij de verdeling op volgorde van binnenkomst in beginsel een peildatum kan worden vastgesteld die in het verleden ligt (CbB 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031).

teem.<sup>76</sup> Dit is in lijn met het transparantiebeginsel: door een dergelijke (voor)publicatie worden alle potentiële aanvragers op de hoogte gebracht van de naderende beleidswijziging en krijgen zij gelijke kansen om mee te kunnen dingen bij een naderende nieuwe verdeelprocedure. Een dergelijke vooraankondiging draagt bij aan de rechtszekerheid, zorgvuldigheid en transparantie van besluitvorming.<sup>77</sup> Het zou goed zijn als de bestuursrechter deze jurisprudentielijn zou doortrekken van de wijziging van een verdeelprocedure naar de introductie van iedere procedure waar schaarse vergunningen worden verdeeld, inclusief de verdeling op volgorde van binnenkomst. Bestuursorganen zouden dan verplicht worden tot het vaststellen en algemeen bekendmaken van zowel de wijze van verdeling (inclusief het moment vanaf wanneer tot wanneer aanvragen kunnen worden ingediend) als de verdeelcriteria.

- Op basis van de voorgaande punten zou ook overwogen kunnen worden om, naast de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v., een regeling in de Awb op te nemen met een actieve algemene bekendmakingsplicht bij de verdeling van schaarse vergunningen. Op grond hiervan zouden bestuursorganen verplicht worden om algemeen bekend te maken (op elektronische wijze en/of in een huis-aan-huis-blad) dat een procedure waarbij een schaarse vergunning verleend wordt, zal aanvangen. De bekendmaking zou moeten vermelden wat de indieningstermijn voor aanvragen is en waar nadere informatie over de verdeelprocedure en -regels te vinden is. Door deze actieve algemene bekendmakingsplicht voor bestuursorganen wordt gegarandeerd dat alle potentieel geïnteresseerde partijen kennis kunnen nemen van de procedure en hieraan deel kunnen nemen.
- Op grond van het transparantiebeginsel moeten alle voorwaarden en modaliteiten voorafgaand aan de verdeling bekendgemaakt worden.<sup>78</sup> Hieronder vallen in ieder geval de verdeelregels en -criteria. Als de

---

76 CBB 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, AB 2012/146, m.nt. A. Drahmman.

77 Vgl. ook ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298, waarin werd geoordeeld dat het vaststellen van de procedureregels pas na het indienen van de aanvragen, maar voor de beslissing op bezwaar, niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. De Afdeling hecht in deze uitspraak terecht waarde aan het feit dat de burgemeester bij de bevestiging van de ontvangst van de aanvragen te kennen heeft gegeven dat hij de procedureregels die voor het jaar ervoor wel waren vastgesteld en waar partijen mee bekend waren zou toepassen. Desalniettemin heeft het college niet transparant gehandeld door de procedureregels niet voorafgaand aan de aanvang van de procedure vast te stellen.

78 De Afdeling oordeelde in een procedure waarin in het geheel geen selectiecriteria en procedureregels waren vastgesteld en bekendgemaakt dat door het ontbreken van kenbare maatstaven en een kenbare afweging bij het nemen van de besluiten door de burgemeester, het besluit op bezwaar op onzorgvuldige wijze tot stand was gekomen (ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519).

voorwaarden waaraan een vergunninghouder moet voldoen worden neergelegd in vergunningvoorschriften dan is ook de inhoud van de vergunning relevant voor de potentiële aanvragers. Mede op basis van deze voorschriften zullen zij immers bepalen of zij kunnen voldoen aan de voorschriften (en rendement op eventuele investeringen kunnen behalen) en of het dus zinvol is een aanvraag in te dienen. In het kader van het transparantiebeginsel verdient het daarom aanbeveling om voorafgaand aan de openstelling van de procedure een ontwerp-vergunning openbaar te maken aan alle potentiële aanvragers.<sup>79</sup>

- Op grond van het transparantiebeginsel moeten zowel de procedure-regels als de inhoudelijke criteria worden vastgesteld en bekendgemaakt voordat de aanvragen kunnen worden ingediend. De eenmaal vastgestelde criteria en procedureregels moeten gedurende de gehele procedure worden gehanteerd en kunnen niet meer gewijzigd worden. Iedere wijziging doet immers afbreuk aan de transparantie en daarmee aan de gelijke behandeling van alle (potentiële) aanvragers. Dit betekent logischerwijs dat in bezwaar ex tunc getoetst moet worden. Het transparantiebeginsel gaat echter verder: ook bij de primaire besluitvorming kunnen de verdeelregels en –criteria in beginsel niet meer worden gewijzigd. Het zou de transparantie dienen als de eerste dag waarop aanvragen kunnen worden ingediend, de laatste dag is waarop wijzigingen nog mogelijk zijn. De Afdeling neemt echter de laatste dag waarop aanvragen kunnen worden ingediend als uitgangspunt.<sup>80</sup> Het CbB heeft geoordeeld dat het in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel als een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een bepaalde verdeelmethode hangende de besluitvormingsprocedure tot wijziging van die methode overgaat.<sup>81</sup> Het verdient mijns inziens aanbeveling, om in lijn met het transparantiebeginsel, als uitgangspunt te nemen dat vanaf het moment dat aanvragen voor een schaarse vergunning kunnen worden ingediend de verdeelregels en –criteria in beginsel niet meer kunnen worden gewijzigd.

---

79 Als potentiële gegadigden pas op het moment van de aanvang van een loting kennis kunnen nemen van de precieze inhoud van de ontheffing is dit te laat. Volgens het CbB heeft het bestuursorgaan daarmee onvoldoende zorgvuldig en in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb gehandeld (CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer).

80 De Afdeling heeft geoordeeld dat als de beoordeling van aanvragen om schaarse vergunningen via een tendersysteem verloopt, als uitgangspunt geldt dat het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, en een bestuursorgaan dat beleid niet hangende de besluitvormingsprocedure ten nadele van een of meer aanvragers kan wijzigen. ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A.Heldeweg (Ten Katemarkt) en ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel (Albert Cuypmarkt).

81 CbB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel.

- Op grond van het transparantiebeginsel moeten de criteria worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Zo mogelijk moeten de criteria in afnemende volgorde van het belang worden weergegeven.<sup>82</sup> Het is wenselijk dat de bestuursrechter een vergelijkbare jurisprudentielijn introduceert.
- Als de relevante verdeelcriteria en -regels zijn vastgelegd in een beleidsregel en het bestuursorgaan wijkt af van deze beleidsregels, dan is dit niet alleen in strijd met het transparantiebeginsel, maar ook met artikel 4:84 Awb.<sup>83</sup>
- Met betrekking tot artikel 4:84 Awb is van belang dat de inherente afwijkingsbevoegdheid zich slecht verhoudt met het transparantiebeginsel: door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels worden de (potentiële) aanvragers immers niet meer gelijk behandeld. Voor afwijking van beleidsregels is bij de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen op grond van het transparantiebeginsel geen plaats.<sup>84</sup> Het is wenselijk dat de Awb (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse vergunningen zou worden opgenomen) op dit punt gewijzigd wordt, maar meer in algemene zin verdient het de voorkeur om verdeelcriteria en -regels niet vast te leggen in een beleidsregel maar in een algemeen verbindend voorschrift.
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:5 Awb en het transparantiebeginsel.<sup>85</sup> Op grond van het transparantiebeginsel moet worden gegarandeerd dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft door alle aanvragers evenveel tijd te geven voor het opstellen van de aanvraag. Op grond van artikel 4:5 Awb kan een bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen indien sprake is van een onvolledige aanvraag, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Deze bepaling

---

82 De Afdeling oordeelt in de Albert Cuyp-uitspraak dat het beleid waarin de procedureregels zijn neergelegd voldoende duidelijk is. Uit de uitspraak blijkt niet of de criteria 'kwaliteit', 'prijs' en 'extra's' in het beleid zijn uitgewerkt en of de onderlinge waardering (de 'score') is vastgesteld (ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel). Onduidelijk is daarom of ook voldaan werd aan het transparantiebeginsel.

83 CbB 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942 en ECLI:NL:CBB:2011:BV0936, AB 2012/161, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en JB 2012/59.

84 Zie in gelijke zin: Widdershoven en Verhoeven 2007, p. 91-92. Zie in dit verband ook de Ten Katemarkt-uitspraak (ABRvS 4 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2263, AB 2007/163, m.nt. A. Tollenaar) waar in de beleidsregels was bepaald dat maximaal drie vergunningen konden worden verleend, maar vervolgens werden vier vergunningen verleend. De Afdeling oordeelde dat het besluit een draagkrachtige motivering ontbeerde.

85 Vgl. ABRvS 1 oktober 2008 (Nautiek), ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, AB 2009/17, m.nt. A.T. Marseille.

bevat een discretionaire bevoegdheid ('kan') gekoppeld aan een onbepaalde hersteltermijn. Bij een intransparante toepassing van artikel 4:5 Awb kan de indieningstermijn die voor alle (potentiële) aanvragers zou moeten gelden, gaan verschillen tussen de diverse aanvragers.

- Als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse vergunningen (of schaarse publieke rechten) zou worden opgenomen dan zou daarin een uitzondering op artikel 4:5 Awb moeten worden opgenomen. Tot die tijd is van belang dat van artikel 4:5 Awb slechts bij wet in formele zin kan worden afgeweken. In andere gevallen zal het artikel moeten worden toegepast zonder afbreuk te doen aan het transparantiebeginsel. Dit kan door te anticiperen op de toepassing van het artikel door in de procedureregels te bepalen dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle (onvolledige) aanvragers op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen.
- Een van de doelen van het transparantiebeginsel is te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. In de Awb is in artikel 2:4 Awb een verbod tot vooringenomenheid opgenomen. Dit verbod werd geschonden in de eerdergenoemde Albert Cuyp-uitspraak van de Afdeling.<sup>86</sup> Waar nodig zou artikel 2:4 Awb nader kunnen worden ingekleurd door het transparantiebeginsel.
- De Afdeling stelt eisen aan de kwaliteit van de bewijsstukken die meegenomen worden bij de beoordeling van ingediende aanvragen.<sup>87</sup> Een van de onderdelen van het transparantiebeginsel is de controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling zodat de procedure op onpartijdigheid kan worden getoetst. Voor een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanvragen is dan ook vereist dat het bestuursorgaan op basis van de in de aanvraag verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanvragen voldoen aan de gestelde criteria. De bestuursrechter zou een vergelijkbare jurisprudentiële lijn kunnen introduceren.

## 9.6 AFRONDING

In dit artikel heb ik de eisen die voortvloeien uit het Unierechtelijke transparantiebeginsel beschreven. Het beginsel beoogt door het stellen van transparantieverplichtingen de dienstenmarkt voor mededinging te openen. Het beginsel

---

<sup>86</sup> ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

<sup>87</sup> De Afdeling oordeelde in de Middelburg-uitspraak dat de rapporten onvoldoende duidelijk waren en het besluit onvoldoende gemotiveerd en in strijd met artikel 7:12 Awb was (ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer).

bevat tevens een aantal waarborgen om elk 'risico van favoritisme en willekeur' uit te bannen. Ook wil het beginsel verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie. Hiermee wordt de gelijkheid van kansen gewaarborgd. Uit het beginsel kunnen enkele concrete verplichtingen worden afgeleid waaraan moet worden voldaan. Zo moet aan elke potentiële aanvrager een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd. Een aanvrager moet kennis kunnen nemen van de relevante toetsingscriteria en de procedure. Dit alles moet worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Ook moeten alle potentiële aanvragers kunnen weten dat en tot wanneer zij een aanvraag kunnen indienen. Dit is de 'oproep tot mededinging' (ook wel bekend als het openstellingsbesluit). Om de gelijke kansen van alle potentiële aanvragers te kunnen borgen kan geen rekening worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanbidding van één enkele aanvrager, moeten de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitgelegd worden en moeten de criteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers. Ten slotte moet het besluit worden gemotiveerd en zijn de mogelijkheden om het eenmaal genomen besluit (wezenlijk) te wijzigen beperkt.

Dit transparantiebeginsel is naar mijn mening ook relevant voor het Nederlandse bestuursrecht, in het bijzonder bij de verlening van schaarse vergunningen, oftewel wettelijke regelingen waarin het aantal te verlenen vergunningen is beperkt door het vaststellen van een plafond. Bij dergelijke schaarse vergunningen is immers sprake van (potentiële) concurrentie waarbij er meer geïnteresseerden dan beschikbare vergunningen (kunnen) zijn. In een dergelijke situatie is het niet meer dan logisch dat als er dan toch een situatie van concurrentie (mededinging) wordt gecreëerd, deze mededinging 'eerlijk' moet plaatsvinden. Dit betekent dat alle potentiële gegadigden gelijke kansen moeten krijgen om voor de schaarse vergunning in aanmerking te komen. Het transparantiebeginsel vormt een concretisering van hoe een dergelijke schaarse besluitvormingsprocedure vormgegeven moet worden om die gelijke kansen te borgen.

In paragraaf 9.4 heb ik jurisprudentie van het CbB over winkeltijdenwettelijke ontheffingen en jurisprudentie van de Afdeling over APV-vergunningstelsels beschreven. Als deze jurisprudentie naast de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt gelegd dan valt op dat situaties die op Europees niveau een schending van het 'transparantiebeginsel' vormen, soms in nationale procedures leiden tot schending van het rechtszekerheids- of zorgvuldigheidsbeginsel. Echter, er is ook jurisprudentie waarin geen schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt aangenomen, terwijl wel gesteld zou kunnen worden dat het transparantiebeginsel is geschonden. In paragraaf 9.5

zijn daarom enkele aanbevelingen geformuleerd die de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen zouden kunnen vergroten.

Geconcludeerd kan dan ook worden dat de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen tot op zekere hoogte goed is geborgd, maar dat op onderdelen verbetering mogelijk is. De vervolgvraag is dan hoe dit gerealiseerd zou kunnen worden. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om dit uit te werken, maar er zijn ten minste drie oplossingen denkbaar.

Een eerste (en meest verstrekkende) mogelijkheid is de erkenning van het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De jurisprudentie van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel zou in dat geval ook bij de verdeling van schaarse vergunningen in zuiver interne situaties kunnen worden toegepast.

Een tweede (minder verstrekkende) mogelijkheid is om transparantie als onderdeel van de algemeen erkende beginselen van behoorlijk bestuur te beschouwen. Op basis van voorgaande jurisprudentieanalyse lijkt het mij mogelijk dat de bestuursrechter bestaande beginselen als het rechtszekerheids-, zorgvuldigheids- of gelijkheidsbeginsel 'transparant' inkleurt.

Een derde optie is om enkele concrete verplichtingen van het transparantiebeginsel te codificeren in bijvoorbeeld de Awb. Een dergelijke codificatie ligt vooral in de rede als geconcludeerd zou worden dat er een leemte in het recht bestaat die onvoldoende door de bestuursrechter wordt ingevuld en voor zover het transparantiebeginsel op gespannen voet staat met bepalingen in de Awb (waarbij in het bijzonder aan artikel 4:5 en 4:84 Awb kan worden gedacht).

Op alle drie de manieren kan het transparantiebeginsel worden geborgd in het Nederlandse bestuursrecht. Ik hoop dat de tendens van de afgelopen jaren waarin het bijzondere karakter van schaarse vergunningen steeds meer de aandacht van de bestuursrechter, in het bijzonder van het CBb, heeft gekregen, wordt voortgezet. Door een vergroting van de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen, zullen, beter dan thans het geval is, gelijke kansen worden geboden aan alle potentiële aanvragers van een schaarse vergunning. Hierdoor kan een eerlijke mededinging naar deze schaarse vergunningen worden gerealiseerd.



## 10 | De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht<sup>1</sup>

*Een verkenning van de mogelijkheden om in de Omgevingswet schaarse publieke rechten transparant te verdelen.*

### 10.1 INLEIDING

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag of in de Omgevingswet een transparante verdeelprocedure zou moeten worden opgenomen voor de verdeling van (milieu)gebruiksruimte. Ruimte is namelijk schaars. Dit heeft enerzijds tot gevolg dat de overheid in het kader van het publieke belang een optimale verdeling van de openbare ruimte wenst en anderzijds meerdere (markt)partijen in aanmerking willen komen voor de ontwikkeling van die schaarse ruimte. Op grond van de aanbestedingsrichtlijnen moeten opdrachten transparant worden verleend. In het omgevingsrecht wordt met name gedacht aan toepassing van het transparantiebeginsel bij aanbestedingsplichtige projectontwikkelingen. Dit wordt door marktpartijen echter niet altijd afdoende gevonden. De uitspraak van de Rechtbank Assen van 30 mei 2012 is hier een illustratie van.<sup>2</sup> In deze zaak wordt ingegaan op de privaatrechtelijke vraag of een gemeente in het kader van een projectontwikkeling aanbestedingsplichtig is als zij één apotheker toestemming geeft om zich te vestigen op grond die in eigendom is (of is geweest) van de gemeente en deze toestemming tot gevolg heeft dat een andere apotheker wordt uitgesloten.

Dit artikel gaat niet over de vraag wanneer een gemeente op grond van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) aanbestedingsplichtig is. Wel wordt ingegaan op de vraag of de gemeente over publiekrecht-

---

<sup>1</sup> Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *BR* 2012/161.

<sup>2</sup> Rb. Assen 30 mei 2012, *BR* 2012/127, m.nt. A. Drahmman. In deze uitspraak gaat het over de vraag of een gemeente een aanbesteding moet organiseren als zij bepaalt dat zich maar één apotheker mag vestigen op grond die in eigendom is (of is geweest) van de gemeente. Kort samengevat (en gesimplificeerd) heeft het geschil betrekking op het volgende. De gemeente Assen realiseert een nieuwbouwproject. Onderdeel van dit project vormt de bouw van één gezondheidscentrum. In de aanloop tot de nieuwbouw vestigen twee apothekers zich in een tijdelijke noodbouw. Stichting STEK en de gemeente besluiten dat de aanbieder met het grootste aantal klanten zich in de nieuwbouw mag vestigen. De apotheker die moet verdwijnen is het hier niet mee eens en betoogt in deze procedure bij de rechtbank dat er een aanbestedingsprocedure georganiseerd had moeten worden.

telijke bevoegdheden beschikt om één partij een recht te verlenen ten koste van andere partijen. Hiervan kan mijns inziens onder omstandigheden sprake zijn bij het vaststellen van een bestemmingsplan (dat na de inwerkingtreding van de Omgevingswet een omgevingsverordening zal worden) of een programmatische aanpak. Op verschillende manieren wordt getracht de milieugebruiksruimte te maximeren en vervolgens te (her)verdelen. De vervolgvraag is of, en zo ja hoe, bij de verdeling van een dergelijk schaars recht (net als bij het aanbestedingsrecht) het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen. Hierbij zal in het bijzonder worden ingegaan op de vraag of in de Omgevingswet (of in een op de Omgevingswet gebaseerde AMvB) een transparante verdeelprocedure opgenomen zou moeten worden. In een ambtelijke versie van de ontwerp Omgevingswet die ik heb gezien, was nog niet een dergelijke verdeelprocedure opgenomen.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. Eerst wordt kort ingegaan op de vraag wat het transparantiebeginsel is en wat thans de reikwijdte van dit beginsel is (par. 10.2 en 10.3). Vervolgens wordt een voorstel gedaan om een transparante verdelingsregeling op te nemen in de Omgevingswet (par. 10.4). Daarbij wordt met name ingegaan op twee instrumenten die naar verwachting in de Omgevingswet zullen worden opgenomen, namelijk de programmatische aanpak en de omgevingsvergunning, waarbij ook aandacht wordt besteed aan het voorstel om bestemmingen voortaan te reguleren via de omgevingsverordening.<sup>3</sup>

## 10.2 WAT IS HET TRANSPARANTIEBEGINSEL?

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>4</sup> en het Hof van Justitie<sup>5</sup> strekt het transparantiebeginsel in essentie ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Kort samengevat betekent dit dat aanbestedende diensten bij het begin van een aanbestedingsprocedure een 'passende mate van openbaarheid' moeten betrachten. De aanbestedende dienst moet het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar maken. Ook alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure moeten in deze aankondiging (of in een document waar de aankondiging naar verwijst) worden geformuleerd. Dit moet gebeuren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. De Hoge Raad formuleert het als volgt:

'Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedings-

---

3 Zie de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht d.d. 9 maart 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3).

4 O.a. HR 4 november 2005, BR 2006/36, m.nt. H. Nijholt en NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

5 O.a. HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99 (Succhi di Frutta).

procedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaats heeft, zoals de selectiecriteria.<sup>6</sup>

Er is dan ook een samenhang tussen het transparantiebeginsel en de vraag wanneer er mededinging op (of om) de markt moet worden gecreëerd. Als er sprake is van een selectie van één marktpartij (of enkele) ten koste van anderen, moet het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Op deze reikwijdte van dit beginsel wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

### 10.3 REIKWIJDTE TRANSPARANTIEBEGINSEL BINNEN HUIDIGE PROJECTONTWIKKELING

Het transparantiebeginsel moet zowel in acht worden genomen bij het gunnen van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht<sup>7</sup> als bij het sluiten van concessieovereenkomsten.<sup>8</sup> Daarnaast kan het transparantiebeginsel ook een

---

6 R.o. 4.3.2. van HR 4 november 2005, *BR* 2006/36, m.nt. H. Nijholt en *NJ* 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

7 Op grond van artikel 2 Richtlijn 2004/18/EG (Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten) moeten aanbestedende diensten transparant handelen bij het gunnen van een overheidsopdracht.

8 O.a. HvJ EG 21 juli 2005, nr. C-231/03 (Coname) (E.J. Stalenberg, 'De zaak Co.Na.Me. Voorlopig eindpunt in een campagne van de Europese Commissie met als doelstelling: meer aanbesteden', *BR* 2005/194). Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van het transparantiebeginsel in de jurisprudentie: H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelandbewaarder van het transparantiebeginsel. Een bespreking van het arrest Engelmänn (zaak C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', *NtER* 2011, p. 77. e.v.

rol spelen bij bepaalde vormen van (schaarse) vergunningverlening waarbij exclusieve rechten worden verleend.<sup>9</sup>

Het transparantiebeginsel speelt tot op heden met name een rol in het privaatrechtelijke deel van het omgevingsrecht (gebiedsontwikkeling). In het kader van het opstellen van PPS-contracten tussen een overheid en private partij zal altijd de vraag aan de orde moeten komen of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht waarbij het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen.<sup>10</sup>

Over deze privaatrechtelijke aspecten is al veel geschreven en deze zal ik hier in beginsel verder buiten beschouwing laten.<sup>11</sup> De rol die de overheid speelt bij gebiedsontwikkeling is niet beperkt tot het privaatrecht. Zo kan een gemeenteraad door het vaststellen van een bestemmingsplan bepalen welk gebruik waar, in het kader van een goede ruimtelijke ordening, gewenst dan wel verboden is. Door middel van de wettelijke inspraakmogelijkheden<sup>12</sup> of door het sluiten van bevoegdhedenovereenkomsten<sup>13</sup> kan de inhoud van het bestemmingsplan beïnvloed worden, maar uiteindelijk is het vaststellingsbesluit een eenzijdig publiekrechtelijk besluit. Op een dergelijk besluit is het klassieke aanbestedingsrecht niet van toepassing. Desalniettemin kan een dergelijk besluit wel tot gevolg hebben dat slechts één partij ontwikkelingsmogelijkheden krijgt ten koste van anderen. Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het transparantiebeginsel rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht.<sup>14</sup> De transparantieverplichting is een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van

9 HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08 (Betfair), AB 2011/17, m.nt. A. Buijze; JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en NJ 2010/491, m.nt. M.R. Mok. Zie tevens. A. Drahmman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest', NTB 2012/25.

10 Hierbij kan bijv. gedacht worden aan de gevolgen die de arresten Scala (HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-399/98; A.G. Bregman, 'Zelfrealisatie of aanbesteding: een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest', BR 2002, afl. 1, p. 10 e.v.), Auroux (of Roanne; HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 en Müller (HvJ EG van 25 maart 2010, nr. C-451/08; o.a. Kuypers & Simon, 'Gebiedsontwikkeling en aanbesteding: Het Hof ploegt het veld maar zaait ook twijfel', BR 2010/104) hebben gehad voor de gebiedsontwikkelingspraktijk.

11 Ik verwijs voor een recent overzicht graag naar de kroniek van Parlevliet: W.H.E. Parlevliet, 'Kroniek van het Aanbestedingsrecht', BR 2012/63 alsmede naar D. van Tilborg, 'Schaarste en mededinging bij gronduitgiftes en ander privaatrechtelijk handelen door gemeenten', BR 2012/31.

12 Tegen een ontwerpbestemmingsplan kan een zienswijze worden ingediend (artikel 3.8 Wro) en tegen het vastgestelde bestemmingsplan kan beroep worden ingesteld bij de ABRvS (artikel 8.2 Wro).

13 Zie hierover uitgebreid: P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid*, Den Haag: BJu 2012.

14 Zie naast het eerdergenoemde Coname-arrest en Betfair-arrest, bijv. ook HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-412/04 (Commissie/Italië), BR 2008/111, m.nt. P.H.J.M. Kuypers.

selectie van deze ondernemer.<sup>15</sup> In het omgevingsrecht worden ook besluiten genomen die aan een ondernemer een exclusief recht verlenen ten koste van een andere ondernemer. In de volgende paragraaf zullen enkele voorbeelden aan de orde komen van bestuursrechtelijke besluiten waar het transparantiebeginsel een rol zou kunnen spelen bij de verdeling van deze besluiten.

Het transparantiebeginsel vloeit rechtstreeks voort uit het Unierecht, maar het Unierecht is alleen van toepassing bij grensoverschrijdendheid. De verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten en vestiging zijn dus niet van toepassing bij zuiver interne situaties.<sup>16</sup> De vraag wanneer sprake is van een zuiver interne situatie mag niet te terughoudend worden beantwoord.<sup>17</sup> Daarnaast betwijfel ik of het wenselijk is dat bij grensoverschrijdende situaties andere normen gelden dan bij zuiver interne situaties. Een dergelijke rechtsongelijkheid tussen Unieburgers is moeilijk te rechtvaardigen, zeker als het een norm als het transparantiebeginsel betreft dat partijen moet beschermen tegen favoritisme en willekeur van de overheid. In aanvulling daarop is van belang dat de transparantieplichting bij zuiver interne situaties eenvoudig kan worden ingelezen in bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel. Inmiddels is het al vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) dat aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing of vergunning onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld.<sup>18</sup> Zo heeft het CBB geoordeeld dat als bij de verlening van een schaarse vergunning gebruik wordt gemaakt van een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvraag, het voor potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is.<sup>19</sup> Deze kenbaarheid vormt een belangrijk aspect van het transparantiebeginsel. Er is geen reden om aan te nemen dat bij het verdelen van andere schaarse rechten, bijvoorbeeld in het omgevingsrecht, deze zware eisen niet in acht zouden hoeven te worden genomen.

Door toepassing van het transparantiebeginsel wordt gewaarborgd dat alle betrokken partijen gelijke kansen krijgen. Dat dit ook in het omgevingsrecht niet overbodig is, blijkt uit de Nota Grondbeleid waarin al is geconstateerd dat er onvoldoende concurrentie is bij het realiseren van nieuwe ontwikkelingen.<sup>20</sup> Het creëren van concurrentie wordt bemoeilijkt door bestaande grondposities en meer in het bijzonder het zelfrealisatiebeginsel. Dit beginsel houdt in dat als de grondeigenaar (de 'zelfrealisator') bereid en in staat is om het door de gemeente beoogde project zelf uit te voeren, hij dit recht heeft

---

15 Aldus het eerdergenoemde *Betfair*-arrest.

16 Zie bijv. ABRvS 23 november 2011, LJN BU5444.

17 Aldus onder meer concl. A-G Bot van 17 december 2009 bij het *Betfair*-arrest (nr. C-203/08).

18 O.a. CBB (vz.) 22 april 2011, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

19 CBB 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

20 Kamerstukken II 2000/01, 27 581, nr. 2, met name p. 56.

en onteigening door de gemeente in beginsel niet mogelijk is. Ook artikel 1 Eerste Protocol EVRM (hierna: 'artikel 1 EP') speelt hierbij een belangrijke rol. Op grond van dit artikel heeft eenieder in beginsel recht op het ongestoord genot van zijn eigendom.<sup>21</sup> De afgelopen jaren zijn enkele publicaties verschenen over de vraag in hoeverre dit zelfrealisatierecht zou moeten worden vervangen voor andere systemen, bijvoorbeeld herverkaveling<sup>22</sup> of een systeem van verhandelbare ontwikkelingsrechten.<sup>23</sup> In dit artikel wil ik mij richten op enkele andere bestuursrechtelijke systemen die in het omgevingsrecht bestaan die de ontwikkelingsruimte beperken en daarmee schaarste creëren. Van deze systemen wil ik bezien of het mogelijk is om, gelet op het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel, enige vorm van competitie te creëren, maar binnen de kaders van artikel 1 EP.

#### 10.4 TRANSPARANTE VERDEELMETHODES IN DE OMGEVINGSWET

In deze paragraaf zal ik in het bijzonder ingaan op twee instrumenten uit de (kabinetsvisie voor de) Omgevingswet waar naar mijn mening aandacht zou moeten worden besteed aan de verdeling van rechten te weten de programmatische aanpak en de omgevingsverordening. Hierna zal achtereenvolgens worden ingegaan op de programmatische aanpak (par. 10.4.1), (een omgevingsverordening voor) een ontwikkelingsgebied (par. 10.4.2) en het zonebeheerplan en geluidreductieplan (par. 10.4.3). Vervolgens zal worden ingegaan op de omgevingsverordening als middel om bestemmingen te reguleren (de opvolger van het bestemmingsplan) (par. 10.4.4). Ten slotte wordt ingegaan op de mogelijkheid om een exploitatievergunningstelsel te introduceren in de omgevingsverordening (par. 10.4.5).<sup>24</sup>

21 Een inbreuk op dit eigendomsrecht is slechts mogelijk als aan drie criteria voldaan is: 1. de rechtmatigheid van de onteigening (wettelijke grondslag); 2. het algemeen belang van de onteigening (legitiem doel); en 3. de proportionaliteit tussen enerzijds het (algemene) belang van de onteigening en anderzijds de bescherming van het eigendomsrecht (proportionaliteit of 'fair balance').

22 O.a. R. Mellenbergh & B.J. Schueler, 'De mogelijkheden van afschaffing of beperking van het zelfrealisatiebeginsel', *BR* 2006/193, en A.G. Bregman & H.W. de Wolff, *Hervorkaveling op Ontwikkelingslocaties*, Den Haag: IBR 2011.

23 M.A.M. Dieperink, 'Bij heffing gebaat', *BR* 2009/143 en haar dissertatie *Verhandelbare ontwikkelingsrechten; grondbeleidsinstrument voor baatafoming en verevening*, Den Haag: IBR 2010 alsmede J.R. van Angeren & D.S.P. Fransen, 'Bestaan er meer kansen voor verhandelbare ontwikkelingsrechten onder de Wet ruimtelijke ordening', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Europa Law Publishing 2010, p. 15-30.

24 Er zijn ook andere vormen van schaarste in het omgevingsrecht, zoals broeikasgasemmissierechten en waterrechten. Deze rechten laat ik hier buiten beschouwing. Ik verwijs graag naar de bundel *Schaarse publieke rechten*: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, m.nt. de bijdragen in deze bundel van M.G.W.M. Peeters, *Schaarse broeikasgasruimte in de EU*.

#### 10.4.1 Programmatische aanpak

In de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht wordt gesteld dat de nieuwe Omgevingswet uit zal gaan van zes centrale rechtsfiguren.<sup>25</sup> Eén van deze rechtsfiguren is het 'programma'. Een programma wordt (aldus deze kabinetsnotitie) opgesteld voor de onderdelen van de leefomgeving waar actieve overheidsinzet vereist is om normen te halen. In het programma worden de beleidsvoornemens en maatregelen opgenomen. Programma's kunnen een programmatische aanpak omvatten. Dit betekent dat regie wordt gevoerd over toe te laten projecten en activiteiten in relatie tot het bereiken van de vereiste kwaliteit van de leefomgeving of over de verdeling van de gebruiksruijme. Voorbeelden van programma's met een programmatische aanpak zijn het Nationale Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL) en de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS) in de Natuurbeschermingswet 1998 (Nb-wet 1998).<sup>26</sup> De kern van de programmatische aanpak is dat een pakket wordt vastgesteld met enerzijds maatregelen die ruimte voor ontwikkelingen creëren en anderzijds projecten die ruimte nodig hebben. Zo ontstaat (milieu)gebruiksruijme.<sup>27</sup> In de kabinetsnotitie wordt ten slotte gesteld dat de programmatische aanpak ook bruikbaar kan zijn voor het optimaliseren van de (milieu)gebruiksruijme in grote haven- en/of industriegebieden. De complexe besluitvorming voor dit soort gebieden zou dan kunnen worden gestroomlijnd, de uitvoering door bijvoorbeeld vergunningverlening vereenvoudigd en de (milieu)gebruiksruijme integraal en proactief worden beheerd. In de notitie wordt gesteld dat een monitoringssysteem essentieel is bij de toepassing van de programmatische aanpak. In dit systeem moeten de effecten van ontwikkelingen, projecten en maatregelen om milieuruimte te creëren steeds worden geactualiseerd. In aanvulling daarop zou ik willen pleiten voor een regeling omtrent de verdeling van de (milieu)gebruiksruijme en de daarbij in acht te nemen transparantie door het bestuursorgaan. Deze is zeker nodig bij de programmatische aanpak maar kan ook bij andere programma's op basis waarvan gebruiksruijme verdeeld wordt nodig zijn. In de ambtelijke versie

---

*De verdeling over en uitvoering door lidstaten* (p. 71-93), J.R. van Angeren, *Emissiehandel en schaarse publieke rechten* (p. 95-114) en H.F.M.W. van Rijswijk, *De verdeling van schaarse waterrechten* (p. 133-158) en W.M. Janse, *De verdeling van schaarse waterrechten. Een nader onderzoek naar de verdeling van schaarse waterrechten op grond van de waterplannen en het systeem van vergunningverlening*, Utrecht: Kennispunt Recht, Economie, Bestuur en organisatie, Universiteit Utrecht 2012.

25 Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3.

26 Zie over het dilemma dat schaarste een natuurlijke impuls tot eigendomsclaims vormt en de gevolgen daarvan voor de natuurbescherming de oratie van C.J. Bastmeijer (C.J. Bastmeijer, *Ieder voor zich en de natuur voor ons allen. Over de relatie tussen mens en natuur en de toekomst van het natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: BJu 2011).

27 Ook Koeman pleit voor de herverdeling van milieuruimte in een planmatige of programmatische aanpak in: N.S.J. Koeman, *Een wereld te winnen. Enkele beschouwingen over de toekomst van het omgevingsrecht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010, met name p. 10 e.v.

van de Omgevingswet is nog niet een dergelijke transparante regeling opgenomen. Dit bevreemdt niet nu ook in de huidige regelingen voor de PAS en NSL niet een dergelijke regeling is opgenomen. Hierna zal ik kort de werking van de PAS en de NSL toelichten. Vervolgens zal ik enige aanbevelingen doen voor een transparante regeling voor de programmatische aanpak in de Omgevingswet.

A) *Programmatische Aanpak Stikstof (PAS)*

In par. 2a.2 Nb-wet 1998 is bepaald dat de Ministers van EL&I en IenM een programma vaststellen ter vermindering van de stikstofdepositie. Artikel 19kh Nb-wet 1998 bepaalt dat in de PAS de uitgangspunten worden opgenomen voor de bepaling van ontwikkelingsruimte die als gevolg van de positieve maatregelen ontstaat en de toedeling van die ruimte aan handelingen in en buiten de in het programma opgenomen Natura 2000-gebieden. In een brief aan de Tweede Kamer d.d. 15 december 2011 heeft de Staatssecretaris van EL&I aangegeven dat de PAS de beschikbare ontwikkelingsruimte zal vaststellen voor een planperiode van 6 jaar. Deze ruimte is vervolgens verdeeld over twee tijdsblokken van 3 jaar. Het uitgangspunt is dat in de eerste helft van de planperiode maximaal 60% van de ontwikkelingsruimte toegekend mag worden. Met deze verdeling is het mogelijk direct bij aanvang van de planperiode economische activiteiten toe te staan, maar blijft daarnaast nog voldoende ruimte beschikbaar voor de tweede periode. Ten slotte wordt in de brief gesteld dat in de PAS ontwikkelingsruimte zal worden gereserveerd voor belangrijke nationale en regionale projecten. Het bevoegd gezag is verantwoordelijk voor de verdeling van de (resterende) ontwikkelingsruimte. Juridisch zal (aldus de brief) nog nader worden vastgelegd hoe om te gaan met schaarste en verdeling over sectoren.<sup>28</sup> Op 12 juli 2012 heeft de Commissie voor de milieueffectrapportage (Commissie m.e.r.) het Ministerie van EL&I geadviseerd over de concept definitieve Programmatische Aanpak Stikstofdepositie (DPAS).<sup>29</sup> Een van de conclusies van de Commissie m.e.r. is dat niet is uitgewerkt op welke manier de ontwikkelingsruimte wordt toebedeeld aan economische activiteiten. Inzicht in de rechten, verdelingsmechanismen, kosten en de baten, of een manier om dit inzicht te verkrijgen, ontbreekt volgens de commissie in de DPAS. De commissie stelt terecht dat het voor de verdeling van ontwikkelingsruimte essentieel is dat duidelijk is wie er recht op heeft. De elementen die de PAS ten minste zou moeten bevatten om transparant te kunnen zijn worden hierna uitgewerkt.

---

28 Kamerstukken II 2011/12, 30 654, nr. 99, p. 11.

29 Bijlage bij de brief van de Staatssecretaris van EL&I aan de Tweede Kamer d.d. 15 augustus 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 32 670, nr. 63).

B) *Nationale Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL)*

Naast de PAS is ook het NSL een programmatische aanpak. Deze regeling is anders opgezet dan de PAS. De wettelijke basis voor het NSL is artikel 5.12 Wet milieubeheer (Wm). Het NSL is op 1 augustus 2009 in werking getreden. Dit artikel bepaalt dat bestuursorganen die het aangaat een of meer in het NSL genoemde of beschreven maatregelen, ontwikkelingen of besluiten kunnen wijzigen of vervangen, of een of meer maatregelen, ontwikkelingen of besluiten aan het NSL kunnen toevoegen. Dit is pas mogelijk nadat het bestuursorgaan hiervan melding doet aan de Minister van IenM en bij de melding aannemelijk maakt dat die gewijzigde, vervangende of nieuwe maatregelen, ontwikkelingen of besluiten per saldo passen binnen of in elk geval niet in strijd zijn met het NSL. De bij de melding aangegeven wijziging behoeft de instemming van de Minister van IenM. De minister beslist binnen zes weken na ontvangst van de melding en is anders van rechtswege gegeven. Binnen zes weken nadat een instemming is verkregen wordt door de betrokken bestuursorganen kennis gegeven van de bij de melding aangegeven wijziging of wijzingen en van de daarmee verleende instemming in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze.<sup>30</sup> Deze regeling heeft enkele aspecten die de transparantie dienen zoals de uitleg aan welk criterium een melding moet voldoen alsmede de algemene bekendmaking van de instemming met de melding. Wel is deze bepaling beperkt tot de verhouding tussen de minister en het bestuursorgaan. De Wm bevat geen bepaling over de verhouding tussen het bestuursorgaan (bijv. het college van burgemeester en wethouders (B&W)) en een derde, bijvoorbeeld een projectontwikkelaar die zijn (woningbouw)project aan het NSL toegevoegd wil zien. In het kader van de transparantie zouden ook de decentrale overheden in bijvoorbeeld een beleidsregel kunnen vastleggen hoe zij verzoeken van derden om aan het NSL toegevoegd te willen worden, zullen beoordelen.

C) *Een transparante regeling in de Omgevingswet*

Uit de hiervoor genoemde twee voorbeelden blijkt dat een programmatische aanpak een goede manier kan zijn om milieugebruiksruimte te creëren. Deze gecreëerde ruimte is schaars. Er wordt immers een pakket vastgesteld met enerzijds maatregelen die ruimte voor ontwikkelingen creëren en anderzijds projecten die ruimte nodig hebben. Tot nu toe wordt mijns inziens onvoldoende aandacht besteed aan het belang van een transparante wijze van (her)verdeling van deze rechten. Nu het programma één van de centrale rechtsfiguren in de Omgevingswet zal worden, is dit mijns inziens wel van belang. Bij de verdeling zal in ieder geval aandacht moeten worden besteed aan de volgende onderwerpen:

---

30 Artikel 5.12 lid 12-14 Wm.

- De vaststelling van het plafond: hoeveel rechten zijn beschikbaar.
- Welke verdeelmethode wordt gehanteerd. Onderscheid kan hierbij worden gemaakt tussen verdeling op volgorde van binnenkomst, loting, veiling of een vergelijkende toets.<sup>31</sup>
- De wijze van 'aanmelding' van projecten die ontwikkelingsruimte nodig hebben. Onderscheid moet hierbij gemaakt worden tussen projecten op het moment van de start van de programmatische aanpak en nieuwe ontwikkelingen die pas na de start ontstaan. Gedacht zou bijvoorbeeld kunnen worden aan een (twee)jaarlijks moment om aanvragen in te kunnen dienen.
- Het onderscheid tussen nieuwe ontwikkelingen bij bestaande ondernemingen (uitbreiding) en geheel nieuwe projecten (nieuwkomers). Het kan onder omstandigheden wenselijk zijn om bij de start van de aanpak aparte gebruikruimte te reserveren voor beide groepen.

Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om bovenstaande onderwerpen verder uit te werken. Hierbij is ook van belang dat vanuit het oogpunt van transparantie de ene verdeelmethode niet beter is dan de andere. Vanuit een oogpunt van transparantie moeten de volgende randvoorwaarden in acht worden genomen:

- Een passende bekendmaking van de mogelijkheid om projecten aan te kunnen melden. Duidelijk moet zijn van wanneer tot wanneer een aanvraag kan worden ingediend.
- Op het moment dat de aanmeldperiode aanvangt, moet al duidelijk zijn welk verdeelsysteem gehanteerd zal worden.
- Op het moment dat de aanmeldperiode aanvangt, moet al duidelijk zijn welke toetsingscriteria zullen worden gehanteerd.

#### 10.4.2 Omgevingsverordening voor een ontwikkelingsgebied

Artikel 2.1 e.v. Crisis- en herstelwet (Chw) hebben betrekking op de zogenaamde 'ontwikkelingsgebieden'. Voor deze gebieden kan een gebiedsontwikkelingsplan worden vastgesteld. Het gebiedsontwikkelingsplan zal na wijziging van de Chw de status van een bestemmingsplan krijgen.<sup>32</sup> Het bestemmingsplan zal, zoals hiervoor al is gesteld, naar verwachting in de Omgevingswet een omgevingsverordening worden. Ook het ontwikkelingsgebied zal dan waarschijnlijk via de omgevingsverordening gereguleerd worden.

---

31 Zie C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 177-201.

32 Het Wetsvoorstel tot wijziging van de Chw in verband met het permanent maken van de Chw (Kamerstukken I 2011/12, 33 135, nr. A).

De huidige regeling in de Chw houdt in essentie in dat bij AMvB bij wijze van experiment een gebied kan worden aangewezen als ontwikkelingsgebied.<sup>33</sup> De aanwijzing kan ten hoogste tien jaar duren. De gemeenteraad stelt voor een ontwikkelingsgebied een gebiedsontwikkelingsplan vast. Dit plan maakt deel uit van het bestemmingsplan.<sup>34</sup> Het gebiedsontwikkelingsplan is, volgens artikel 2.3 Chw, gericht op een optimalisering van de milieugebruiksruimte met het oog op het versterken van een duurzame ruimtelijke en economische ontwikkeling van dat gebied in samenhang met het tot stand brengen van een goede milieukwaliteit. In het plan worden ruimtelijke ontwikkelingen opgenomen die de beschikbare milieugebruiksruimte zullen overschrijden. Tegelijk worden in het plan ook maatregelen en werkzaamheden opgenomen ter compensatie hiervan en andere maatregelen die de milieukwaliteit ten goede komen.<sup>35</sup> Op grond van de Chw kan B&W vergunningen verlenen, ook als deze milieukwaliteitsnormen overschrijden, mits uit het ontwikkelingsplan blijkt dat uiterlijk over tien jaar alsnog wordt voldaan aan deze milieukwaliteitsnormen.<sup>36</sup>

De regeling in de Chw is een regeling op hoofdlijnen. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat een bestuurder kan eisen dat bestaande activiteiten hun milieubelasting terugdringen of dat een veroorzaker van milieubelasting maatregelen moet treffen waardoor de effecten van de milieubelasting worden verminderd (bijv. door plaatsing van een geluidsscherm), maar dat dit niet betekent dat 'verkregen rechten zomaar kunnen worden aangetast'.<sup>37</sup> In de toelichting op de wet wordt wel (kort) aandacht besteed aan de vraag hoe gebruiksruimte kan worden gecreëerd,<sup>38</sup> maar niet hoe de nieuwe milieue-

---

33 Op dit moment komt alleen bestaand stedelijk gebied of een bestaand bedrijventerrein voor aanwijzing in aanmerking. Het Wetsvoorstel tot wijziging van de Chw in verband met het permanent maken van de Chw (Kamerstukken I 2011/12, 33 135, nr. A) stelt voor om deze beperking te laten vervallen.

34 Omdat in de uitvoeringspraktijk vragen zijn gerezen over de relatie van het gebiedsontwikkelingsplan met het bestemmingsplan, is in het Wetsvoorstel tot wijziging van de Chw in verband met het permanent maken van de Chw voorgesteld het bijzondere regiem voor een ontwikkelingsgebied niet langer te reguleren via een gebiedsontwikkelingsplan, maar dit direct te regelen met een (wijziging van een) bestemmingsplan (Kamerstukken II 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 22).

35 Artikel 2.1 aanhef en onder a Chw bevat een definitie voor het begrip 'milieugebruiksruimte', namelijk de 'binnen een ontwikkelingsgebied aanwezige marge tussen de bestaande milieukwaliteit en de voor dat gebied geldende milieukwaliteitsnormen, die kan worden benut voor milieubelastende activiteiten'.

36 Wie meer wil weten over het gebiedsontwikkelingsplan verwijs ik naar: M.C. Brans, 'Het gebiedsontwikkelingsplan; de nieuwe rekbaarheid in het milieurecht', in: M.C. Brans e.a., *Hoofdstuk 2 Crisis- en herstelwet, de experimenteerfase voorbij? Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht 2011*, nr. 39, p. 3-71 (hierna: Brans 2011).

37 Kamerstukken II 2011/12, 32 127, nr. 3, p. 12.

38 In de Chw is voor ontwikkelingsgebieden een gedoogplicht opgenomen. Het ligt immers niet voor de hand om voor het aanbrengen van geluidwerende voorzieningen aan een gebouw over te gaan tot onteigening. In zo'n situatie moet het mogelijk zijn dat de overheid de voorzieningen aanbrengt en de eigenaar en gebruikers dat moeten gedogen. Op deze

gebruiksruimte vervolgens moet worden verdeeld. Zeker nu het gebiedsontwikkelingsplan een duur van tien jaar kan hebben, is het mijns inziens nodig om in het plan te bepalen hoe nieuwe initiatieven zich kunnen aanmelden en onder welke voorwaarden zij voor de nieuw gecreëerde ruimte in aanmerking komen.

Het gebiedsontwikkelingsplan is één van de nieuwe experimenten van de Chw. Indien deze regeling echter permanent wordt gemaakt in de Omgevingswet (als bijzondere vorm van een omgevingsverordening) dan verdient het mijns inziens aanbeveling om meer aandacht te schenken aan de problematiek van de bestaande rechten en de (her)verdeling van milieugebruiksruimte. Het gebiedsontwikkelingsplan heeft door het opnemen van maatregelen die milieugebruiksruimte 'kosten' (nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen) en milieugebruiksruimte 'opleveren' veel weg van een programmatische aanpak.<sup>39</sup> Hetgeen hiervoor is gesteld over een transparante verdelingsregeling voor de programmatische aanpak is hier dan ook *mutatis mutandis* van toepassing.

#### 10.4.3 Zonering: het zonebeheerplan en geluidreductieplan

Eén van de wetten die geïntegreerd zal worden in de Omgevingswet is de Wet geluidhinder (WGH).<sup>40</sup> Op grond van de WGH moet er in een bestemmingsplan voor een industrieterrein rondom dat terrein een zone worden vastgesteld. Buiten deze zone mag de geluidsbelasting de waarde van 50 dB(A) niet te boven gaan.<sup>41</sup> Binnen een dergelijk gezoneerd industrieterrein bestaat vaak onvoldoende geluidsruimte voor nieuwe ontwikkelingen. B&W moet er daarom voor zorgen dat er 'voldoende informatie beschikbaar is' over de geluidsruimte binnen de zone.<sup>42</sup> Dit kan zij doen door een zonebeheerplan vast te stellen.<sup>43</sup> Een zonebeheerplan geeft aan op welke wijze de geluidsruimte binnen een gezoneerd industrieterrein wordt beheerd en verdeeld. De juridische status van het zonebeheerplan is nog niet uitgekristalliseerd.<sup>44</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft geoordeeld dat een zonebeheerplan geen onderdeel vormt van het toetsingskader voor milieuvergunningaanvragen en dus niet kan leiden tot weigering

---

gedoogplicht is de Belemmeringenwet Privaatrecht van toepassing, inclusief de schadevergoedingsregeling. Daarnaast kunnen ook de schadevergoedingsregeling van de Wm of Wro van toepassing kunnen zijn (Kamerstukken II 2011/12, 32 127, nr. 3, p. 56).

39 Vgl. Brans 2011, p. 47-52.

40 Bijlage 1 bij de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht d.d. 9 maart 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3).

41 Artikel 40 WGH.

42 Artikel 163 WGH.

43 Artikel 164 WGH.

44 Zie uitgebreid: C.A.H. van de Sanden, 'Wonderpil of placebo? Het zonebeheerplan in de nieuwe Wet geluidhinder', *TO* 2008, afl. 1, p. 3-12 en C.A.H. van de Sanden, 'Van placebo naar nieuwe wonderpil? Toetsing van vergunningaanvragen aan het zonebeheerplan', *TO* 2012, afl. 2, p. 45-49.

van een milieuvergunning (thans omgevingsvergunning).<sup>45</sup> Over de aanvaardbaarheid van het opnemen van het zonebeheerplan in een bestemmingsplan (door middel van een geluidsverkaveling) heeft de Afdeling nog geen uitspraak gedaan.<sup>46</sup>

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de minimumeis voor het zonebeheer door B&W is het beschikbaar doen zijn van voldoende informatie over de geluidsruimte binnen de zone. Daarnaast wordt gesteld dat in het zonebeheerplan kan worden aangegeven hoe B&W voornemens is de beschikbare geluidsruimte te verdelen. Hierdoor zouden bedrijven meer duidelijkheid krijgen over de beschikbare geluidsruimte.<sup>47</sup> Nu uit de eerdergenoemde uitspraak van de Afdeling blijkt dat overschrijding van de grenswaarden neergelegd in een zonebeheerplan geen weigeringsgrond voor een omgevingsvergunning kan vormen, kan de vraag worden gesteld hoe het zonebeheerplan kan worden gebruikt als verdeelinstrument.

Het is mij niet bekend in welke vorm het zonebeheerplan zal terugkomen in de Omgevingswet. De Omgevingswet kent wel het plan als één van de centrale rechtsfiguren. Het zonebeheerplan zou dus in beginsel passen binnen het nieuwe stelsel. In het kader van het transparantiebeginsel is het wenselijk dat aan het zonebeheerplan in de Omgevingswet een duidelijke juridische status wordt gegeven. Daarnaast is het van belang dat in het zonebeheerplan wordt aangegeven hoe geluidsruimte in de toekomst zal worden verdeeld. Alleen zo weten de huidige bedrijven (die willen uitbreiden) en eventuele potentiële bedrijven waar zij aan toe zijn.<sup>48</sup> Voor het opstellen van een dergelijk verdeelregeling in een zonebeheerplan zou ter inspiratie kunnen worden gekeken naar de subsidieregeling in de Awb over de verdeling van subsidies

---

45 ABRvS 2 november 2011, BR 2012/33, m.nt. C.A.H. van de Sanden.

46 De meningen zijn hierover verdeeld. Zo stelt Brouwer dat getwijfeld kan worden of deze geluidsregels in verband met 'een goede ruimtelijke ordening' in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen, omdat zonebeheer niet rechtstreeks betrekking heeft op het gebruik van grond en bebouwing en zonebeheer niet los kan worden gezien van de in het milieuvergunningstraject uit te voeren toetsing aan de zonegrenswaarden (ABRvS 2 november 2011, *M en R* 2012/25).

47 Kamerstukken II 2004/05, 29 879, nr. 3, p. 28.

48 Een voorbeeld kan dit verduidelijken: stel dat de geluidsruimte op het terrein 'op' is en drie bedrijven graag zouden willen uitbreiden, maar dit momenteel niet kunnen. Vervolgens wordt de milieuvergunning van een ander bedrijf geactualiseerd en worden aan de nieuwe vergunning strengere geluidsnormen verbonden (of worden maatwerkvoorschriften aan een type A-inrichting opgelegd). Er ontstaat nu geluids- en dus ontwikkelingsruimte op het industrieterrein, maar onvoldoende voor de uitbreiding van alle drie bedrijven. Welk bedrijf mag nu uitbreiden? Is dit het bedrijf dat als eerste een aanvraag om een omgevingsvergunning indient? Of is een andere verdeelmethode wenselijk? En hoe kunnen de drie bedrijven erachter komen dat er weer geluidsruimte is? Moeten zij hier zelf achter komen door de nieuwe (ontwerp)vergunning van het andere bedrijf in te zien? Het zou transparanter zijn als B&W op passende wijze zou bekendmaken dat er geluidsruimte is ontstaan en er dus vergunningen kunnen worden aangevraagd.

als een subsidieplafond is vastgesteld<sup>49</sup> of naar de regeling in de Telecommunicatiewet voor de verdeling van frequenties.

Met de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet is aan de WGH nog een nieuw instrument toegevoegd: het geluidreductieplan.<sup>50</sup> Dit plan moet in tegenstelling tot een zonebeheerplan wel bij de beslissing over de aanvraag om een omgevingsvergunning in acht worden genomen.<sup>51</sup> In een geluidreductieplan wordt opgenomen hoe binnen vijf jaar de overschrijding van de grenswaarden teniet zal worden gedaan. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat een bedrijf dat is gevestigd op het 'volle' industrieterrein of zich daar wil vestigen B&W kan verzoeken binnen een redelijke termijn een geluidreductieplan op te stellen. Deze verzoeksmogelijkheid is echter niet uitdrukkelijk in dit wetsvoorstel opgenomen, omdat (aldus de memorie van toelichting) het opstellen van een reductieplan al als verplichting is geformuleerd.<sup>52</sup> Ook hier doen zich vragen voor over de verdeling van de nieuw ontstane geluidsruimte, want heeft het bedrijf dat dit verzoek heeft ingediend ook het eerste recht op de nieuwe ruimte? Het is dan ook wenselijk dat B&W in het geluidreductieplan niet alleen bepaalt hoe het geluid zal worden gereduceerd, maar ook hoe de nieuwe ontwikkelingsruimte zal worden verdeeld.

Naast geluidszonering bestaan er nog andere vormen van milieuzonering, bijvoorbeeld de veiligheidscontouren uit het Besluit externe veiligheid inrichtingen (Bevi). Voor al deze vormen van zonering kunnen dezelfde vragen worden gesteld over een transparante wijze van de verdeling van nieuwe ontwikkelingsruimte. In een op de nieuwe Omgevingswet gebaseerde regeling zou een algemene regeling kunnen worden getroffen die betrekking heeft op de verdeling van deze ruimte.

#### 10.4.4 Bestemmingsregulering in de omgevingsverordening (thans het bestemmingsplan)<sup>53</sup>

Eén van de plannen voor de Omgevingswet is om het bestemmingsplan te vervangen door een omgevingsverordening. Ook in de omgevingsverordening zouden functies in de vorm van bestemmingen worden vastgelegd. Een ge-

---

49 Zie over de toepassing van het transparantiebeginsel in het subsidierecht: A. Drahmman, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *Gst.* 2011/115 en A. Drahmman, 'Kan het subsidierecht transparanter?', *Gst.* 2011/124.

50 Artikel 67 WGH.

51 Artikel 2.14 lid 1 onder c onder 3 Wabo.

52 Kamerstukken II 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 91-92.

53 Volledigheidshalve merk ik op dat thans provinciale staten een provinciaal inpassingsplan kunnen vaststellen indien sprake is van provinciale belangen en de Minister van IenM een Rijksinpassingsplan indien sprake is van nationale belangen. De regeling in de Wro over bestemmingsplannen is mutatis mutandis van toepassing op het inpassingsplan (afd. 3.5 Wro). Hetgeen in dit artikel wordt gesteld over het bestemmingsplan, geldt daarom eveneens voor inpassingsplannen.

meente zou in die omgevingsverordening kunnen bepalen dat van een bepaalde functie (bijv. binnen een bepaalde branche) slechts een beperkt aantal wenselijk is. Uit jurisprudentie van de Afdeling over bestemmingsplannen kan worden afgeleid wat thans de (on)mogelijkheden zijn om het vestigen van een bepaalde functie te beperken. Voordat deze worden weergegeven, wordt kort ingegaan op het belang van de Dienstenrichtlijn.

A) *Branchering, de Dienstenrichtlijn en de VWEU*

Op grond van de huidige regeling in de Wet ruimtelijke ordening (Wro) mag de bestemming die aan gronden in een bestemmingsplan wordt gegeven niet in strijd zijn met een goede ruimtelijke ordening.<sup>54</sup> De gemeenteraad beschikt over beleidsvrijheid bij het bepalen welke bestemmingen passend zijn in het kader van een goede ruimtelijke ordening. Op grond van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) kan een bestemmingsplan ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening regels bevatten met betrekking tot branches van detailhandel en horeca (brancheringsregels). Deze brancheringseisen zullen wel moeten worden gemotiveerd vanuit overwegingen van ruimtelijke kwaliteit en kunnen niet louter zijn gegrond op argumenten van concurrentiebeperking, aldus de nota van toelichting bij het Bro.<sup>55</sup> Volgens vaste jurisprudentie zijn deze regels ook niet in strijd met de Dienstenrichtlijn. De Dienstenrichtlijn is alleen van toepassing op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. De Dienstenrichtlijn is niet van toepassing op voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw. Zolang de planregels als ruimtelijk relevant moeten worden aangemerkt, is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing. Een planregel zal ook niet snel in strijd zijn met artikel 49 en 56 VWEU. Hoewel de planregels het vrij verkeer van vestiging en dienstverrichting beperken, kunnen deze regels worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang, namelijk de bescherming van de ruimtelijke ordening.<sup>56</sup> Een beperking van het vrij verkeer moet echter ook geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verdergaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Het Hof van Justitie heeft nog geen Nederlands bestemmingsplan in strijd met het VWEU geacht, maar wel een Spaans vergunningstelsel.<sup>57</sup> Het Spaanse stelsel bevatte beperkingen inzake de ligging en de omvang van grote winkelbedrijven in Catalonië.<sup>58</sup>

---

54 Artikel 3.1 Wro.

55 Stb. 2008, 145 p. 33.

56 ABRvS 2 mei 2012, AB 2012/153, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

57 HvJ EU 24 maart 2011, nr. C-400/08, BR 2011/92, m.nt. G. Aarts.

58 Meer specifiek ging het om het verbod om grote winkelbedrijven buiten de bebouwde kom van enkele Catalaanse gemeenten te vestigen en beperkingen van de verkoopvloeroppervlakte in elk gebied en elke gemeente. Er was een verbod om in 37 van de 41 Catalaanse gebieden nieuwe hypermarkten te vestigen. Voor de overige vier gebieden gold dat daar alleen hypermarkten mochten worden gevestigd, voor zover deze hypermarkten niet meer

Hiermee werden volgens Spanje doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming nagestreefd.<sup>59</sup> Het Hof van Justitie oordeelt dat de beperkingen met betrekking tot de ligging en omvang van grote winkelbedrijven geschikt zijn om doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming te realiseren, maar ten aanzien van de specifieke beperkingen oordeelt het Hof dat Spanje onvoldoende gegevens heeft aangedragen om te verklaren waarom de beperkingen noodzakelijk zijn om de nagestreefte doelstellingen te bereiken. De beperkingen van de vrijheid van vestiging achtte het Hof daarom niet gerechtvaardigd. Aarts adviseert in haar noot om (teneinde discussie te voorkomen over de vraag of brancheringsregels in strijd met de Dienstenrichtlijn zijn) bij het stellen van brancheringsregels in bestemmingsplannen iedere schijn van economische motieven te voorkomen door de regels louter met ruimtelijke ordeningsmotieven te omkleden. In aanvulling daarop wil ik wijzen op het belang van de proportionaliteit van de regeling. Door het organiseren van een transparante verdeelprocedure kan worden aangetoond dat favoritisme en willekeur geen rol hebben gespeeld bij het selecteren van de te vestigen bedrijven. Hierna zal ik ingaan op drie soorten planregels die negatieve gevolgen hebben voor de vestiging of uitbreiding van concurrerende ondernemingen, namelijk herkomstbepalingen, one-in-one-out-systemen en zonerings.

*B) Herkomstbepalingen zijn niet mogelijk*

Een herkomstbepaling in een bestemmingsplan om concurrentie te voorkomen is blijkens jurisprudentie van de Afdeling in beginsel niet toegestaan. Dit blijkt uit de uitspraak over het bestemmingsplan voor het stadion van Fortuna Sittard.<sup>60</sup> De Afdeling oordeelt:

‘De Wro biedt in beginsel geen grondslag voor een regeling in de planvoorschriften die slechts een specifieke groep van bedrijven toelaat die zich in niets anders onderscheidt van soortgelijke, andere bedrijven dan in hun herkomst. De herkomst

---

dan 9% van de uitgaven voor supermarktartikelen en 7% van de uitgaven voor warenhuisartikelen vertegenwoordigden. De vergunningverlening ten behoeve van de vestiging van grote winkelbedrijven werd verder afhankelijk gesteld van onderzoeken naar de vestigingsdichtheid op de relevante markt.

59 Blijkens het arrest beoogt de regeling door de vestiging van grote winkelbedrijven te beperken tot gebieden met hoge bevolkingsconcentraties, waar de vraag het grootst is, en beperkingen te stellen aan de omvang van winkelbedrijven in dunner bevolkte gebieden, vervuilende autoritten te vermijden, stedelijk verval tegen te gaan, een milieuvriendelijk stedelijk model te behouden, het bouwen van nieuwe wegen te voorkomen en de bereikbaarheid van die winkelbedrijven met het openbaar vervoer te waarborgen.

60 ABRvS 27 april 2011, BR 2011/151 (Bestemmingsplan Fortuna stadion), m.nt. H.J. Breeman & R.J.G. Bäcker. Het plan maakte het mogelijk om het voetbalstadion en de directe omgeving daarvan onder meer te gebruiken voor detailhandel en horeca. In de planregels was, naast maxima en voor het aantal m<sup>2</sup> winkelvloeroppervlak, ook bepaald dat een bepaald aantal m<sup>2</sup> moest bestaan uit de verplaatsing van (een) reeds elders in de gemeente gevestigde winkel(s) respectievelijk m<sup>2</sup>.

van bedrijven is immers in het algemeen bij het reguleren van gebruik van gronden voor bedrijfsdoeleinden in planologisch opzicht niet relevant. Een dergelijke bestemmingsregeling kan onder omstandigheden wel aanvaardbaar zijn indien zij betrekking heeft op bedrijven waarvan verplaatsing uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening gewenst is.'

In dit geval was ter zitting gesteld dat de herkomstbepaling was opgenomen om te voorkomen dat de concurrentie binnen de gemeente zou worden vergroot en ter bescherming van de al in de gemeente gevestigde winkeliers. De Afdeling stelt terecht vast dat als de bepaling niet is opgenomen uit een oogpunt van goede ruimtelijke ordening (of een andere dwingende reden van algemeen belang) de bepaling dus niet aanvaardbaar is. Met de Omgevingswet zal dit naar verwachting niet anders worden.

C) *One-in-one-out-systeem is wel mogelijk*

Een concurrentiebeperkende planregel die volgens de Afdeling onder omstandigheden wel is toegestaan is een zogenaamd 'one-in-one-out-systeem'. Een dergelijk systeem hanteert als uitgangspunt dat het aantal vestigingen van een bepaalde bestemming in een specifiek deel van het plangebied per saldo niet mag toenemen. Uit een uitspraak van de Afdeling over een bestemmingsplan in de gemeente Hilvarenbeek volgt dat een dergelijk systeem in beginsel is toegestaan, mits de regeling maar in het kader van de rechtszekerheid voldoende is uitgewerkt.<sup>61</sup> De Afdeling oordeelt:

'Op zichzelf komt de raad de beleidsvrijheid toe om bij het bepalen van de vestigingsmogelijkheden van detailhandel, dienstverlening en horeca binnen een bestemmingsplan als uitgangspunt te hanteren dat het aantal vestigingen in een specifiek deel van het plangebied per saldo niet toeneemt. Dit neemt evenwel niet weg dat een concrete beoordeling van de aanvaardbaarheid van vestiging van een bepaalde detailhandels-, dienstverlenings- of horecavoorziening op een specifieke locatie, waartoe het one-in-one-out-systeem de mogelijkheid biedt, niet mag ontbreken,

---

61 ABRvS 24 november 2010, LJN BO4872. In dit bestemmingsplan was bepaald dat ter plaatse van gronden met een bepaalde aanduiding het aantal detailhandelsvestigingen, bedrijven, horecabedrijven en bedrijven voor (zakelijke) dienstverlening binnen de gezamenlijke bestemmingsvlakken niet meer mag bedragen dan het aantal zoals bestaand op het tijdstip van het van kracht worden van het plan. B&W was bevoegd om ten behoeve van de realisering van een groter aantal detailhandelsvestigingen ontheffing te verlenen, mits aan een aantal voorwaarden was voldaan. De voorwaarden zijn dat uit onderzoek moet blijken dat door het toevoegen van het aantal vestigingen en daarmee het verkoopvloeroppervlak geen onevenredige verstoring plaatsvindt van de voorzieningenstructuur en door het gebruik geen onevenredige aantasting plaatsvindt van het straat- en bebouwingsbeeld, het woon- en leefklimaat in de omgeving, de verkeersveiligheid en de parkeerbalans en de gebruiksmogelijkheden van de aangrenzende gronden. Naast de planregels bevatte het bestemmingsplan een 'functiekaart' waarop per perceel het bestaande gebruik is aangegeven. Daarmee was volgens de raad het aantal vestigingen per gebruiksfunctie vastgelegd.

ook al staat daar de opheffing van een soortgelijke vestiging in het betrokken gebied tegenover.<sup>62</sup>

Deze uitspraak heeft betrekking op een bestemmingsplan dat beperkingen stelde aan de exploitatie van detailhandel en horeca. In het verlengde daarvan geef ik in het vervolg van dit artikel regelmatig voorbeelden die ook betrekking hebben op detailhandel en horeca. De relevantie van dit artikel is echter niet beperkt tot deze bestemmingen. De redenen om een plafond in te stellen kunnen divers zijn.<sup>63</sup>

Door middel van het maximeren van het aantal vestigingen wordt de vestiging van nieuwe vestigingen in beginsel onmogelijk gemaakt. Vanuit het oogpunt van een transparante verdeling van deze schaarse (vestigings- of gebruiks)rechten is hier een aantal vragen over te stellen.

Stel dat bijvoorbeeld een horecavestiging definitief zou sluiten, bijvoorbeeld omdat een horecaondernemer failliet gaat en er niemand is die op die locatie een nieuwe horecagelegenheid wil openen, maar wel een detailhandelsvestiging. Dit betekent dat één horecavestiging sluit en er dus een recht ontstaat

---

62 De Afdeling oordeelde dat in dit concrete geval het systeem in strijd met het rechtszekerheid was. Er had geen planologische afweging op perceelsniveau plaatsgevonden en deze zou in het kader van de toepassing van het systeem ook niet alsnog plaatsvinden. Daarnaast was het in beginsel mogelijk om een bestaand klein bedrijf te vervangen door een groter bedrijf. Ten slotte was de hiervoor genoemde functiekaart onvoldoende gedetailleerd, omdat het onvoldoende inzicht bood in het aantal vestigingen dat als uitgangspunt moest worden genomen. Er had geen inventarisatie van het op dat moment bestaande aantal detailhandels-, dienstverlenings- en horecavestigingen plaatsgevonden. De Afdeling vond onvoldoende inzichtelijk hoe de uitvoering van het plan op dit punt in de praktijk zou moeten plaatsvinden en in het bijzonder hoe de toetsing van aanvragen om bouwvergunning aan en om handhaving van het plan zou geschieden.

63 Een voorbeeld van een geheel andere vorm van schaarse rechten is bijv. windenergie. Zo hebben Provinciale Staten van Noord-Holland in september 2012 een ontwerp ter inzage gelegd om de provinciale verordening te wijzigen. De wijziging houdt in dat geen enkel bestemmingsplan het bouwen van windturbines mogelijk mag maken, behalve in de polder Wieringermeer. De reden van dit beleid is dat het maatschappelijk draagvlak voor windenergie op land als gevolg van de voortgaande schaalvergroting en gestage groei van het aantal windturbines en de hiermee samenhangende toegenomen ruimtelijke impact onder druk is komen te staan. Door deze regulering ontstaat schaarste en daarmee een verdelingsvraagstuk. Uit de toelichting blijkt dat voor de bouw van windenergie in de Wieringermeerpolder al een intentieovereenkomst is gesloten met een ontwikkelaar. Stel nu dat de provincie had gekozen voor een ander verdeelsysteem, bijv. door te bepalen dat er in de provincie nog slechts ruimte is voor vijf windparken van een beperkte omvang, maar zonder al de locatie van die vijf windparken op de kaart vast te leggen. Het is dan verboden in een bestemmingsplan een windpark mogelijk te maken zonder ontheffing van gedeputeerde staten en er zijn slechts vijf te verlenen ontheffingen. In dat geval zou de provincie een procedure kunnen vaststellen waarin wordt bepaald hoe die vijf ontheffingen verleend zullen gaan worden, bijv. op volgorde van indiening van de ontheffingsaanvragen of gemeenten en/of ontwikkelaars kunnen een projectplan indienen waarna 'de beste' vijf projecten worden uitgekozen. In dat laatste geval zou nog wel vastgelegd moeten worden wat het 'beste' project is: is dat het project dat de meeste duurzame energie oplevert of de minste ruimtelijke impact heeft of een combinatie van beide?

om elders één horecavestiging te openen. Rust er op B&W dan de verplichting om bekend te maken dat er een exploitatierecht te verkrijgen is? Naar mijn mening is dit het geval. Ten eerste kan worden betoogd dat op grond van het Unierecht een beperking van het vrij verkeer van vestiging en dienstverlening slechts gerechtvaardigd is indien dit noodzakelijk en proportioneel is en dat het toewijzen van rechten zonder transparante verdelingsprocedure hiermee in strijd is.<sup>64</sup> Ten tweede kunnen ook parallellen gemaakt worden met de Hommerson's-zaak over de vestiging van speelautomatenhallen in de gemeente Den Haag.<sup>65</sup> Het CbB oordeelt dat de burgemeester bij de verlening van een schaarse exploitatievergunning in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel heeft gehandeld:

'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.

Verweerder heeft, door (...) de vergunning (...) te verlenen onder gelijktijdige intrekking van de vergunning (...) in Scheveningen, een situatie in het leven geroepen waarin derden niet van te voren op de hoogte konden 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.'

Ook bij een one-in-one-out-systeem in een omgevingsverordening zou deze zorgvuldigheidsnorm mijns inziens in acht moeten worden genomen. In het kader van transparant en zorgvuldig bestuur zou het wenselijk zijn dat in een omgevingsverordening dan wel bij nadere regeling van B&W wordt vastgelegd dat als er ruimte voor een nieuwe vestiging ontstaat B&W een bekendmaking in het huis-aan-huisblad zal plaatsen (dan wel een andere 'passende bekendmaking'). In deze bekendmaking zou moeten staan dat eenieder voor een bepaalde datum een aanvraag kan indienen voor een horecavestiging. Daarnaast moet in de omgevingsverordening of de nadere regeling worden bepaald

---

64 Vgl. het eerdergenoemde *Betfair*-arrest.

65 CbB 3 juni 2009, *AB* 2009/373 en *AB* 2009/374, beide m.nt. C.J. Wolswinkel. Deze procedure betrof de verlening van een exploitatievergunning door de burgemeester van Den Haag. In de Kansspelverordening van de gemeente was bepaald dat in de gemeente slechts acht speelautomatenhallen mochten worden gevestigd, verdeeld over drie gebieden binnen de gemeente. Het maximale aantal exploitatievergunningen was verleend. Hommerson's (die al meerdere vestigingen binnen de gemeente heeft) dient een vergunningaanvraag voor een nieuwe vestiging in het centrum van Den Haag in en geeft daarin aan haar vergunning voor een hal in Scheveningen op te willen geven. De burgemeester heeft vervolgens gelijktijdig de ene vergunning verleend en de ander ingetrokken. Een concurrent van Hommerson's komt tegen de vergunningverlening op en betoogt dat hij had moeten kunnen meedingen naar die vergunning.

welk verdeelsysteem en toetsingscriteria zullen worden gehanteerd als meerdere aanvragen worden ingediend, bijvoorbeeld aan de aanvrager die naar verwachting voor de minste overlast in de omgeving zal zorgen of eenvoudiger: aan de eerste aanvrager die een (volledige) aanvraag heeft ingediend. Door een dergelijke procedure vast te stellen wordt de mogelijkheid om een nieuwe horecavestiging te openen daadwerkelijk voor de mededinging geopend.<sup>66</sup> Een gemeente zou in zijn omgevingsverordening kunnen bepalen dat van een bepaalde functie slechts een beperkt aantal wenselijk is. In paragraaf 10.4.5 wordt ingegaan op de mogelijkheid om deze beperking vorm te geven als onderdeel van de omgevingsvergunning.

#### 10.4.5 De exploitatievergunning in de omgevingsverordening

Hiervoor is ingegaan op de mogelijkheid een verdelingsregeling op te nemen in een bestemmingsplan. Zoals gesteld zal het bestemmingsplan naar verwachting niet terugkeren in de Omgevingswet, maar plaatsmaken voor de omgevingsverordening. Het is mij niet bekend hoe deze regeling vormgegeven zal worden. Als een gemeentebestuur ervoor zou kiezen om schaarste te creëren in de omgevingsverordening dan zou het mijns inziens goed passen binnen het stelsel voor de nieuwe Omgevingswet om een exploitatierecht als onderdeel van de omgevingsvergunning te creëren. Naast het afschaffen van het bestemmingsplan is het immers de bedoeling van de regering om in de Omgevingswet te komen tot een verdere integratie van diverse vergunningstelsels in de

---

66 Op dit moment zijn mij weinig gemeenten bekend die een one-in-one-out-systeem of een ander 'plafond' in een bestemmingsplan hebben opgenomen. Dit lijkt mij ook terecht. Vanuit (Europees) mededingingsrechtelijk perspectief moet het vrij verkeer van vestiging zo weinig mogelijk beperkt worden. In het kader van een goede ruimtelijke ordening zijn regels uiteraard nodig, maar een maximaal aantal vestigingen voor bepaalde activiteiten zal mijns inziens zelden noodzakelijk zijn om dit doel te bereiken. Terughoudendheid is dus mijns inziens geboden. Een dergelijk stelsel zou geschikt kunnen zijn bij activiteiten die de gemeenteraad (zeker in grotere aantallen) onwenselijk acht en daarom wil reguleren. De gemeente Amsterdam heeft om deze reden bijv. een uitsterfregeling in een aantal bestemmingsplannen in het centrum opgenomen. Het gaat dan bijv. om smartshops, geldwisselkantoren, massagesalons, souvenirwinkels, seedshops, headshops, growshops, minisupermarkten, sexclubs, -winkels en -bioscopen, raamprostitutie, automatenhallen, belwinkels enz. Dit zijn functies die, volgens de toelichting bij het bestemmingsplan, vooral 'door hun overdadige aanwezigheid de functiebalans negatief beïnvloeden en het woon- en leefklimaat te zeer belasten'. De uitsterfregeling bestaat hieruit, dat als de ongewenste functie in het pand wordt beëindigd en vervangen door een toegelaten functie, de uitstervende functie niet meer mag terugkomen in het pand. Het uitsterfbeleid is dus locatiegericht en werkt per pand. Dit is dus anders dan het one-in-one-out-systeem waarbij gekeken wordt naar een groter deel van het plangebied. De dwingende reden van algemeen belang kan dan zijn gelegen in de bescherming van de ruimtelijke ordening en het milieu of de bescherming van de consument. Zoals gesteld mag een beperking van het vrij verkeer, ook als sprake is van een dwingende reden van algemeen belang, niet verdergaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Het transparantiebeginsel kan in die sleutel worden geplaatst.

omgevingsvergunning.<sup>67</sup> Bij (gemeentelijke) omgevingsverordening kan bepaald worden dat het verboden is een bepaalde activiteit te verrichten zonder een omgevingsvergunning voor het exploiteren (hierna afgekort tot 'de exploitatievergunning'). Deze toestemming staat dus los van de regulering van het gebruik door middel van (thans het bestemmingsplan en in de toekomst) de omgevingsverordening.<sup>68</sup> Daarnaast zou in de omgevingsverordening het aantal te verlenen exploitatievergunningen beperkt moeten worden. In de omgevingsverordening kan vervolgens worden uitgewerkt hoe het aantal vergunningen kan worden verdeeld. Om te voorkomen dat iedere gemeente een andere regeling treft, verdient het aanbeveling om de minimumeisen voor een dergelijke regeling in een omgevingsverordening op te nemen in een op de Omgevingswet gebaseerde AMvB. Voor de vormgeving van een dergelijk onderdeel van de omgevingsverordening kan worden gekeken naar de gemeentelijke winkeltijdenverordeningen.<sup>69</sup> Een ander vergunningstelsel dat het gebruik van ruimte reguleert zal (naar verwachting) op 1 juli 2013 geïntroduceerd worden met de inwerkingtreding van het Wijzigingsbesluit bodemenergiesystemen. Deze twee stelsels zal ik hieronder kort toelichten.

A) *Voorbeeld 1: Bodemenergiesystemen*<sup>70</sup>

Het Besluit bodemenergiesystemen<sup>71</sup> bevat een meld- en vergunningplicht voor gesloten bodemenergiesystemen.<sup>72</sup> De aanleg van een nieuw bodemenergiesysteem kan door interferentie nadelige gevolgen hebben voor bestaande

---

67 Zie de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht d.d. 9 maart 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3).

68 Dit schaarse exploitatierecht zou dan een derde recht zijn naast het bestaande eigendomsrecht en het gebruiksrecht dat voortvloeit uit het (thans nog) bestemmingsplan.

69 Naast de jurisprudentie van het CBB over de Winkeltijdenwet, is ook de jurisprudentie van het CBB over exploitatievergunningen voor het exploiteren van speelautomatenhallen die door de burgemeester worden verleend (zoals de hiervoor beschreven Hommerson's-zaak CBB 3 juni 2009, AB 2009/373 en AB 2009/374, beide m.nt. C.J. Wolswinkel) relevant.

70 In dit artikel laat ik de Mijnbouwwet buiten beschouwing. In het kader van de transparantieverplichting wijs ik echter graag op artikel 15 Mijnbouwwet. Dit artikel bepaalt dat zodra een aanvraag om een vergunning is ingediend, anderen in de gelegenheid worden gesteld om aanvragen om een soortgelijke vergunning in te dienen voor dezelfde delfstof voor hetzelfde gebied. Hiertoe wordt een uitnodiging in de Staatscourant gepubliceerd.

71 Het ontwerp voor deze AMvB is gepubliceerd in Stcrt. 2011, 4830. De volledige naam van het ontwerpbesluit is: 'Besluit van ... tot wijziging van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, het Besluit bodemkwaliteit, het Besluit lozen buiten inrichtingen, het Besluit omgevingsrecht en het Waterbesluit met betrekking tot het installeren en in werking hebben van bodemenergiesystemen'. De wettelijke basis voor het besluit is gelegen in de Wm, de Wet bodembescherming (Wbb), de Wabo en de Waterwet.

72 In het ontwerpbesluit (Stcrt. 2011, 4830) wordt 'gesloten bodemenergiesysteem' omschreven als een 'installatie waarmee gebruik wordt gemaakt van de bodem voor de levering van warmte of koude ten behoeve van de verwarming of koeling van ruimten in bouwwerken, door middel van een gesloten circuit van leidingen, met inbegrip van het bovengrondse deel van de installatie'.

en andere toekomstige systemen.<sup>73</sup> Het Besluit bodemenergiesystemen maakt het mogelijk om bij gemeentelijke verordening een interferentiegebied aan te wijzen als 'ter voorkoming van interferentie tussen bodemenergiesystemen of anderszins ter bevordering van het doelmatig gebruik van bodemenergie' voorafgaande toestemming van B&W gewenst is. Voor het in werking hebben van een gesloten bodemenergiesysteem in een interferentiegebied is een omgevingsvergunning (beperkte milieutoets) vereist.<sup>74</sup> Deze omgevingsvergunning wordt geweigerd als het bodemenergiesysteem zodanige interferentie kan veroorzaken met een ander bodemenergiesysteem dat het doelmatig functioneren van de desbetreffende systemen kan worden geschaad dan wel anderszins sprake is van een ondoelmatig gebruik van bodemenergie.<sup>75</sup> In de toelichting bij het ontwerpbesluit wordt gesteld dat het wenselijk is om naast de verordening ook beleidsregels op te stellen, omdat het te voeren beleid voor eenieder kenbaar moet zijn en ook consequent moet worden toegepast. Als geen beleidsregels worden opgesteld zal het beginsel 'wie het eerst komt, het eerst pompt' gelden. In beleidsregels kan een ander verdeelsysteem worden gekozen.<sup>76</sup> Als voorbeeld wordt gegeven dat het beleid kan inhouden dat bepaalde bodemenergiesystemen voorrang krijgen en dat voor andere systemen geen vergunning wordt verleend, bijvoorbeeld voor kleine individueel beheerde systemen, indien het voornemen bestaat in het gebied een groot collectief beheerd systeem te installeren. Het Besluit bodemenergiesystemen bevat geen eisen waaraan een verordening en de daarop gebaseerde beleidsregels moeten voldoen.<sup>77</sup> Vanuit een oogpunt van transparantie zijn hier wel wat richtsnoeren voor te geven. Deze zullen verderop in deze paragraaf worden gegeven.

---

73 Wanneer de thermische invloedsgebieden van verschillende bodemenergiesystemen overlappen, kunnen namelijk energierendementen teruglopen. Daarom is het niet alleen wenselijk om in kaart te brengen waar de systemen worden aangelegd (door middel van een meldplicht), maar ook om waar nodig de aanleg te kunnen sturen (door middel van een vergunningplicht). Zonder deze sturing zou bijv. de aanwezigheid van een klein gesloten systeem dat het eerst is geïnstalleerd, het gebied op slot kunnen zetten en de installatie van een groot systeem kunnen verhinderen. Dit zou leiden tot inefficiënt gebruik van de schaarse ondergrond. In gebieden waar veel bodemenergiesystemen worden verwacht is sturing vereist.

74 Artikel 1.9a en 3.29 Besluit lozen buiten inrichtingen en artikel 3.16g Activiteitenbesluit. Voor de eenvoud laat ik de regeling voor de open bodemenergiesystemen hier buiten beschouwing.

75 Artikel 5.13c Bor.

76 In het kader van de transparantie verdient het mijns inziens de voorkeur om niet in de beleidsregel maar in de verordening te bepalen welk verdeelmechanisme wordt gekozen.

77 Wel is een Handreiking Masterplannen bodemenergie opgesteld. Dit document is tot stand gekomen door ARCADIS, TTE, Witteveen+Bos, Ministerie van IenM, Tauw, IF Technology en SKB.

B) *Voorbeeld 2: de winkeltijdenverordening*

Op grond van de Winkeltijdenwet (WTW) is het verboden op zondagen een winkel geopend te hebben voor het publiek. De gemeenteraad kan bij verordening aan B&W de bevoegdheid geven om ontheffing te verlenen van dit verbod.<sup>78</sup> Veel gemeentelijke verordeningen bepalen dat slechts een beperkt aantal supermarkten op zondag open mag zijn en dat B&W de ontheffing(en) verleent door middel van loting, een kwalitatieve toets of op volgorde van binnenkomst. De afgelopen jaren heeft het CBB regelmatig de rechtmatigheid van deze ontheffingen (en onderliggende verdeelprocedures) getoetst. Deze ervaringen kunnen ook worden gebruikt voor schaarse omgevingsvergunningen.<sup>79</sup>

Ter illustratie wijs ik op de uitspraak van het CBB van 24 augustus 2012.<sup>80</sup> In deze procedure had B&W aan Albert Heijn voor onbepaalde tijd ontheffing verleend om de winkel vanaf 1 december 2010 op zondagen van 16.00 uur tot 20.00 uur voor het publiek geopend te hebben. De ontheffing was verleend nadat tussen drie belangstellenden was geloot. Het CBB begint met haar standaardoverweging dat

‘volgens vaste jurisprudentie aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing zoals hier in het geding onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld.’

In deze procedure was hieraan niet voldaan. Ten eerste heeft B&W slechts een aantal supermarkten in de gelegenheid gesteld hun belangstelling kenbaar te maken. Zij hebben evenwel niet alle winkels in de betrokken kernen aangeschreven. Het CBB acht dit onzorgvuldig. Vanuit een oogpunt van transparantie zou ik daaraan willen toevoegen dat er geen passende bekendmaking heeft plaatsgevonden.

Ten tweede heeft B&W de ontheffing verleend voor onbepaalde tijd. Het CBB oordeelt terecht dat zij hiermee het belang van de andere gegadigden om in de toekomst te kunnen meedingen naar de ontheffing hebben miskend, omdat ontheffingverlening voor onbepaalde tijd uitsluit dat andere gegadigden in de toekomst alsnog een ontheffing kunnen krijgen. De tijdelijkheid van vergunningen bij het verstrekken van exploitatierechten is een belangrijk aandachtspunt. Zou het introduceren van een tijdelijk exploitatierecht beschouwd kunnen worden als een beperking van het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP? Hierop zal hierna nog nader worden ingegaan.

---

78 Artikel 2 en 3 WTW.

79 Op de website van de VNG is een Handreiking zondagavondsupsers en een document met ‘tips & trics’ te vinden.

80 CBB 24 augustus 2012, LJN BX6540 (Castricum).

Ten slotte stelt het CBb dat uit de stukken en het verhandelde ter zitting naar voren komt dat de betrokken ondernemingen wel wisten dat zij deelnamen aan de loting voor een ontheffing voor zondagsopenstelling, maar dat de precieze inhoud van die ontheffing hun pas werd meegedeeld op het moment dat de loting een aanvang nam. Op dat moment was het niet goed meer mogelijk tegen die inhoud nog bezwaren in te brengen. Volgens vaste jurisprudentie impliceert het transparantiebeginsel dat alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure voor aanvang van de procedure moeten worden vastgesteld of bekendgemaakt en op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze moeten worden geformuleerd. Alle geïnteresseerde partijen moeten dus voorafgaand aan de procedure een duidelijk inzicht hebben in de voorwaarden waaronder de selectieprocedure plaatsheeft, zoals de selectiecriteria.<sup>81</sup> In dit geval was daar geen sprake van. Aan deze voorwaarde kan worden voldaan door bijvoorbeeld voorafgaand aan de procedure al een ontwerp- of modelbeschikking bekend te maken.

Deze richtsnoeren die volgen uit de jurisprudentie van het CBb zullen ook bij een verdeelprocedure in een omgevingsverordening in acht moeten worden genomen.

C) *Introductie van een exploitatievergunning in de omgevingsverordening*

In artikel 2.2 Wabo zijn een aantal gemeentelijke en provinciale vergunningstelsels opgenomen die verplicht of facultatief integreren met de omgevingsvergunning. Indien een gemeente van mening is dat het absolute aantal vestigingen van bijvoorbeeld een bepaalde (detailhandel- of horeca)branche of de emissie binnen een bepaald gebied zou moeten worden gemaximeerd, dan kan overwogen worden hiervoor bij (gemeentelijke) (omgevings)verordening een vergunningstelsel te introduceren. Hoewel de redenen voor een dergelijke maximering niet (uitsluitend) ruimtelijk gemotiveerd hoeven te zijn, verdient het mijns inziens gelet op samenhang met de omgevingsrechtelijke aspecten de voorkeur om deze toestemming onder de Wabo (of in de toekomst de Omgevingswet) te laten vallen.<sup>82</sup> Zowel het hiervoor genoemde one-in-out-out-systeem als vergunningverlening in het kader van milieuzonering zouden hieronder kunnen vallen.

Indien wordt gekozen voor het creëren van een plafond, zal vanuit een oogpunt van transparantie, nagedacht moeten worden over de verdeling van

---

81 Bijv. het eerdergenoemde arrest van de HR 4 november 2005, BR 2006/36, m.nt. H. Nijholt en NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

82 Dit is echter niet noodzakelijk. Een separate exploitatieverordening is ook mogelijk. Voorbeelden zijn de bestaande winkeltijdenverordeningen die zijn gebaseerd op de Winkeltijdenwet of de Speelautomatenverordening die is gebaseerd op de Wet op de kansspelen. Ook de verdeling van marktplaatsen vindt nu al plaats bij gemeentelijke verordening.

de rechten binnen dat plafond. Dit betekent dat in de (omgevings)verordening ten minste het volgende moet worden bepaald:

- het aantal beschikbare vergunningen (het plafond);
- de wijze van verdeling (de eerdergenoemde verdeling op volgorde van binnenkomst, loting, veiling of een vergelijkende toets);
- de voorschriften die aan de vergunning worden verbonden en/of (voorafgaand aan de verlening) een ontwerp-beschikking bekend te maken;
- de vergunningscriteria (waaraan de aanvragen getoetst worden). Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de criteria kunnen begrijpen en op dezelfde manier kunnen interpreteren;
- wanneer en op welke wijze aanvragen kunnen worden ingediend. Indien niet gekozen wordt voor een kwalitatieve toets, maar voor verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, kan ook gewerkt worden met een wachtlijst.<sup>83</sup> De mogelijkheid om aanvragen in te kunnen dienen zal op passende wijze bekendgemaakt moeten worden;
- de geldigheidsduur van de vergunning.

Het ligt het meest in de rede om de exploitatievergunningplicht te baseren op een gemeentelijke (omgevings)verordening. Zoals gesteld zal terughoudend met het creëren van plafonds moeten worden omgegaan, omdat voor het beperken van de mededinging een dwingende reden van algemeen belang nodig is. Op decentraal niveau kan per geval bepaald worden of een dergelijk stelsel nodig is. In het kader van de harmonisatie van de diverse gemeentelijke verordeningen verdient het wel de voorkeur om in de Omgevingswet voor deze exploitatievergunning een wettelijke basis te creëren, aangevuld met de minimumeisen waaraan een transparant verdeelsysteem moet voldoen.<sup>84</sup>

*D) Belemmeringen voor de introductie van een schaars exploitatievergunningstelsel*

Het voordeel van het introduceren van een transparante verdeelprocedure in het omgevingsrecht is dat alle geïnteresseerde marktpartijen gelijkelijk in aanmerking komen voor het verrichten van een bepaalde activiteit. Het risico van willekeur en favoritisme bij het bestuursorgaan wordt verkleind en de concurrentiemogelijkheden worden vergroot. Desalniettemin zijn er ook een aantal nadelen verbonden aan het introduceren van een dergelijk vergunningstelsel. Hieronder zal ik er een aantal kort noemen.

Ten eerste de rol van het eigendomsrecht (artikel 1 EP). Indien de exploitatievergunning wordt geïntroduceerd voor nieuwe ontwikkelingen dan zal niet snel sprake zijn van eigendomsontneming. Als er echter voor wordt gekozen om 'bestaande rechten' aan te tasten (door een nieuw vergunningstelsel in

---

<sup>83</sup> Vgl. de parkeervergunning.

<sup>84</sup> Vgl. artikel 2.2 lid 1 Wabo voor de wettelijke basis.

te voeren dat (feitelijk) tot gevolg heeft dat bestaande vestigingen (ondanks dat ze positief bestemd zijn in het bestemmingsplan) hun activiteiten niet meer kunnen exploiteren) dan zou dit tot gevolg kunnen hebben dat deze ondernemers in aanmerking willen komen voor nadeelcompensatie.<sup>85</sup> Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om uitgebreid in te gaan op de problematiek van de bestaande rechten.<sup>86</sup> Stel dat gekozen wordt om het aantal horeca-ondernemingen in het centrum van een gemeente te maximaliseren dan zou de makkelijkste manier om een exploitatievergunningstelsel te introduceren zijn om aan alle bestaande horecaexploitanten (alsmede alle vergevorderde voornemens voor nieuwe vestigingen) deze vergunning te verlenen.<sup>87</sup> De vergunningplicht gaat in dat geval pas gelden voor nieuwe horeca-initiatieven. Indien het aantal huidige horecaexploitanten meer is dan het aantal gewenste exploitanten (en dus het plafond wordt overschreden) dan kunnen geen nieuwe vergunningen worden verleend totdat het vergunningenplafond niet meer wordt overschreden.

Naast het absolute karakter van het eigendomsrecht zijn ook de feitelijk bestaande grondposities van belang. Het is niet uitzonderlijk dat één marktpartij meerdere vestigingen of grondposities heeft, bijvoorbeeld in de horeca. Indien het aantal exploitatievergunningen beperkt wordt, is het wenselijk om te voorkomen dat meerdere of zelfs alle vergunningen uiteindelijk in handen komen van één marktpartij. In de omgevingsverordening zou daarvoor een regeling kunnen worden opgenomen.

Hiermee komen we direct op een derde aandachtspunt, namelijk de positie van 'nieuwkomers'. Als (mede in het licht van artikel 1 EP) aan alle huidige exploitanten een vergunning wordt verleend en daarmee het plafond is bereikt (of zelfs overschreden) dan kunnen nieuwkomers de (horeca)markt niet meer betreden. Daarom zal nagedacht moeten worden of de exploitatievergunning persoons- of objectgebonden zou moeten zijn. Ook is de vraag of de exploitatievergunning tijdelijk of voor onbepaalde tijd zou moeten zijn.

De competitie mogelijkheden worden vergroot door de vergunning persoonsgebonden te maken, omdat als een ondernemer stopt in dat geval niet alleen een nieuwe ondernemer op dezelfde locatie in aanmerking komt, maar ook eventuele andere ondernemers.

---

85 Zie voor een overzicht van de verschillen tussen nadeelcompensatie en het eigendomsrecht van artikel 1 EP: M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel*, Deventer: Kluwer 2010, p. 609-708 (hfdst. 10).

86 Volgens Tjepkema mogen burgers er enerzijds in beginsel niet op rekenen dat de regels die op een bepaald moment gelden, nooit zullen veranderen: een vergunning heeft geen eeuwigheidswaarde. Anderzijds gaat het risico van intrekking van een vergunning niet zo ver dat een vergunninghouder op elk willekeurig moment met de intrekking kan worden geconfronteerd (M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel*, Deventer: Kluwer 2010, p. 460).

87 Dit overgangsrecht zou eventueel verder beperkt kunnen worden door alleen persoonsgebonden vergunningen te verlenen.

Voor de duur van de vergunning geldt dat een vergunning voor onbepaalde tijd minder competitie mogelijk maakt dan een tijdelijke vergunning. Ook Backes e.a. wijzen op de nieuwkomersproblematiek bij de verdeling van (milieu)vervuilingsrechten. Zij wijzen erop dat (her)verdeling via de regel 'wie het eerst komt, het eerst maalt' in combinatie met vergunningverlening voor onbepaalde tijd nieuwkomers benadeelt ten opzichte van degenen met bestaande rechten en niet billijk, effectief en proportioneel is. In plaats van 'eeuwigdurende' vervuilingrechten pleiten zij voor een verdeling op grond van het (zich nog verder te ontwikkelen) beginsel van een proportionele lastenverdeling.<sup>88</sup>

Indien wordt gekozen voor een tijdelijke vergunning dan zal de duur van de vergunning dusdanig moeten zijn dat daarmee naar verwachting de vergunninghouder zijn investeringskosten kan terugverdienen en een redelijke winstmarge kan behalen.<sup>89</sup> Voorkomen moet immers worden dat een te korte vergunningsduur de investeringsbereidheid van ondernemers wegneemt.

Een laatste nadeel dat ik hier zal noemen is de 'rompslomp' die aanbestedingsprocedures voor zowel de gemeente als de marktpartijen met zich brengt. Hiervoor is van belang dat een 'transparante verdeelprocedure' niet hetzelfde is als een aanbestedingsprocedure in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Ik zou er geen voorstander van zijn om een volledige aanbesteding volgens de regels van de aanbestedingsrichtlijnen plaats te laten vinden via de Omgevingswet. Wel kan een 'aanbesteding light' in de vorm van de hiervoor beschreven transparante verdeelprocedure toegevoegde waarde hebben. Het is transparanter, zorgvuldiger en minder willekeurig als het bestuursorgaan vóórdat de aanvragen zijn ingediend nadenkt over wat een 'goede' aanvraag is in plaats van nadat de aanvragen zijn ingediend. Dit kost wellicht meer voorbereidend werk, maar is in het kader van behoorlijk bestuur mijns inziens niet te veel gevraagd. Daarnaast is van belang dat het transparantiebeginsel niet de inhoud van de toetsingscriteria en indieningsvereisten van de aanvraag bepaalt. Bij de concrete uitwerking van de procedure zullen dan ook altijd de (administratieve) lasten in de gaten gehouden moeten worden.

---

88 Ch. Backes, A. Keessen & M. van Rijswijk, *Effectgerichte normen in het omgevingsrecht. De betekenis van kwaliteitseisen, instandhoudingsdoelstellingen en emissieplafonds voor de bescherming van milieu, water en natuur*, Den Haag: Bju 2012, p. 13 (aanbeveling 13), p. 35-39.

89 Vgl. het Engelmänn-arrest (HvJ EU 9 september 2010, nr. C-64/08, NJ 2010/661). In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat in dat geval de verlening van concessies voor een duur tot vijftien jaar gerechtvaardigd leek, met name gelet op het feit dat de concessiehouder voldoende tijd nodig heeft om de noodzakelijke investeringen (voor in casu de oprichting van een casino) af te schrijven.

## 10.5 AFRONDING

In het omgevingsrecht is een tendens waarneembaar dat plafonds worden ingesteld, zowel binnen bestemmingsplannen (one-in-one-out of zonerings) als diverse vergunningstelsels. Al deze plafonds willen (de wijze van) het gebruik/ de exploitatie reguleren. Ook in het regeerakkoord van 29 oktober 2012 is opgenomen dat in 2013 gekomen zal worden met een wetsvoorstel Omgevingswet.<sup>90</sup> Anticiperend op deze Omgevingswet heb ik in dit artikel aandacht gevraagd voor het belang van een transparante verdeling van de rechten die ontstaan als een plafond wordt ingesteld. Dit geldt ten eerste voor de regeling in de Omgevingswet voor een programmatische aanpak. Daarnaast stel ik voor om een exploitatievergunning als onderdeel van de omgevingsvergunning te introduceren. Bij wettelijk voorschrift (de Omgevingswet in samenhang met een omgevingsverordening) zou een verdeelsysteem kunnen worden geïntroduceerd. Dit verdeelsysteem moet transparant zijn, hetgeen met name betekent dat als er exploitatieruimte beschikbaar komt dit algemeen bekend moet worden gemaakt en duidelijk moet zijn wie er onder welke voorwaarden voor de vergunning in aanmerking komen.

---

90 Kamerstukken II 2012/13, 33 410, nr. 15, p. 34.

## 11 | Hoe kunnen transparantieverplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?<sup>1</sup>

### 11.1 INLEIDING

De laatste jaren wordt in de literatuur aandacht besteed aan het 'transparantiebeginsel', in het bijzonder bij de verdeling van schaarse besluiten. In dit artikel wordt ingegaan op de vraag of een dergelijke transparantieverplichting een bindende rechtsnorm zou moeten worden en, zo ja, hoe deze transparantieverplichting het beste zou kunnen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht.

Deze transparantieverplichting vindt haar oorsprong in het Unierecht. Door het introduceren van deze verplichting in het Nederlandse bestuursrecht zou de werkingssfeer van de verplichting worden verruimd van Unierechtelijke geschillen naar ook zuiver interne situaties. Daarnaast blijkt uit jurisprudentieonderzoek dat introductie van de transparantieverplichting ook tot materiële veranderingen zou leiden.<sup>2</sup> Beide aspecten worden hierna toegelicht.

Ter illustratie een concreet en recent voorbeeld van een procedure waarbij schaarse besluiten worden verdeeld en de transparantieverplichting een rol zou kunnen spelen. In december 2013 heeft het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam (het college) besloten om een 'uitgifteronde' voor exploitatievergunningen voor passagiersvervoer (rondvaartboten en waterfietsen) te organiseren.<sup>3</sup> Het college heeft deze uitgifteronde onder meer bekendgemaakt door een advertentie in Het Parool te plaatsen. In deze advertentie stond tot wanneer aanvragen konden worden ingediend en waar informatie over de voorwaarden kon worden gevonden. Een interessante vraag is of er een verplichting bestaat om deze advertentie te plaatsen en, in het verlengde daarvan, of het ontbreken van een dergelijke publicatie voor de bestuursrechter reden is om de verleende vergunning te vernietigen. Artikel 8:77 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bepaalt dat als het beroep gegrond wordt verklaard, in de uitspraak moet worden vermeld 'welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden' is.

---

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *NTB* 2014/11. De inhoud ervan is afgerond op 3 maart 2014.

2 Zie uitgebreider: A. Drahmman, 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?', *JBplus* 2013, afl. 3, p. 141 e.v.

3 Informatie over deze uitgifteronde is te vinden op <https://www.waternet.nl>.

Zowel een schending van een (ongeschreven) rechtsregel als rechtsbeginsel<sup>4</sup> kan dus leiden tot gegrondverklaring van een beroep,<sup>5</sup> maar de vraag is hoe de transparantieverplichting moet worden gekwalificeerd. De publicatieverplichting is in ieder geval (nog) geen geschreven rechtsregel. De Awb bevat weliswaar bepalingen over de bekendmaking van (ontwerp)besluiten,<sup>6</sup> maar deze bepalingen verplichten niet tot deze publicatie. Een dergelijke aanvullende publicatieverplichting zou op een (ongeschreven) 'transparantiebeginsel' kunnen worden gebaseerd. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) blijkt namelijk dat op grond van het transparantiebeginsel alle potentiële aanbieders voor het schaarse besluit in aanmerking moeten kunnen komen. Hiervoor is een passende bekendmaking noodzakelijk. Als het wenselijk wordt geacht om deze publicatieplicht ook te introduceren voor situaties waarop het Unierecht niet van toepassing is, dan zou dat reden kunnen zijn om een 'transparantiebeginsel' in Nederland te erkennen. Een alternatief zou kunnen zijn om de transparantieverplichting te baseren op reeds bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel of rechtszekerheidsbeginsel. De transparantieverplichting zou dan een onderdeel zijn van reeds bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ten slotte zou voor dit soort gevallen een algemene bekendmakingsverplichting kunnen worden opgenomen in de Awb.

In dit artikel zal ik op deze drie mogelijkheden ingaan: (i) erkenning van het transparantiebeginsel als zelfstandig beginsel, (ii) de transparantieverplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur of (iii) codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb. Hierna zal eerst worden ingegaan op de afbakening van de begrippen 'transparantie' en 'schaarse besluiten' in dit artikel (paragraaf 11.2). Daarna wordt een korte omschrijving van de inhoud van de transparantieverplichting gegeven (paragraaf 11.3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de transparantieverplichting kan worden gezien als onderdeel (of subbeginsel) van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder van het gelijkheidsbeginsel (paragraaf 11.4) of dat de transparantieverplichting erkend zou kunnen worden als zelfstandig, nieuw 'transparantiebeginsel' (paragraaf 11.5). Daarna wordt in paragraaf 11.6 ingegaan op de mogelijkheid en wenselijkheid om (onderdelen van) de transparantieverplichting te codificeren. Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 11.7).

---

4 Zie voor het verschil tussen rechtsregels en -beginselen o.a. P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990, p. 250-251.

5 Tenzij deze schending kan worden gepasseerd op grond van het (verruimde) artikel 6:22 Awb, omdat de bestuursrechter van oordeel is dat aannemelijk is dat 'de belanghebbenden' daardoor niet zijn benadeeld.

6 De artikelen 3:41 en 3:42 Awb respectievelijk de artikelen 3:11 en 3:12 Awb.

In essentie kan het door mij gewenste eindresultaat, te weten dat transparantieplichtingen in acht moeten worden genomen door bestuursorganen bij de verdeling van schaarse besluiten, op alle drie genoemde manieren worden bereikt. Aan alle drie opties zijn voor- en nadelen verbonden. Welke aanpak de voorkeur verdient, zal deels worden beïnvloed door de visie die men heeft op de rol van beginselen en de rol van de Awb in het Nederlandse bestuursrecht in het algemeen: zouden meer ongeschreven rechtsbeginselen gecodificeerd moeten worden in de Awb of is de huidige codificatie 'light' afdoende?<sup>7</sup> Na afweging van alle voor- en nadelen, zal ik tot de conclusie komen dat de transparantieplichting het best door de Nederlandse bestuursrechter kan worden erkend als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel (of beginsel van gelijke kansen). Het identificeren van het gelijkheidsbeginsel als fundamenteel beginsel dat aan de verdeling van schaarse besluiten ten grondslag ligt, kan ervoor zorgen dat de bijzondere aard van schaarse besluiten beter wordt gearticuleerd. Uit dit beginsel vloeien vervolgens transparantieplichtingen voort die in acht moeten worden genomen om te garanderen dat alle potentiële aanvragers gelijke kansen krijgen bij de verdeling van schaarse besluiten.

## 11.2 AFBAKENING: TRANSPARANTIE EN SCHAARSE BESLUITEN

Het begrip 'transparantie' wordt in de literatuur in verschillende betekenissen gebruikt. Hierna zal daarom eerst worden ingegaan op de afbakening van dit begrip in dit artikel.

Afhankelijk van de context kan het 'transparantiebeginsel' een andere betekenis krijgen. Zo onderscheidt Buijze zes verschillende categorieën van transparantieplichtingen binnen het Unierecht.<sup>8</sup> Deze categorieën verschillen onderling zowel in doel, inhoud als normadressaat. Men zou zich dan ook kunnen afvragen of wel gesproken kan worden van één overkoepelend 'transparantiebeginsel' dat al deze categorieën omvat of dat er verschillende transparantieplichtingen bestaan.<sup>9</sup> In het Nederlandse bestuursrecht krijgt met name de categorie die (kort samengevat) betrekking heeft op het recht van

---

7 R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht: tevreden met een codificatie 'light'?', *JBplus* 2012, p. 87-100. Zie ook J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 787-807.

8 A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), 2013 (Buijze 2013a) en A.W.G.J. Buijze, 'The Six Faces of Transparency', *Utrecht Law Review* 2013, afl. 3 (Buijze 2013b). In dit artikel staat Buijzes 'type C'-transparantie over 'efficient decision making' centraal.

9 Prechal en De Leeuw hebben de transparantieplichting eerder omschreven als een 'umbrella notion' in: S. Prechal en M.E. de Leeuw, 'Transparency: A General Principle of EU Law' in: U. Bernitz, J. Nergelius en C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Deventer: Kluwer 2008, p. 201-242.

burgers tot de toegang van documenten veel aandacht.<sup>10</sup> In dit artikel neem ik een andere categorie als uitgangspunt, namelijk de transparantieplichting die ten doel heeft de 'homo economicus' betere beslissingen te laten nemen en bestuursorganen te kunnen controleren. Deze transparantieplichting heeft in het Unierecht als doel het functioneren van de interne markt te verbeteren en de homo economicus te beschermen tegen marktverstoring optreden door bestuursorganen. Ik heb twee redenen om deze categorie centraal te stellen. De eerste is dat over deze betekenis van de transparantieplichting veel jurisprudentie van het Hof van Justitie beschikbaar is en dat de inhoud van deze verplichting in het Unierecht daardoor al enigszins is uitgekristalliseerd. In het Unierecht komt de transparantieplichting met name aan de orde in het aanbestedingsrecht, maar ook bij andere beperkingen van het recht op vrij verkeer, zoals de regulering van kansspelen waar het aantal exploitanten vaak wordt beperkt door een monopolie- of concessiestelsel.<sup>11</sup> De tweede reden is dat de transparantieplichting blijkens jurisprudentie toegevoegde waarde heeft voor het Nederlandse bestuursrecht en wel bij de verdeling van zogenaamde 'schaarse besluiten'.<sup>12</sup>

Schaarse besluiten zijn alle soorten besluiten waarbij het aantal aanvragers groter is dan het aantal beschikbare toekenningsbesluiten, bijvoorbeeld bepaalde vergunningen, ontheffingen, concessies en subsidies.<sup>13</sup> Deze schaarste kan door bestuursorganen worden gecreëerd door het vaststellen van een 'plafond' dat aangeeft hoeveel toekenningsbesluiten maximaal kunnen worden genomen. Een aanvraag wordt geweigerd als door toekenning het plafond zou worden overschreden. In een dergelijke situatie van schaarste zullen dus zowel positieve (toekenning of verlening) als negatieve (weigering) besluiten worden genomen. Het begrip 'schaarse besluiten' ziet op beide besluiten, omdat beide het resultaat zijn van de gevolgde verdeelprocedure. Bekende verdeelprocedures zijn een loting, een veiling, een vergelijkende toets (tendersysteem) of verdeling op volgorde van binnenkomst.<sup>14</sup> Door de beperking van het aantal beschikbare toekenningsbesluiten ontstaat er een vorm van competitie tussen de verschillende aanvragers. De transparantieplichting beoogt in dergelijke situaties partijen onder meer te beschermen tegen favoritisme en willekeur.

---

10 Deze transparantieplichting is de grondslag voor de Wob en de Wbp, aldus ABRvS 30 januari 2013, *JB* 2013/61, ECLI:NL:RVS:2013:BY9910.

11 O.a. HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel (Betfair) en HvJ EU 24 januari 2013, C-186/11, *NJ* 2013/271, m.nt. M.R. Mok.

12 Drahmman 2013.

13 Zie over de begrippen 'vergunning' en 'concessie' ook: A. Drahmman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest', *NTB* 2012/25.

14 Zie over schaarse besluiten ook: C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten; Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

De bekendste schaarse besluiten zijn te vinden in het economisch bestuursrecht, zoals de frequentievergunning.<sup>15</sup> De relevantie van dit artikel is echter niet beperkt tot het economisch bestuursrecht. Allereerst is bij subsidieverlening sprake van schaarste zodra een subsidieplafond wordt vastgesteld.<sup>16</sup> Daarnaast komt het ook buiten het economisch bestuursrecht voor dat het aantal beschikbare vergunningen wordt beperkt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij terras-,<sup>17</sup> exploitatie-,<sup>18</sup> evenementen-<sup>19</sup> en kramenzetvergunningen.<sup>20</sup> Er is bovendien een tendens zichtbaar waarbij bestuursorganen steeds vaker besluiten dat een andere verdeelprocedure dan verlening op volgorde van binnenkomst van de aanvragen wenselijk is, zoals bijvoorbeeld de al in de inleiding genoemde 'uitgifteronde' voor exploitatievergunningen voor passagiersvervoer in Amsterdam. Het is relatief eenvoudig om vast te stellen wie als eerste een aanvraag heeft ingediend.<sup>21</sup> Bij andere verdeelsystemen, zoals een vergelijkende toets, kan het complexer zijn om te bepalen aan wie het schaarse recht moet worden toegekend, want in een dergelijk geval moet het bestuursorgaan vaststellen wie de 'beste' aanvraag heeft ingediend. Bij een dergelijke procedure gaan transparantieplichtingen een (grotere) rol spelen: vooraf zal moeten worden vastgesteld en bekendgemaakt aan welke kwalitatieve criteria de aanvragen getoetst zullen worden.

### 11.3 INHOUD VAN DE TRANSPARANTIEVERPLICHTING

In het vervolg van dit artikel wordt dus uitsluitend ingegaan op de 'economische' betekenis van de transparantieplichting en de mogelijke rol die deze verplichting zou kunnen spelen bij de verlening van schaarse besluiten. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie kan een aantal concrete doelstellingen (paragraaf 11.3.1) en verplichtingen (paragraaf 11.3.2) van de transparantieplichting worden afgeleid.<sup>22</sup>

---

15 Artikel 3.10 e.v. Telecommunicatiewet.

16 Artikel 4:25 Awb.

17 ABRvS 25 september 2013, AB 2013/385, m.nt. A. Drahmman. Vgl. ook ABRvS 17 april 2013, AB 2013/214, m.nt. A. Drahmman over een seizoensonthefing voor terrasboten.

18 O.a. ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, AB 2009/17, m.nt. A.T. Marseille, en ABRvS 9 januari 2013, BR 2013/63, m.nt. A. Drahmman.

19 ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298 en ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519.

20 ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A.Heldeweg en ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

21 Hoewel zich ook hier complicaties kunnen voordoen. O.a. CBb 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 26 november 2010 AB 2011/38, m.nt. C.J. Wolswinkel.

22 Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de Unierechtelijke transparantieplichting, inclusief een jurisprudentieoverzicht: Drahmman 2013.

### 11.3.1 Doelstellingen

- het openen van de markt voor mededinging;<sup>23</sup>
- waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen;<sup>24</sup>
- te verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of elke potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel relevante informatie (ook wel omschreven als het waarborgen van de gelijkheid van kansen).<sup>25</sup>

### 11.3.2 Verplichtingen

- Aan elke potentiële aanvrager moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd;<sup>26</sup>
- Alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze;<sup>27</sup>
- Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren;<sup>28</sup>
- Een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen moet worden gesteld;<sup>29</sup>
- Geen rekening kan worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager, omdat deze aanvrager dan wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten;<sup>30</sup>
- Het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen;<sup>31</sup>
- De criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers;<sup>32</sup>

---

23 O.a. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria).

24 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta).

25 O.a. HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (Costa en Cifone).

26 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94, Commissie/België (Waalse bussen) en HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria).

27 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta) en HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (Costa en Cifone).

28 O.a. HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (SIAC Construction) en HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta).

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

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

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

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

- Verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het schaarse besluit moet daarom worden gemotiveerd;<sup>33</sup>
- Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk.<sup>34</sup>

#### 11.4 DE TRANSPARANTIEVERPLICHTING ALS ONDERDEEL VAN DE ALGEMENE BEGINSLEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

De transparantieverplichting wordt zowel in de literatuur als in aanbestedingsrechtelijke nationale en Unierechtelijke jurisprudentie vaak gekoppeld aan reeds bestaande beginselen van behoorlijk bestuur. In paragraaf 11.4.1 zal worden gezien of de transparantieverplichting een onderdeel zou kunnen vormen van algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Vervolgens zal in paragraaf 11.4.2 meer in het bijzonder worden ingegaan op de koppeling tussen de transparantieverplichting en het gelijkheidsbeginsel.

##### 11.4.1 De positie van de transparantieverplichting ten opzichte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: overlap en verschillen

In deze paragraaf zal voor een aantal beginselen van behoorlijk bestuur worden gezien in hoeverre ze geheel of gedeeltelijk overlappen met de transparantieverplichting. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op het verbod van vooringenomenheid en gebod van fair play, het formele rechtszekerheidsbeginsel, het willekeurverbod, het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.<sup>35</sup>

In het kader van de vergelijking van de transparantieverplichting met andere beginselen, zou nog de vraag kunnen worden gesteld of de transparantieverplichting een formeel of materieel karakter heeft. Materiële beginselen hebben in essentie betrekking op de inhoud van overheidsoptreden. Formele beginselen hebben met name betrekking op de besluitvormingsprocedure.<sup>36</sup> De transparantieverplichting stelt in beginsel geen directe eisen aan de inhoud van de besluitvorming. Het bepaalt bijvoorbeeld niet welke materiële selectie-

---

33 O.a. HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (Wienstrom).

34 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall) en HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur).

35 In een eerder artikel heb ik aan de hand van jurisprudentie van de bestuursrechter gezien welke beginselen van behoorlijk bestuur de bestuursrechter nu hanteert als vernietigingsgronden van schaarse besluiten (Drahmann 2013, p. 143-172). Deze beginselen worden in dit artikel als uitgangspunt genomen. Zie voor een andere indeling Nicolai 1990, p. 348-349.

36 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 390 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 14de dr., Den Haag 2008, p. 281-282.

criteria moeten worden gesteld. De transparantieplichting stelt met name procedurele regels die betrekking hebben op de voorbereiding en de vormgeving van de besluitvormingsprocedure. Hierna zal de transparantieplichting dan ook met name met formele beginselen van behoorlijk bestuur worden vergeleken, tenzij jurisprudentie van de bestuursrechter aanleiding geeft tot een vergelijking met een materieel beginsel. In het verlengde hiervan geldt ook dat als de transparantieplichting zou worden erkend als zelfstandig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, waarop in de volgende paragraaf wordt ingegaan, het een formeel beginsel zou zijn.

A) *Verbod van vooringenomenheid en gebod van fair play*

De transparantieplichting heeft mede ten doel favoritisme en willekeur te voorkomen. Hierdoor ontstaat overlap met het verbod van vooringenomenheid. Het verbod van vooringenomenheid houdt in dat een bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid vervult. Een bestuursorgaan moet onpartijdig en objectief te werk gaan. Ook de schijn van vooringenomenheid moet worden vermeden. Het beginsel is gedeeltelijk gecodificeerd in artikel 2:4 Awb. Door plaatsing in hoofdstuk 2 van de Awb geldt het beginsel niet alleen bij het nemen van besluiten, maar voor het gehele bestuursoptreden van een bestuursorgaan.

Een voorbeeld van een uitspraak waar dit verbod van vooringenomenheid werd geschonden bij de verdeling van schaarse besluiten is de Albert Cuypuitspraak, waarin één van de huidige vergunninghouders zitting nam in een commissie die het bestuursorgaan adviseerde bij de totstandkoming van nieuw beleid over de verlening van nieuwe kramenzet- en -verhuurvergunningen.<sup>37</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat – in ieder geval in dit concrete geval – het deel van de transparantieplichting dat ziet op voorkoming van favoritisme al wordt geborgd door het verbod van vooringenomenheid. Hierbij moet echter een kanttekening worden geplaatst. De transparantieplichting behelst namelijk ook de verplichting om van tevoren verdelingsregels vast te stellen en bekend te maken. Dit is een middel om controleerbaar te maken dat het verbod tot vooringenomenheid niet is geschonden. De transparantieplichting bevat daarmee niet alleen een verbod, maar ook een gebod. Betwijfeld moet worden of een dergelijk gebod thans onder artikel 2:4 Awb valt. Hiervoor zou het gebod van fair play wellicht uitkomst kunnen bieden. Dit gebod vereist dat bestuursorganen open en eerlijk optreden, betrokkenen adequaat informeren, geen informatie achterhouden en belanghebbenden niet aan het lijntje

---

37 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie over het verbod van vooringenomenheid bij subsidietenders o.a. ABRvS 24 maart 2010, JB 2010/119 en AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (De Theatercompagnie) en M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011, p. 35 e.v.

houden.<sup>38</sup> De transparantieplichting zou kunnen worden gezien als een concrete invulling van dit gebod van fair play bij de verdeling van schaarse besluiten.

B) *Formele rechtszekerheidsbeginsel*

Het formele rechtszekerheidsbeginsel (of duidelijkheidsbeginsel) houdt in dat besluiten duidelijk moeten zijn geformuleerd, voldoende houvast moeten bieden en niet voor verschillende uitleg vatbaar mogen zijn.<sup>39</sup> De transparantieplichting vertoont op dit punt overlap met het rechtszekerheidsbeginsel. De eis dat alle voorwaarden worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zou namelijk kunnen worden gezien als een element van het rechtszekerheidsbeginsel, dat verlangt dat juridische teksten duidelijk en voorzienbaar zijn. Verder dient de eis van de transparantieplichting dat verdeelregels en –criteria moeten worden vastgesteld voordat de verdeelprocedure begint, de rechtszekerheid. Ook het doel van de transparantieplichting om de discretionaire bevoegdheid van de (opdracht- of concessieverlenende) overheid af te bakenen komt overeen met het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>40</sup>

Ondanks deze overlap, heeft de bestuursrechter in een aantal uitspraken geoordeeld dat het rechtszekerheidsbeginsel niet was geschonden, terwijl mijns inziens verdedigbaar is dat de transparantieplichting wel was geschonden. Zo heeft het CBb geoordeeld dat als in (beleids)regels geen verdeelprocedure is voorgeschreven, een verdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen niet onredelijk is.<sup>41</sup> Vanuit transparantie-oogpunt zijn hierbij kanttekeningen te plaatsen. De verplichting om (alle modaliteiten van) de procedure vast te stellen en bekend te maken, biedt duidelijkheid aan zowel de (potentiële) aanvragers als het bestuursorgaan over de te volgen procedure. Het impliciet inlezen van een verdeelmethode is hier niet mee in overeenstemming. Daarnaast houdt de bestuursrechter naar mijn mening onvoldoende rekening met het belang van de (potentiële) aanvragers door te oordelen dat het ontbreken van een algemene bekendmaking niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>42</sup> Een algemene bekendmakingsplicht zou kunnen worden

38 Vgl. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 392-399.

39 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 443 en G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999, p. 117-133.

40 S. Prechal, 'De emancipatie van 'het algemene transparantiebeginsel', *SEW* 2008/145.

41 CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, *AB* 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie ook Vz. CBb 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, *AB* 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

42 CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, *AB* 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Hoewel de bestuursrechter tot op heden een bestuursorgaan niet verplicht een algemene bekendmaking te verrichten, wordt er wel waarde gehecht aan algemene mededelingen (een aankondiging of mededeling) over de introductie of wijziging van een verdeelsysteem (o.a. CBb 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, *AB* 2012/146, m.nt. A. Drahmman).

gebaseerd op de transparantieplichting. Dit zou tot gevolg hebben dat bij de introductie van een verdeelsysteem (inclusief het verdeelsysteem 'volgorde van binnenkomst') een begindatum voor het indienen van de aanvragen zou moeten worden vastgesteld en bekendgemaakt en dat die datum niet in het verleden mag liggen.<sup>43</sup>

Een uitspraak waar de transparantieplichting en het rechtszekerheidsbeginsel overlappen, is het oordeel van het CbB dat 'een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een methode aan de hand waarvan zal worden bepaald aan wie de ontheffing wordt verleend en deze keuze ook bekend heeft gemaakt, niet hangende de besluitvormingsprocedure tot wijziging van die methode behoort over te gaan indien daardoor afbreuk wordt gedaan aan het belang van een aanvrager die overeenkomstig het bekendgemaakte toewijzingsbeleid zijn aanvraag heeft ingediend en zijn handelwijze heeft bepaald'. Het CbB baseert deze verplichting op het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>44</sup>

Uit deze jurisprudentie volgt dat de transparantieplichting en het rechtszekerheidsbeginsel overlap met elkaar vertonen. De transparantieplichting zou dus kunnen worden gezien als een nadere (en strengere) invulling van het rechtszekerheidsbeginsel bij de verdeling van schaarse besluiten. Hier ligt dan nog wel een taak voor de bestuursrechter om het rechtszekerheidsbeginsel uit te werken op een wijze dat alle elementen van de transparantieplichting er onder (gaan) vallen.

### C) *Willekeurverbod en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel*

Het willekeurverbod wordt geschonden als de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid blijk geeft van een ernstig gebrekkige afweging van belangen. Het moet gaan om serieuze inconsistenties of onzorgvuldigheden. Ook inconsistente beleidsvoering valt onder het verbod.<sup>45</sup>

Het willekeurverbod is gedeeltelijk gecodificeerd in artikel 3:4 Awb. In het eerste lid is een verplichting voor het bestuursorgaan opgenomen om een belangenafweging te verrichten. Het tweede lid bepaalt dat deze belangenafweging evenredig moet zijn. Zowel het willekeurverbod, het evenredigheidsbeginsel als het materiële zorgvuldigheidsbeginsel moeten in dit artikellid worden gelezen.<sup>46</sup> Ook de transparantieplichting heeft (mede) ten doel favoritisme en willekeur te voorkomen en de discretionaire bevoegdheid van een bestuursorgaan af te bakenen. Hierdoor bestaat er een gedeeltelijke overlap met het willekeurverbod.

---

43 Vgl. CbB 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031.

44 CbB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel.

45 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 408 en Addink 1999, p. 93-115.

46 PG Awb I, p. 208-215.

Ook uit jurisprudentie blijkt dat een schending van de transparantieverplichting leidt tot vernietiging van een besluit wegens schending van artikel 3:4 Awb. Zo heeft het CBb geoordeeld 'dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing.'<sup>47</sup>

Deze benadering van het CBb is gunstig voor de positie van concurrenten bij de verdeling van schaarse besluiten, maar het is de vraag of het CBb hiermee ver genoeg gaat, omdat slechts uitgegaan wordt van een *passieve* vorm van bekendmaking door het bestuursorgaan. Het Hof van Justitie gaat verder in zijn jurisprudentie over de transparantieverplichting door te oordelen dat een passende bekendmaking nodig is die alle potentiële – en dus niet alleen de bekende – gegadigden bereikt. Dit zal vrijwel altijd een algemene bekendmaking zijn, bijvoorbeeld een elektronische bekendmaking of een bekendmaking in een huis-aan-huis-blad.

#### D) *Formele zorgvuldigheidsbeginsel*

Het formele zorgvuldigheidsbeginsel is gecodificeerd in artikel 3:2 Awb. Het beginsel heeft betrekking op drie aspecten: (a) de deugdelijkheid en de omvang van het voorafgaand ambtelijk onderzoek; (b) het horen van de betrokkenen en (c) het (vragen van en) omgaan met adviezen.<sup>48</sup>

Ook de transparantieverplichting eist een goede voorbereiding van de besluitvorming van het bestuursorgaan. Deze voorbereiding moet resulteren in het vaststellen van verdeelregels en –criteria voordat de verdeelprocedure begint. Uiteraard moet het bestuursorgaan de vastgestelde regels vervolgens ook daadwerkelijk toepassen. Het verbaast dan ook niet dat de bestuursrechter regelmatig schaarse besluiten vernietigt wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel waar ook gesteld zou kunnen worden dat de transparantieverplichting is geschonden.

Zo acht het CBb het onvoldoende zorgvuldig en in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb om bij de loting van een ontheffing voor zondagsopenstelling pas op het moment van de loting de precieze inhoud van die ontheffing mee te delen.<sup>49</sup> Als het oordeel van het CBb zo mag worden uitgelegd dat alle potentiële gegadigden voorafgaand aan de verdeling van een schaars besluit

---

47 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel. Vgl. ook CBb 6 juni 2012, AB 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

48 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 445.

49 CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

op de hoogte moeten kunnen zijn van de precieze inhoud van dat besluit, dan zou dit in lijn zijn met de transparantieverplichting.

Zo bezien, bestaat er een overlap tussen het zorgvuldigheidsbeginsel en de transparantieverplichting. Het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden als (de omvang van) het voorafgaande (ambtelijke) onderzoek onvoldoende is geweest of derden niet bij de voorbereiding zijn betrokken waardoor later blijkt dat er geen, onvoldoende of onvoldoende duidelijke (procedure)regels zijn gesteld. Vanuit het oogpunt van transparantie kan in een dergelijk geval gesteld worden dat er is niet alleen sprake is van een gebrekkige voorbereiding, maar door het niet in acht nemen van transparantievereisten het mogelijk is dat (potentiële) aanvragers geen gelijke kansen hebben gehad.

#### *E) Motiveringsbeginsel*

Het motiveringsbeginsel is gecodificeerd in de artikelen 3:46 en 3:47 Awb. De motivering van een besluit moet kenbaar en draagkrachtig zijn en maakt rechterlijke toetsing mogelijk.<sup>50</sup> Eén van de onderdelen van de transparantieverplichting omvat de motivering van het besluit, maar dit is slechts een van de aspecten van deze verplichting. Bovendien draagt de transparantieverplichting bij aan de controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling zodat de procedure op onpartijdigheid kan worden getoetst. Voor een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanvragen is vereist dat het bestuursorgaan op basis van de in de aanvraag verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanvragen voldoen aan de gestelde criteria.<sup>51</sup>

#### *F) Tussenconclusie*

De transparantieverplichting vertoont overlap met een groot aantal Nederlandse formele beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel. Het is echter niet mogelijk om te stellen dat één van deze beginselen alle Unierechtelijke transparantievereisten die in dit artikel centraal staan, omvat. Met een combinatie van de diverse beginselen kan een eind worden gekomen. Het is echter de vraag of versnippering van transparantievereisten over diverse beginselen – feitelijk de status quo – afdoende is. Hiervoor is immers een aantal uitspraken aangehaald waaruit blijkt dat besluiten waarbij (in een zuiver interne situatie) een

---

<sup>50</sup> Schlössels & Zijlstra 2010, p. 462-466.

<sup>51</sup> Een voorbeeld waar de transparantieverplichting en het motiveringsbeginsel elkaar overlappen is ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer.

schaars recht wordt toegekend, regelmatig in stand blijven, ondanks dat gesteld kan worden dat de transparantieplichting geschonden is.<sup>52</sup>

#### 11.4.2 De transparantieplichting als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel?

In dit artikel staat de Unierechtelijke transparantieplichting centraal. Opvallend is dat het Hof van Justitie in zijn arresten over de transparantieplichting inconsequent is in de gehanteerde terminologie. In arresten wordt wisselend gesproken over het 'het beginsel van doorzichtigheid',<sup>53</sup> een 'verplichting tot transparantie',<sup>54</sup> 'transparantieplichting'<sup>55</sup> en 'transparatiebeginsel'.<sup>56</sup>

Van belang is verder dat het Hof van Justitie de transparantieplichting vaak koppelt aan het beginsel van gelijke behandeling. Soms wordt geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie 'omvat',<sup>57</sup> soms dat een besluit 'zowel het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers als met het transparatiebeginsel' in overeenstemming moet zijn<sup>58</sup> en soms over 'de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie'.<sup>59</sup> Ook wordt gesproken van 'het beginsel van gelijke behandeling en de daarvan afgeleide transparantieplichting',<sup>60</sup> het 'beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt [van het beginsel van gelijke behandeling – toev. AD.]'<sup>61</sup> en het 'transparatiebeginsel, dat een logisch uitvloeisel is van het gelijkheidsbeginsel'.<sup>62</sup> In oktober 2013 oordeelde het Hof van Justitie dat 'het Unierecht met name het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers of gegadigden en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie' toepast.<sup>63</sup>

Het is de vraag of ook in het Nederlandse bestuursrecht een koppeling gemaakt zou kunnen worden tussen het gelijkheidsbeginsel en transparantieplichtingen. Opvallend is dat bij de Nederlandse bestuursrechter een beroep op het gelijkheidsbeginsel bij procedures over schaarse besluiten zelden

---

52 Voor een uitgebreider jurisprudentieoverzicht verwijs ik naar Drahmman 2013.

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

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

55 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall) en HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel (Betfair).

56 HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (Costa en Cifone).

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

58 HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (Wienstrom).

59 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, Commissie/Nederland (koffieautomaten).

60 HvJ EU 18 november 2010, C-226/09 (Commissie/Ierland).

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

62 HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (Costa en Cifone).

63 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova).

slaagt.<sup>64</sup> Dit komt wellicht door een verschil tussen de strekking van het Europese gelijkheidsbeginsel en het nationale gelijkheidsbeginsel. Het nationale beginsel wordt vaak beschreven als het uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden en ongelijke gevallen ongelijk. Dit wordt echter aldus uitgelegd dat slechts sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel als vanuit een specifiek gezichtspunt sprake is van ongelijke behandeling waarvoor geen rechtvaardiging bestaat. Er moet sprake zijn van juridisch relevante verschillen.<sup>65</sup> Het gelijkheidsbeginsel heeft aldus een comparatief element.<sup>66</sup> De Unierechtelijke transparantieplichting bevat vooral een eis tot correcte vaststelling, openbaarmaking en toepassing van regels. Als deze regels niet worden nageleefd dan wordt de transparantieplichting geschonden, omdat (bijvoorbeeld door een gebrekkige bekendmaking of onduidelijk criterium) *potentiële* aanvragers *kunnen* zijn benadeeld. Zolang de Nederlandse bestuursrechter toetst aan het gelijkheidsbeginsel door uitsluitend na te gaan of in een concreet geval *daadwerkelijk* sprake is van een *benadeling* van een groep ten opzichte van een andere groep, kan de transparantieplichting niet als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel fungeren.

#### 11.5 DE INTRODUCTIE VAN EEN 'TRANSPARANTIEBEGINSEL' BIJ DE VERDELING VAN SCHAARSE BESLUITEN

De transparantieplichting zou in het Nederlandse bestuursrecht kunnen worden geïntroduceerd door het te erkennen als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>67</sup> Het transparantiebeginsel vormt een concretisering van hoe een procedure waarbij schaarse besluiten worden verdeeld, vormgegeven moet worden om de gelijke kansen van alle potentiële aanvragers te borgen. Daarbij ga ik ervan uit dat de hiervoor beschreven doelstellingen van de transparantieplichting, zoals het uitbannen van favoritisme en willekeur

64 Zie ook Drahmman 2013. Vgl. ook F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011/1470.

65 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 420-421 en Addink 1999, p. 153-168.

66 J.H. Gerards, 'Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht' in: R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbeginselen in het Europese recht', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, H.J.A.M. van Geest e.a. (red.), *In beginsel; over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Kluwer 2004, p. 45-66.

67 Volgens Schlössels en Zijlstra moeten algemene beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel van toepassing kunnen zijn op alle typen bestuurshandelingen, althans voor zover een bepaald beginsel naar zijn aard op een handelen van toepassing is (Schlössels en 2010, p. 391). Dit artikel beperkt zich dus tot de rol die de transparantieplichting speelt bij de verdeling van schaarse besluiten. Voor zover men zich op het standpunt zou stellen dat door deze door mij aangebrachte beperking, het transparantiebeginsel geen algemeen beginsel kan zijn, wijs ik erop dat niet uit het oog moet worden verloren dat het transparantiebeginsel in andere contexten ook van belang is, maar dat het beginsel in een andere context wel een andere invulling krijgt.

en het bieden van gelijke kansen aan aanvragers van schaarse besluiten, over het algemeen en ook in zuiver interne geschillen, worden beschouwd als nastrevenswaardige doelstellingen.

Bovendien zou door het erkennen van het transparantiebeginsel in het Nederlandse (bestuurs)recht de werkingssfeer van het beginsel worden verruimd van Unierechtelijke geschillen naar zuiver interne geschillen.<sup>68</sup> Alleen als een duidelijk grensoverschrijdend belang ontbreekt, is sprake van een zuiver interne situatie, waarbij een Unierechtelijk beginsel door de Nederlandse bestuursrechter niet in acht hoeft te worden genomen.<sup>69</sup>

'Vrijwillige' adoptie van een Unierechtelijk beginsel kan plaatsvinden als een lidstaat het communautaire beginsel een mooie aanvulling acht, of om te voorkomen dat in de nationale rechtsorde twee varianten van hetzelfde beginsel moeten worden toegepast.<sup>70</sup> Gelet op de hiervoor beschreven doelstellingen van het transparantiebeginsel, ben ik van mening dat het transparantiebeginsel een dergelijke aanvulling van het Nederlandse bestuursrecht zou kunnen zijn.

Tevens bestaat het risico dat een afwachtende houding tot gevolg heeft dat er een verschil in rechtsbescherming zal ontstaan tussen Unierechtelijke geschillen en nationale geschillen. Dat dit onwenselijke gevolgen kan hebben, is al gebleken bij het verschil in toepassing van het Unierechtelijke en nationale vertrouwensbeginsel bij subsidieverstrekking.<sup>71</sup> Voor het transparantiebeginsel dreigt een vergelijkbare situatie te ontstaan nu het Hof van Justitie voor Europese subsidieverstrekking al heeft geoordeeld dat 'de toekenning van subsidies met inachtneming van met name het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling [moet geschieden], hetgeen veronderstelt dat potentiële aanvragers van financiële bijstand, gelet op het beperkte budget dat beschikbaar is voor de financiering van dergelijke subsidies, gelijk worden behandeld'.<sup>72</sup> In dit verband is ook de ontwikkeling van een 'Europese Awb'

---

68 Zie bijv. ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444.

69 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, TA 2014, afl. 1, m.nt. A. Drahmman.

70 R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbeginselen in het Europese recht', in: Schlössels, Bok en Van Geest 2004, p. 293-327, i.h.b. p. 307-308. Indien de Unierechtelijke transparantieplichting op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk wordt gemaakt door het nationale recht dan zal het Hof van Justitie zich ook bevoegd achten om deze verplichting uit te leggen in zuiver interne situaties (aldus o.a. HvJ EU 21 december 2011, nr. C-482/10, AB 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven).

71 O.a. CbB 9 mei 2012, AB 2013/202, en CbB 25 mei 2012, AB 2013/203, beide m.nt. J.E. van den Brink en S. Pereth. Zie tevens J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: Verhoeven, Van den Brink en Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2010, i.h.b., p. 89-90.

72 GEU 15 april 2011, T-297/05, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman.

relevant, omdat 'een Europese wet bestuursprocesrecht een spontane convergentie in het nationale bestuursrecht in de hand kan werken'.<sup>73</sup>

Ten slotte merk ik terzijde nog op dat het transparantiebeginsel in Nederland vaak wordt geassocieerd met het aanbestedingsrecht en daarmee met het privaatrecht.<sup>74</sup> Door erkenning van het transparantiebeginsel bij de verdeling van schaarse besluiten wordt deze connotatie met zowel het aanbestedingsrecht als het Unierecht losgelaten en kan het beginsel eenvoudig worden toegepast in het Nederlandse bestuursrecht in den brede.

Belangrijker is dat erkenning van het transparantiebeginsel ook materiële veranderingen binnen het Nederlandse bestuursrecht tot gevolg zou hebben. In de vorige paragraaf heb ik een paar voorbeelden gegeven van de wijze waarop de Nederlandse bestuursrechter schaarse besluiten toetst. In 2013 heb ik een uitgebreidere vergelijking gemaakt tussen enerzijds jurisprudentie van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel en anderzijds jurisprudentie van de Afdeling (over APV-vergunningstelsels) en het CBB (over winkeltijdenwetontheffingen).<sup>75</sup> Eerder heb ik eenzelfde vergelijking gemaakt voor subsidieverlening.<sup>76</sup> Als de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter naast de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt gelegd dan valt op dat situaties die op Europees niveau een schending van het 'transparantiebeginsel' vormen, soms in nationale procedures leiden tot schending van het rechtszekerheids- of zorgvuldigheidsbeginsel. Echter, er is ook jurisprudentie waarin geen schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt aangenomen, terwijl wel gesteld zou kunnen worden dat het transparantiebeginsel is geschonden. Mijn conclusie was dan ook dat de transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten in Nederland tot op zekere hoogte is geborgd, maar dat het op onderdelen beter zou kunnen. De erkenning van het transparantiebeginsel zou hiervoor kunnen zorgen.

In de vorige paragraaf is ingegaan op de samenhang tussen de transparantieplichting en het gelijkheidsbeginsel. De vraag is dan ook waarom de transparantieplichting erkend zou moeten worden als (zelfstandig) transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel lijkt een eigen betekenis te hebben die verder gaat dan het gelijkheidsbeginsel. Ten eerste stelt het transparantiebeginsel zelfstandige eisen met betrekking tot de helderheid en duidelijkheid van het document waarin de verdeelregels en -criteria worden opgenomen.<sup>77</sup> Ten tweede gaat transparantie aan het gelijkheidsbeginsel vooraf: zonder transparantie is de controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel niet

---

73 Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INI)). Zie ook: A.C.M. Meuwese, 'Het Europees Parlement op de bres voor een "Europese Awb"', *Regelmaat* 2013, afl. 2, p. 135 e.v.

74 Zie ook Drahmman 2012.

75 Drahmman 2013.

76 A. Drahmman, 'Kan het subsidierecht transparanter?', *Gst.* 2011/124.

77 Vgl. HR 4 november 2005, *NJ* 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

mogelijk. Ten derde dient het transparantiebeginsel een ruimere doelstelling, namelijk dat elk risico van favoritisme en willekeur door het bevoegd gezag wordt uitgebannen.<sup>78</sup> Ten vierde heeft het transparantiebeginsel in situaties waar het Unierecht van toepassing is, een zelfstandig effect, los van het gelijkheidsbeginsel, omdat ongeacht wie geschaad wordt door het gebrek aan transparantie, het effect is dat het Europese vrij verkeer wordt belemmerd.<sup>79</sup> Erkenning van het transparantiebeginsel zou verder ook passen in een tendens waar gewezen wordt op de *verdelende* rechtvaardigheid als functie van het algemeen bestuursrecht.<sup>80</sup> De diverse doelen die het transparantiebeginsel beoogt te behartigen hebben allemaal dit principe als uitgangspunt. Ten slotte is het grote voordeel van het erkennen van het transparantiebeginsel als zelfstandig beginsel, in plaats van het hanteren van bestaande beginselen als een vehikel voor transparantievereisten, de duidelijkheid. Als zelfstandig beginsel kan de samenhang tussen de verschillende verplichtingen worden gearticuleerd<sup>81</sup> en ontstaat een nieuw – geïntegreerd – perspectief dat een eigen dynamiek kan ontwikkelen.<sup>82</sup>

Geconcludeerd kan dan ook worden dat er voldoende argumenten zijn om het transparantiebeginsel te erkennen in het Nederlandse bestuursrecht.

#### 11.6 CODIFICATIE VAN (ONDERDELEN VAN) DE TRANSPARANTIEVERPLICHTING IN DE AWB

Naast de hiervoor genoemde mogelijkheden – het erkennen van het transparantiebeginsel dan wel een ruime(re) uitleg te geven aan het gelijkheidsbeginsel zodat het transparantievereisten omvat – is een derde optie om een aantal transparantieverplichtingen vast te leggen in de Awb.

In de literatuur wordt gepleit om terughoudend om te gaan met het codificeren van beginselen in de Awb. Zo moet volgens Schlössels niet te lichtvaardig tot codificatie worden overgegaan en moet codificatie op de juiste plek plaatsvinden. Voor de Awb zou het moeten gaan om 'breed erkende juridische beginselen die rechtstreeks verband houden met het functioneren van het openbaar bestuur'.<sup>83</sup> De transparantieverplichting kan nog niet worden aange-merkt als een 'breed erkend' beginsel, hoewel gesteld kan worden dat het zich

---

78 Prechal 2008, Prechal & De Leeuw 2008, p. 201-242, m.n. p. 231 en R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb (Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006)*, WODC 2007, p. 85-93.

79 Buijze 2013a, p. 153-157.

80 F.J. van Ommeren, 'Bestuursrecht is verdelingsrecht; Iets over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht', in: A.A.J. de Gier, H.F.M.W. van Rijswijk, J. Robbe e.a. (red.), *Goed verdedigbaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 97-107.

81 Widdershoven, Verhoeven e.a., 2007, p. 85-93.

82 Prechal 2008 en Prechal & De Leeuw 2008, p. 201-242, m.n. p. 241.

83 R.J.N. Schlössels 2012, p. 87-100, m.n. p. 96.

steeds meer in de richting van een beginsel ontwikkelt. Er lijkt bij de bestuursrechter 'enige huiver' te bestaan om het transparantiebeginsel als zodanig te benoemen.<sup>84</sup> Aandachtspunt is wel dat een Catch-22-situatie kan ontstaan, omdat eerst kan worden gesteld dat een beginsel moeilijk is te codificeren omdat het onvoldoende is uitgekristalliseerd, maar dat vervolgens als het beginsel eenmaal in de rechtspraak is uitgekristalliseerd, kan worden gesteld dat codificatie weinig toegevoegde waarde meer heeft.<sup>85</sup>

Gerards heeft onderzocht wanneer de codificatie van een ongeschreven rechtsbeginsel juridische meerwaarde kan hebben. Zij meent dat codificatie pas juridisch nuttig is als een beginsel wordt omgevormd tot regel (transformatie) of als het beginsel wordt voorzien van nadere invulling, specificatie of clausulering (modificatie).<sup>86</sup> Zij heeft een denkkader ontwikkeld om te kunnen bepalen of een beginsel gecodificeerd zou kunnen worden, waarbij ze een vijftal gezichtspunten onderscheidt.<sup>87</sup> Dit denkkader is ook op de transparantieplichting toe te passen.

Ten eerste kan codificatie van bepaalde concrete transparantieplichtingen bijdragen aan de kenbaarheid, rechtszekerheid en toegankelijkheid van de aan het bestuur te stellen eisen en de voor de burger geldende waarborgen. Codificatie kan de betekenis van deze Unierechtelijke transparantieplichtingen verduidelijken en eenvoudig inpasbaar maken in het (stelsel van het) Nederlandse bestuursrecht.

Ten tweede kan codificatie van de transparantieplichting zinvol zijn als symboolfunctie. Er wordt in dat geval het signaal gegeven dat de transparantieplichting – en met name de doelen die met de verplichting worden gediend – van juridisch en maatschappelijk belang is.

Ten derde kan, gelet op het feit dat er bij de bestuursrechter 'enige huiver' lijkt te bestaan om transparantieplichting als 'beginsel' te benoemen, codificatie van de transparantieplichting sturend werken voor verdere rechtsontwikkeling van de transparantieplichting bij schaarse besluitvorming.

Ten vierde heeft een rechtsbeginsel een 'zachtere' werking dan een rechtsregel. Zo zal een beginsel wijken bij botsing met andere beginselen of rechtsregels. Door de heldere en duidelijke aspecten van de transparantieplichting te codificeren, kan het regelkarakter worden versterkt.

---

84 Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, 'Back to the future: de Europese Unie en het algemeen bestuursrecht', *JBplus* 2012, p. 195-213, m.n. p. 203-204.

85 Vgl. J.H. Gerards, 'Beginselrecht 'in de regel'; de juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok en S.D.P. Kole e.a. (red.), *In de regel; over kenmerken, structuur en samenhang in geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 19-36.

86 Gerards 2012, p. 19-38.

87 Gerards 2010, p. 787-807.

Ten slotte draagt codificatie van de transparantieverplichting bij aan de coherentie en consistentie van het nationale bestuursrecht in relatie tot de in het Europese recht gestelde eisen.<sup>88</sup>

Gelet op deze vijf gezichtspunten kan geconcludeerd worden dat het (nog) niet wenselijk is om de transparantieverplichting als geheel te codificeren in de Awb, maar dat er wel goede redenen kunnen worden aangedragen om bepaalde concrete onderdelen van het beginsel in de Awb vast te leggen.<sup>89</sup> Zo kan voor de verdeling van schaarse rechten een voorschrift worden geïntroduceerd die bestuursorganen verplicht om de bij de verdeling te hanteren regels vast te leggen en algemeen bekend te maken.<sup>90</sup> Ook een verplichting om (beleids)regels vast te stellen over de verdeling van schaarse besluiten kan worden gecodificeerd. Het betreft dan regels over zowel de te volgen procedure als de eisen waaraan de aanvraag getoetst zal worden en de bekendmaking van deze regels. Als gekozen wordt voor het vastleggen van deze regels in een beleidsregel dan zal een uitzondering op de inherente afwijkingsbevoegdheid moeten worden opgenomen.<sup>91</sup> Verder kan nog gedacht worden aan een verplichting om een 'openstellingsbesluit' te nemen, een uitzondering op de volledige heroverweging in bezwaar, een nuancering op de werking van artikel 4:5 Awb over onvolledige aanvragen en een beperking van de mogelijkheid om eenmaal genomen besluiten te wijzigen.<sup>92</sup>

## 11.7 AFRONDING

In dit artikel is ingegaan op de vraag hoe de transparantieverplichting kan worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht. De introductie van de transparantieverplichting heeft toegevoegde waarde voor het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten. De transparantieverplichting heeft onder meer ten doel om favoritisme en willekeur uit te bannen en om gelijke kansen te bieden aan alle (potentiële) aanvragers. Bij de verdeling van schaarse besluiten is sprake van (potentiële) concurrentie waarbij er meer geïnteresseerden dan beschikbare besluiten (kunnen) zijn. Bij de toekenning

---

88 Zie ook T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2006, m.n. p. 31-40 en M.L. Fernandez Esteban, 'National Judges and Community law: The Paradox of the Two Paradigms of Law', *MJ* 1997(4), p. 143-151.

89 Als men de transparantieverplichting in een andere, brede betekenis zou willen codificeren dan zou codificatie in hoofdstuk 2 van de Awb wellicht een mogelijkheid zijn. Vgl. Gerards 2010, p. 787-807, m.n. p. 791 en G.H. Addink, 'De doorbraak van het beginselenrecht in het bestuursrecht; enkele opmerkingen over een conceptueel beginselenrecht', in: De Gier, Van Rijswijk, Robbe e.a. 2011, p. 3-16, m.n. p. 9.

90 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

91 Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. xvi en 85-93.

92 Zie uitgebreider: Drahmman 2013. Zie ook: W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen' in: Barkhuysen, Den Ouden & Polak 2010, p. 689-715.

van de schaarse besluiten moeten alle potentiële gegadigden gelijke kansen krijgen. De transparantieplichting vormt een concretisering van hoe een dergelijke procedure vormgegeven kan worden. Op dit moment is de reikwijdte van de transparantieplichting beperkt tot procedures waarop het Unierecht van toepassing is. Door de introductie van de transparantieplichting in het Nederlandse bestuursrecht zou dus allereerst de werkingssfeer van de verplichting worden verruimd van Unierechtelijke geschillen naar zuiver interne situaties. Daarnaast blijkt uit jurisprudentieonderzoek dat introductie van de transparantieplichting ook tot materiële veranderingen in het Nederlandse bestuursrecht zou leiden.

In de inleiding kwam de vraag aan de orde wat de juridische grondslag zou zijn voor plaatsing van een advertentie in een krant over de uitgifteronde voor exploitatievergunningen voor passagiersvervoer. In dat kader heb ik drie verschillende opties beschreven om een transparantieplichting in het Nederlandse bestuursrecht te introduceren. Allereerst is het mogelijk om een nieuw (zelfstandig) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur te erkennen, namelijk het transparantiebeginsel. Ten tweede is het mogelijk om de transparantieplichting als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel te zien. Hiervoor is het wel nodig dat het gelijkheidsbeginsel ruim(er) wordt uitgelegd zodat dit beginsel ook het 'beginsel van gelijke kansen' omvat. Ten derde is ingegaan op de mogelijkheid om onderdelen van de transparantieplichting te codificeren in de Awb.

Enigszins kort door de bocht gezegd, maakt het voor de rechtzoekende weinig uit welk van de drie mogelijkheden wordt gekozen: eerst en vooral is van belang dat bestuursorganen de transparantieplichting in acht nemen en dat de bestuursrechter hieraan toetst.

Naar mijn mening is het primair aan de bestuursrechter om te toetsen aan transparantieplichtingen. Er staat niets in de weg aan het gegrond verklaren van een beroep wegens schending van de transparantieplichting op grond van het transparantiebeginsel of het gelijkheidsbeginsel. Gelet op de 'huiver' die er bij bestuursrechters lijkt te bestaan om nieuwe beginselen te 'creëren', heeft het mijn voorkeur om de transparantieplichting te benoemen als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel. Door een lichte modificatie van dit reeds algemeen erkende beginsel, kan gesteld worden dat de transparantieplichting dient als middel om gelijke kansen te creëren en daarmee zorg te dragen voor een eerlijke mededinging. Een dergelijke uitleg is bovendien in lijn met jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>93</sup> De transparantieplichting zou kunnen worden gezien als *middel* om dat doel te bereiken en dus als *subbeginsel* van het gelijkheidsbeginsel.

Zoals hiervoor al is gesteld, is het bij de keuze voor deze mogelijkheid wel noodzakelijk dat de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel dusdanig wordt

---

93 Vgl. HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova) en HvJ EU 18 december 2007, C-220/06 (Correos), NJ 2008/281.

opgerekt dat alle transparantieverplichtingen eronder vallen. Aan een dergelijke oprekking zit direct ook het grootste risico van deze mogelijkheid: hoewel de transparantieverplichting dient om gelijkheid te bewerkstelligen, wijken de concrete verplichtingen die eruit voortvloeien inhoudelijk af van het (huidige) gelijkheidsbeginsel. Dit gaat ten koste van de kenbaarheid van de transparantieverplichting, waardoor onzeker is of de transparantieverplichting via het gelijkheidsbeginsel voldoende duidelijk naar voren kan komen. In ieder geval blijkt uit een analyse van jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter dat het gelijkheidsbeginsel in de Nederlandse rechtsorde tot op heden beperkt wordt geïnterpreteerd en (nog) niet wordt gekoppeld aan de transparantieverplichting. Dit kan wellicht worden verklaard doordat het doel (eerlijke mededinging) nog onvoldoende wordt erkend als achterliggend doel bij de verdeling van schaarse besluiten. Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van schaarse rechten zware eisen te worden gesteld 'onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid'. Het oogpunt van gelijke kansen voor de aanvragers wordt hier niet benoemd.

Het identificeren van het (formele) gelijkheidsbeginsel (of beginsel van gelijke kansen) als fundamenteel beginsel dat aan de verdeling van schaarse besluiten ten grondslag ligt, kan ervoor zorgen dat de bijzondere aard van schaarse besluiten beter wordt gearticuleerd. In het verlengde hiervan zou de transparantieverplichting dan als onderdeel van dit gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten worden geïntroduceerd. Ik doe dan ook primair een oproep aan bestuursorganen om de transparantieverplichting in acht te nemen bij de toekenning van schaarse besluiten en aan de bestuursrechter om deze besluiten te toetsen aan (de transparantieverplichting als onderdeel van) het gelijkheidsbeginsel. Mocht op termijn blijken dat de transparantieverplichting nog onvoldoende in het Nederlandse bestuursrecht wordt toegepast, dan is mijns inziens pas een taak weggelegd voor de wetgever door (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb te codificeren.

Afrondend kan op basis van het voorgaande ook antwoord worden gegeven op de in de inleiding gestelde concrete vraag: de juridische grondslag voor een algemene bekendmaking van de aanvang van een verdeelprocedure – zoals de advertentie voor de uitgifteronde voor exploitatievergunningen voor passagiersvervoer – is de transparantieverplichting die voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel en door alle bestuursorganen die schaarse besluiten nemen in acht moet worden genomen.



## 12 | Samenvattende slotbeschouwing

### 12.1 INLEIDING

De hoofdvraag die in dit onderzoek centraal staat, is welke transparantievereisten bij de verdeling van schaarse bestuursrechtelijke besluiten door Nederlandse bestuursorganen in acht zouden moeten worden genomen, in hoeverre deze vereisten in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk al worden nageleefd en, voor zover dat onvoldoende het geval is, hoe deze transparantievereisten dan beter zouden kunnen worden geborgd in het Nederlands bestuursrecht. Op basis van de voorgaande hoofdstukken zal in dit hoofdstuk eerst antwoord worden gegeven op de in hoofdstuk 1 geformuleerde deelvragen en ten slotte op de hoofdvraag.

### 12.2 AFBAKENING: KADER EN TERMINOLOGIE

In dit onderzoek staan twee begrippen centraal, namelijk de 'transparantieplichting' (of het 'transparantiebeginsel') en 'schaarse besluiten' (of 'schaarse rechten'). Voor een goed begrip en de zelfstandige leesbaarheid van deze slotbeschouwing worden deze begrippen hierna kort toegelicht. Voor een uitgebreidere toelichting verwijs ik naar hoofdstuk 2 van dit boek.

#### 12.2.1 Schaarse besluiten

Bij schaarse rechten is het aantal rechten dat verdeeld kan worden beperkt.<sup>1</sup> Deze schaarste kan door bestuursorganen worden gecreëerd door het vaststellen van een 'plafond' dat aangeeft hoeveel toekenningsbesluiten maximaal kunnen worden genomen.<sup>2</sup> Dit onderzoek is beperkt tot het bestuursrecht. Hierdoor staat de toekenning van schaarse rechten bij besluit in de zin van de Awb centraal. Onder 'schaarse besluiten' worden dan alle besluiten verstaan waarbij het aantal (potentiële) aanvragers groter kan zijn dan het aantal be-

---

1 Onderscheid kan gemaakt worden tussen door de natuur of techniek veroorzaakte schaarste en om beleidsmatige redenen, kunstmatig gecreëerde schaarste. Dit onderzoek heeft op beide betrekking.

2 Zie over plafonds ook Van Ommeren 2004, p. 2 en 24 en Wolswinkel 2013, p. 224 e.v.

schikbare toekenningsbesluiten.<sup>3</sup> Schaarre besluiten kunnen dus zowel vergunningen, ontheffingen, concessies als subsidies betreffen. De Awb bevat wel een definitie voor een 'besluit' in artikel 1:3 Awb, maar geen definitie voor een vergunning, ontheffing of concessie. Richtlijn 2004/18/EG bevat wel een definitie voor een opdracht en concessie, maar niet voor een vergunning of subsidie. Bij de beantwoording van de tweede deelvraag (paragraaf 12.4) wordt nader ingegaan op de verschillen tussen een opdracht, concessie, vergunning en subsidie.

Schaarse besluiten worden verdeeld door middel van een verdeelprocedure. Bekende verdeelprocedures zijn een loting, een veiling, een vergelijkende toets (tendersysteem) of verdeling op volgorde van binnenkomst (ook wel 'wie het eerst komt, het eerst maalt' genoemd). Bij al deze verdeelprocedures speelt de transparantieplichting een rol. In alle gevallen is namelijk sprake van een situatie van schaarste waarbij een keuze zal worden gemaakt tussen de diverse aanvragers. Hiervoor zullen de ingediende aanvragen moeten worden gerangschikt. Voor een gelijke behandeling van deze (potentiële) aanvragers is het noodzakelijk dat zij weten welke verdeelmethode gehanteerd zal worden, welke regels er tijdens de procedure zullen worden gehanteerd en welke criteria gelden voor de rangschikking van de aanvragen. Dit zijn allemaal aspecten van de transparantieplichting.

### 12.2.2 De transparantieplichting, het -beginsel en de -vereisten

In dit hoofdstuk wordt onderscheid gemaakt tussen de transparantieplichting, het -beginsel en de -vereisten. De *transparantieplichting* is de hoofdterm die wordt gebruikt voor de, hierna nog uitgebreider omschreven, Unierechtelijke verplichting om elk risico van favoritisme en willekeur uit te bannen door, onder meer, een passende mate van openbaarheid in acht te nemen. De eerste reden hiervoor is dat hiermee aangesloten wordt bij de terminologie van het Hof van Justitie.<sup>4</sup> De tweede reden is dat als een van de deelvragen is óf sprake is van een beginsel, het niet zuiver lijkt om het 'transparantiebeginsel' als hoofdterm te nemen, omdat dit de suggestie wekt dat aan het begin van

---

3 Dit onderzoek heeft betrekking op 'schaarse besluiten'. Zoals gesteld is sprake van schaarste als het aantal toekenningsbesluiten beperkt is. Dit aantal kan één zijn, waardoor een monopolie ontstaat, of een aantal, waardoor een oligopolie ontstaat. Het bij besluit creëren van een monopolie wordt soms ook aangeduid als het verstrekken van een 'alleenrecht', 'uitsluitend recht' of 'exclusief recht'. Het creëren van een oligopolie wordt aangeduid als het verstrekken van een 'bijzonder recht'.

4 Hoewel de terminologie van het Hof van Justitie niet consequent is, kan wel worden geconstateerd dat vaker wordt gesproken over een 'verplichting' dan een 'beginsel'. Zo oordeelde het Hof van Justitie in oktober 2013 dat 'het Unierecht met name het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers of gegadigden en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie' toepast (HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12).

het onderzoek al de conclusie vast zou staan dat sprake is van een beginsel, hetgeen niet het geval is. De term *transparantiebeginsel* wordt dus in deze slotbeschouwing uitsluitend gebruikt als ook daadwerkelijk bedoeld wordt op het transparantiebeginsel als zelfstandig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Ten slotte kan de transparantieplichting (alsmede het transparantiebeginsel) worden geconcretiseerd. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan een aantal concrete vereisten worden afgeleid. Deze vereisten worden in dit boek aangeduid als *transparantievereisten* en vormen dus onderdeel van de transparantieplichting.

De transparantieplichting die in dit onderzoek centraal staat, is de Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke transparantieplichting. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>5</sup> en het Hof van Justitie<sup>6</sup> strekt de transparantieplichting in essentie ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Dit betekent in het bijzonder dat aanbestedende diensten bij het begin van een aanbestedingsprocedure een 'passende mate van openbaarheid' moeten betrachten. De transparantieplichting is door de Hoge Raad op 9 mei 2014 als volgt omschreven:

'Uit vaste rechtspraak van het HvJEU (zie onder meer HvJEU 29 april 2004, C-496/99 P, ECLI:NL:XX:2004:BG2419 (Succhi di Frutta), punten 108 en 110) volgt dat de aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling moet respecteren. Dit beginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.

De aanbestedende dienst dient voorts het transparantiebeginsel in acht te nemen (zie genoemd arrest Succhi di Frutta, punt 111). Dat beginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Deze eisen betreffen mede de door de aanbestedende dienst te hanteren beoordelingssystematiek.<sup>7</sup>

5 O.a. HR 4 november 2005, BR 2006/36, m.nt. H. Nijholt en NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

6 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta).

7 HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078. Vgl. ook HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, TBR 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en ECLI:NL:HR:2012:BW9233. De Hoge Raad gebruikt een identieke formulering om de transparantieplichting te omschrijven, maar voegt hier nog aan toe: 'Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kunnen een drietal doelstellingen en negen verplichtingen die voortvloeien uit de transparantieplichting worden afgeleid. Deze zullen hierna bij de beantwoording van de eerste deelvraag (paragraaf 12.3) worden beschreven.

### 12.2.3 Reikwijdte van de transparantieplichting

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat de transparantieplichting niet alleen uit de aanbestedingsrichtlijnen<sup>8</sup> voortvloeit, maar ook rechtstreeks uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>9</sup> Dat de transparantieplichting uit het Unierecht voortvloeit, heeft enerzijds een uitbreiding en anderzijds een beperking van de reikwijdte van het vereiste tot gevolg.

De uitbreiding is erin gelegen dat de werkingssfeer niet beperkt is tot de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen, maar ook relevant is bij concessieovereenkomsten, IIB-diensten en opdrachten die de drempelwaarden niet overschrijden. In hoeverre de transparantieplichting toegepast moet worden bij vergunning- en subsidieverlening is minder duidelijk. Om deze reden wordt hierop ingegaan bij de beantwoording van de tweede deelvraag (paragraaf 12.4).

De beperking is gelegen in het feit dat het Unierecht in beginsel niet van toepassing is op zuiver interne situaties.<sup>10</sup> De vraag wanneer sprake is van een zuiver interne situatie mag niet te terughoudend worden beantwoord.<sup>11</sup> Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de transparantieplichting in acht moet worden genomen wanneer sprake is van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. Als geen sprake is van een dergelijk duidelijk grensoverschrijdend belang en dus het Unierecht niet van toepassing is, kan 'vrijwillige' adoptie van een Unierechtelijke verplichting plaatsvinden als een lidstaat deze communautaire verplichting een mooie aanvulling acht, of om te voorkomen

---

gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsheeft, zoals de selectiecriteria.'

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

9 Artikel 49 en 56 VWEU, voorheen artikel 43 en 49 EG-Verdrag.

10 Zie bijv. ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444.

11 Zie hierover ook de Conclusie van A-G Bot van 17 december 2009 bij het Betfair-arrest (C-203/08). Vgl. ook HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, AB 2012/324, m.nt. A. Drahmman.

dat in de nationale rechtsorde twee varianten van dezelfde verplichting moeten worden toegepast.<sup>12</sup>

Gelet op de doelstellingen van de transparantieverplichting, waaronder het uitbannen van favoritisme en willekeur en het creëren van eerlijke mededinging door het bieden van gelijke kansen aan alle potentieel geïnteresseerde partijen, is verdedigbaar dat de transparantieverplichting een dergelijke aanvulling van het Nederlandse bestuursrecht zou kunnen zijn. Bovendien vind ik een dergelijke rechtsongelijkheid tussen Unieburgers, zeker als het een norm als de transparantieverplichting betreft die partijen moet beschermen tegen favoritisme en willekeur van de overheid, moeilijk te rechtvaardigen. Dit onderzoek beperkt zich daarom niet tot de vraag wanneer de Unierechtelijke transparantieverplichting in acht *moet* worden genomen, maar omvat ook de vraag of in zuiver interne situaties de in het Unierecht geformuleerde transparantieverplichting al door de bestuursrechter voldoende wordt geborgd door toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de Awb of dat de transparantieverplichting nog van toegevoegde waarde zou kunnen zijn voor het Nederlandse bestuursrecht. Op deze vraag wordt met name ingegaan in paragraaf 12.5 en 12.6 van deze slotbeschouwing.

#### 12.2.4 De rol van de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse rechten

De transparantieverplichting speelt in het bestuursrecht een rol bij de verdeling van schaarse besluiten, omdat daarbij sprake is van (potentiële) concurrentie, waarbij er meer geïnteresseerden dan beschikbare rechten zijn. In een dergelijke situatie is het mijns inziens vanzelfsprekend dat als er dan toch een situatie van concurrentie (mededinging) wordt gecreëerd, deze mededinging 'eerlijk' moet plaatsvinden, oftewel dat alle potentiële gegadigden gelijke kansen hebben om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. De transparantieverplichting vormt een concretisering van hoe een besluitvormingsprocedure vormgegeven moet worden om die gelijke kansen te kunnen borgen.

De beroepsgronden die in procedures over schaarse besluiten bij de bestuursrechter worden aangevoerd, vertonen overeenkomsten met de gronden die in civiel kort geding worden aangevoerd tegen de gunning van een overheidsopdracht. De civiele rechter toetst daarbij aan de transparantieverplichting en het beginsel van gelijke kansen, terwijl de bestuursrechter toetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids- en motive-

---

12 Widdershoven 2004, p. 293-327, i.h.b. p. 307-308. Indien de Unierechtelijke transparantieverplichting op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk wordt gemaakt door het nationale recht, zal het Hof van Justitie zich ook bevoegd achten om deze verplichting uit te leggen in zuiver interne situaties (aldus o.a. HvJ EU 21 december 2011, C-482/10, AB 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven).

ringsbeginsel. Zo kan uit jurisprudentie van het CBB worden afgeleid dat uit het niet opnemen van verdelingsregels volgens het CBB volgt dat het bestuursorgaan een systeem van verdeling op volgorde van binnenkomst heeft beoogd.<sup>13</sup> Een dergelijk impliciete keuze voor een verdeelsysteem is echter moeilijk te rijmen met de jurisprudentie van het Hof van Justitie die bepaalt dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst moet worden uitgebannen door alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure te formuleren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. In dit onderzoek wordt daarom onder meer bezien of de transparantieplichting een toegevoegde waarde zou kunnen hebben voor het Nederlandse bestuursrecht. Daarbij is van belang dat volgens vaste jurisprudentie van het CBB aan schaarse besluitvorming, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen dienen te worden gesteld.<sup>14</sup> Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met de Unierechtelijke transparantieplichting die in dit onderzoek centraal staat. De transparantieplichting kan dan ook wellicht gezien worden als een nadere inkleuring van de door het CBB geformuleerde 'zware eisen'. Op de vraag welke rol de transparantieplichting zou kunnen spelen bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlands bestuursrecht wordt met name ingegaan in paragraaf 12.5 en 12.6 van deze slotbeschouwing.

### 12.3 DEELVRAAG 1

*Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie over aanbestedingsrechtelijke procedures blijkt dat moet worden voldaan aan transparantievereisten. Wat houden deze transparantievereisten in?*

De eerste deelvraag is de vraag welke concrete transparantievereisten door het Hof van Justitie zijn gesteld. Deze deelvraag is – met name – beantwoord in de artikelen/hoofdstukken getiteld 'Op naar een transparant(er) 2012; een overzicht van één jaar transparantierechtspraak' (hoofdstuk 3 en 4 van dit boek) en paragraaf 3 van 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?' (hoofdstuk 9 van dit boek).

Hierna zullen eerst de Unierechtelijke transparantievereisten zoals die volgen uit jurisprudentie van het Hof van Justitie worden beschreven en vervolgens een aantal uitspraken van de Nederlandse civiele (kort geding) rechter over de transparantieplichting.

---

13 CBB 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

14 O.a. CBB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel.

### 12.3.1 De Unierechtelijke transparantieplichting zoals die volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kunnen een drietal doelstellingen die voortvloeien uit de transparantieplichting worden afgeleid. Belangrijk daarbij is dat volgens het Hof van Justitie de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting niet een doel op zich vormt, maar moet worden begrepen in het licht van de doelstellingen die met dat beginsel worden nagestreefd.<sup>15</sup> De eerste doelstelling van de transparantieplichting is het openen van de markt voor mededinging.<sup>16</sup> De tweede doelstelling is te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen.<sup>17</sup> De derde en laatste doelstelling is het verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of elke potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie (ook wel omschreven als het waarborgen van de gelijkheid van kansen).<sup>18</sup>

Daarnaast kan uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook een aantal concrete vereisten die voortvloeien uit de transparantieplichting worden afgeleid. Deze jurisprudentie heeft in de meeste gevallen betrekking op geschillen over overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten ('aankoopingsrecht'). Hoewel op de reikwijdte van de transparantieplichting in de volgende paragraaf wordt ingegaan, merk ik hier al op dat er aanknopingspunten zijn om deze vereisten (naar analogie) toe te passen op schaarse besluiten als vergunningen en subsidies. De reden hiervoor is dat er nog weinig jurisprudentie van het Hof van Justitie is over schaarse besluiten, maar in de jurisprudentie die er is, gebruikt het Hof van Justitie identieke terminologie over de betekenis van de transparantieplichting en verwijst het Hof naar eerdere jurisprudentie over overheidsopdrachten.<sup>19</sup>

Op basis van de beschikbare jurisprudentie van het Hof van Justitie heb ik de transparantieplichting onderverdeeld in de volgende negen transparantievereisten.

Ten eerste moet aan elke potentiële aanvrager *een passende mate van openbaarheid* worden gegarandeerd: alle potentiële aanvragers moeten vóór de indiening van hun aanvraag kennis kunnen nemen van de criteria waaraan de aanvraag moet voldoen alsmede van het relatieve belang van elk van deze

---

15 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12.

16 O.a. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98.

17 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99.

18 O.a. HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10.

19 O.a. GEU 15 april 2011, T-297/05, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman (over transparante subsidieverlening), HvJ EU 3 juni 2010, C-203/8, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze, JB 2010/181, m.nt. C.J. Wolswinkel en NJ 2010/491, m.nt. M.R. Mok en HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, NJ 2014/96, m.nt. M.R. Mok, TA 2014/6, m.nt. A. Drahmman en JAAN 2014/3, m.nt. A. Drahmman (beide over transparante vergunningverlening).

criteria.<sup>20</sup> In de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (de 'Interpretatieve Mededeling')<sup>21</sup> wordt benadrukt dat een 'selectieve aanpak'<sup>22</sup> alsmede alle vormen van 'passieve publiciteit'<sup>23</sup> in strijd met dit transparantievereiste zijn. Er wordt alleen aan de transparantieplichting voldaan door de bekendmaking van een 'voldoende toegankelijke aankondiging'.<sup>24</sup>

Ten tweede moeten *alle voorwaarden en modaliteiten* van de verdeelprocedure vooraf worden *geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze*. Hierdoor wordt de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan afgebakend. Het bestuursorgaan moet (aan de hand van de door de aanvragers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken) in staat zijn om na te gaan of de aanvragen beantwoorden aan de gestelde criteria.<sup>25</sup>

---

20 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 en HvJ EG 7 december 2000, C-324/98.

21 Interpretatieve mededeling van de Europese 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 Hieronder wordt verstaan dat een aanbestedende dienst zelf contact opneemt met een aantal potentiële inschrijvers. Dit is onvoldoende, zelfs als de aanbestedende dienst zich niet tot ondernemingen uit eigen land beperkt of als de dienst probeert alle potentiële leveranciers te bereiken.

23 Hieronder wordt verstaan dat een aanbestedende dienst reageert op verzoeken om informatie van aanvragers die op eigen gelegenheid te weten zijn gekomen dat een opdracht wordt geplaatst.

24 Bestuursorganen mogen zelf besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking. Hierbij moet volgens de Europese Commissie gekeken worden naar de relevantie van de opdracht voor de interne markt en in het bijzonder naar het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de sector. Als voorbeelden voor passende en algemeen gebruikte media geeft de Europese Commissie: (i) Internet, (ii) Staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, nationale en regionale kranten en vakbladen, (iii) lokale media (weliswaar mogen aanbestedende diensten nog steeds lokale media, zoals plaatselijke kranten, gemeentelijke aankondigingsbladen of zelfs aanplakborden gebruiken, maar omdat deze alleen een bekendmaking op strikt plaatselijk niveau garanderen, is dit alleen geschikt voor speciale gevallen, zoals zeer kleine opdrachten waarvoor alleen een lokale markt bestaat), (iv) Publicatieblad van de Europese Unie/ TED (Tenders Electronic Daily) (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)). De bekendmaking van een schaarse besluitvormingsprocedure kan dan ook beperkt blijven tot een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de het schaarse recht, de verdeelprocedure en de contactgegevens van het bestuursorgaan dienst om daar de nadere informatie (onderliggende stukken) op te kunnen vragen.

25 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 en HvJ EU 12 september 2013, C-660/11 en C-8/12.

Het derde vereiste is dat *alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria moeten kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren.*<sup>26</sup>

Ten vierde moet een *uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen* worden gesteld. Hierdoor beschikken alle aanvragers na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging) over evenveel tijd om hun aanvraag voor te bereiden.<sup>27</sup> In de Interpretatieve Mededeling stelt de Europese Commissie dat de termijnen ook passend moeten zijn. De termijnen voor het indienen van een aanvraag moeten lang genoeg zijn om ondernemingen uit andere lidstaten in staat te stellen een zinvolle evaluatie te maken en hun aanvraag voor te bereiden.

Het vijfde transparantievereiste is dat *geen rekening mag worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager*, omdat deze aanvrager dan wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten.<sup>28</sup> Wel kan een bestuursorgaan een aanvrager verzoeken de ingediende gegevens gericht te verbeteren of aan te vullen, mits dat verzoek betrekking heeft op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de indieningstermijn. Als in de verdelingsregels is bepaald dat het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting bij de aanvraag moet worden verstrekt, is aanvulling van de aanvraag ook niet meer mogelijk, omdat een bestuursorgaan nauwgezet de door hemzelf vooraf vastgestelde criteria in acht moet nemen. Een dergelijk verzoek mag bovendien niet in het voordeel of nadeel zijn van de gegadigde(n) tot wie dit verzoek is gericht.<sup>29</sup>

Ten zesde moet het bestuursorgaan de *criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen.*<sup>30</sup>

Ten zevende moeten de *criteria bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers.*<sup>31</sup>

---

26 O.a. HvJ EG18 oktober 2001, C-19/00 en HvJ EG 29 april 2004, C-496/99.

27 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94.

28 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94.

29 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12. Vgl. ook HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, waarin wordt geoordeeld dat als het een aanbestedende dienst zou worden toegelaten een gegadigde om preciseringen te verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht, dit een risico zou opleveren dat het zou lijken alsof de aanbestedende dienst, in geval de inschrijving van die gegadigde uiteindelijk zou worden gekozen, over deze inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere gegadigden, en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting. Bovendien is de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie niet verplicht om contact op te nemen met de betrokken gegadigden, aangezien de onduidelijkheid van de inschrijving het gevolg is van een tekortschieten in de zorgvuldigheidsplicht van de gegadigden.

30 O.a. HvJ EG18 oktober 2001, C-19/00.

31 O.a. HvJ EG18 oktober 2001, C-19/00.

Ten achtste moeten verdeelprocedures op *onpartijdigheid kunnen worden getoetst*. Hiervoor is het noodzakelijk dat het schaarse besluit wordt gemotiveerd. Het beginsel van gelijke behandeling omvat een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd.<sup>32</sup>

Het negende en laatste transparantievereiste is dat *wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit in beginsel niet mogelijk zijn*. Een wijziging kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer hierbij verplichtingen worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke verdeelprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen aanvraag. Als het bestuursorgaan om bepaalde redenen, nadat het besluit is genomen, bepaalde voorschriften, voorwaarden of verplichtingen wil kunnen wijzigen, dan dient het bestuursorgaan deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het wettelijk voorschrift (of daarop gebaseerde nadere regels) waarop de verdeelprocedure is gebaseerd.<sup>33</sup>

Al deze negen verplichtingen hebben als kenmerk dat zij zorgdragen voor een transparante verdeelprocedure doordat zij bijdragen aan de kenbaarheid en objectiviteit van alle onderdelen van de procedure en daarmee aan de gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers in die procedure.

### 12.3.2 De transparantieverplichting zoals die volgt uit jurisprudentie van de Nederlandse civiele (kort geding) rechter

De transparantieverplichting is gecodificeerd in de Aanbestedingswet 2012 (en haar voorganger, het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao)). De Nederlandse civiele (kort geding) rechter heeft de afgelopen jaren dan ook veel uitspraken gedaan over de toepassing van de transparantieverplichting in aanbestedingsrechtelijke geschillen. Hierna zullen een aantal voorbeelden uit het jaar 2012 worden gegeven.<sup>34</sup> Deze uitspraken geven een nadere duiding van de door het Hof van Justitie geformuleerde verplichtingen en de toepassing daarvan in Nederland.

Met betrekking tot de passende mate van openbaarheid is van belang dat als er een tegenstrijdigheid in de bekendmaking staat die geïnteresseerden er mogelijk van heeft weerhouden om in te schrijven, de aanbestedingsprocedure moet worden ingetrokken.<sup>35</sup>

---

32 O.a. HvJ EG 4 december 2003, C-448/01.

33 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08. Vgl. ook HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06.

34 Voor het jurisprudentieoverzicht in hoofdstuk 3 en 4 is gezocht is op rechtspraak.nl en curia.europa.eu op alle uitspraken die tussen 1 januari 2012 en 31 december 2012 zijn gepubliceerd en de woorden 'transparantie\*' of 'doorzichtigheid\*' bevatten. Voor deze samenvattende slotbeschouwing is een selectie gemaakt van de mijns inziens meest illustratieve uitspraken over de transparantieverplichting.

35 Rb. Leeuwarden (Vz.) 5 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2163.

Met betrekking tot de duidelijkheid van de gestelde eisen is allereerst van belang dat de civiele rechter voor de uitleg van de eisen uit de aanbestedingsdocumentatie de zogenaamde 'CAO-norm' hanteert. Dit betekent dat eisen worden uitgelegd naar objectieve maatstaven binnen de context van alle aanbestedingsdocumentatie.<sup>36</sup> Een eis waar maar twee partijen aan kunnen voldoen leidt tot een te beperkte toegang tot de opdracht.<sup>37</sup> Als iets niet expliciet uit de aanbestedingsstukken volgt, zal onderzocht moeten worden of datgene op grond van hetgeen in de aanbestedingsdocumenten is vermeld voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver desalniettemin duidelijk diende te zijn.<sup>38</sup> Met (gebrek aan) ervaring van de inschrijvers mag geen rekening worden gehouden.<sup>39</sup> Ook mag geen rekening worden gehouden met eventuele bij de aanbestedende dienst aanwezige kennis over het voldoen aan (bepaalde) eisen door een inschrijver of met kennis en ervaring uit het verleden.<sup>40</sup> Wel kan een rol spelen wat gebruikelijk is in de branche waar de opdrachtverlening betrekking op heeft.<sup>41</sup>

Met betrekking tot de objectiviteit van de gestelde eisen heeft de Voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem geoordeeld dat het beoordelen van een presentatie of een gebruikerstest naar zijn aard subjectief is. Deze criteria kunnen toch deugdelijke criteria zijn, mits deze voldoende verband houden met de uitvoering van de opdracht. Wel speelt daarbij een rol of de beoordeling wordt uitgevoerd door deskundigen.<sup>42</sup>

In het aanbestedingsrecht speelt daarnaast de nota van inlichtingen een grote rol. Als in een kort geding wordt betoogd dat een criterium in strijd is met de transparantieplichting, kan ook van belang zijn of de inschrijver vragen heeft gesteld in de inlichtingenprocedure. Als dit niet het geval is, kan geoordeeld worden dat dit voor risico van de inschrijver komt.<sup>43</sup>

Met betrekking tot de mogelijkheid om de eenmaal gestelde eisen nog te wijzigen, heeft de Voorzieningenrechter van de rechtbank Alkmaar geoordeeld dat het in beginsel niet mogelijk is om kort voor het verstrijken van de inschrijftermijn nog wezenlijke wijzigingen in de aanbestedingsdocumentatie aan te brengen. Een wijziging moet tijdig aan alle potentiële inschrijvers bekend worden gemaakt, zodat zij hun inschrijving hierop kunnen aanpassen. Daarbij kan van belang zijn of het document (bijvoorbeeld de nota van inlichtingen) door alle geïnteresseerden is gedownload.<sup>44</sup>

---

36 O.a. Hof Leeuwarden 20 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635, HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 en HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889.

37 Rb. Arnhem (Vz.) 2 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX7020.

38 Rb. Dordrecht (Vz.) 18 oktober 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY0431.

39 Rb. Den Haag (Vz.) 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.

40 Rb. Den Haag (Vz.) 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.

41 Rb. Arnhem (Vz.) 3 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312.

42 Rb. Haarlem (Vz.) 6 maart 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7715.

43 O.a. Hof Den Bosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1472.

44 Rb. Alkmaar (Vz.) 23 augustus 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BY1651.

Met betrekking tot de beoordeling van de ingediende inschrijvingen is geoordeeld dat, door bij de beoordeling nieuwe (sub)gunningscriteria te introduceren, in de aanbestedingsstukken genoemde (sub)gunningscriteria te wijzigen of niet vooraf bekendgemaakte wegingsfactoren te hanteren, in strijd is gehandeld met de transparantieplichting.<sup>45</sup> Het duiden en waarden van concrete verschillen tussen inschrijvingen heeft echter niet automatisch het introduceren van nieuwe gunningscriteria tot gevolg. Hiervan is slechts sprake als een inschrijver een bepaalde (concrete) toepassing van de gunningscriteria niet behoefde te verwachten en die (concrete) toepassing van de gunningscriteria – als zij vooraf bekend was geweest – ook tot andere aanbestedingen had geleid.<sup>46</sup> Ook het algemene uitgangspunt dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen, komt in jurisprudentie aan de orde. Een uitzondering wordt gemaakt voor het verbeteren of aanvullen van inschrijvingen als deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Ook bij een verzoek van een aanbestedende dienst om een dergelijke nadere toelichting moeten alle inschrijvers gelijk worden behandeld.<sup>47</sup> De mogelijkheid om aanvullende informatie te vragen aan een inschrijver, kan onder omstandigheden ook verplicht zijn, bijvoorbeeld als sprake is van een onduidelijkheid in de aanbestedingsdocumentatie.<sup>48</sup> Voor het beoordelen van de inschrijvingen wordt vaak gebruik gemaakt van beoordelingscommissies, maar er bestaat geen verplichting om externe personen bij het beoordelingsproces te betrekken. De samenstelling van een technische beoordelingscommissie hoeft niet van tevoren bekend te zijn.<sup>49</sup>

Met betrekking tot de motiveringsplicht van de gunningsbeslissing is geoordeeld dat een latere aanvulling van de relevante redenen van de beslissing in beginsel niet mogelijk is. Een nadere toelichting is mogelijk, maar het aanvoeren van nieuwe redenen niet.<sup>50</sup> Er bestaat geen verplichting om informatie beschikbaar te stellen die de commerciële belangen van de inschrijvers zou kunnen schaden.<sup>51</sup>

---

45 Rb. Rotterdam (Vz.) 10 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760.

46 Rb. Amsterdam (Vz.) 7 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7787 en Rb. Amsterdam (Vz.) 21 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8489.

47 Hof Arnhem 7 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4609. Vgl. Rb. Den Haag (Vz.) 13 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7357 en Rb. Arnhem (Vz.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV3641.

48 Rb. Utrecht (Vz.) 7 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6236.

49 Rb. Utrecht (Vz.) 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3372 en Rb. Amsterdam (Vz.) 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6264.

50 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen.

51 Rb. Almelo (Vz.) 4 juni 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW7664 en ECLI:NL:RBALM:2012:BW7541.

In civiele procedures komt, net als in het bestuursrecht, de beleidsvrijheid van bestuursorganen, alsmede de daaruit voortvloeiende terughoudende toetsing door de rechter, aan de orde. Aanbestedende diensten hebben een grote mate van vrijheid bij het kiezen van de gunningscriteria, de inrichting van een aanbestedingsprocedure, het bepalen van de beoordelingssystematiek en het beoordelen van deze criteria. De voorzieningenrechter toetst terughoudend: behoudens in geval van grove fouten en andere evidente misslagen is het niet aan de voorzieningenrechter om te treden in de beoordeling die het beoordelingsteam van de aanbestedende dienst gegeven heeft aan de inschrijvingen. Bij deze terughoudende toets is van belang of een aanbestedende dienst het beoordelingsproces ten aanzien van objectiviteit en zorgvuldigheid voldoende heeft gewaarborgd, bijvoorbeeld door een (externe) (deskundige) beoordelingscommissie. Deze terughoudendheid past niet als de aanbestedingsstukken moeten worden uitgelegd. Beoordeeld moet worden of de eisen zijn geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Als partijen geen (expliciet) beroep doen op de transparantieverplichting wordt niet buiten het geschil getreden als de voorzieningenrechter de rechtsgronden aanvult.<sup>52</sup>

Volgens het Hof van Justitie zijn wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van eenmaal gegunde opdrachten in beginsel niet mogelijk.<sup>53</sup> Uit jurisprudentie van de Nederlandse civiele rechter blijkt dat van een wezenlijke wijziging sprake is als: (1) een aanbesteder voorwaarden invoert, die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (a) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of (b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; (2) een aanbesteder de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of (3) een aanbesteder het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. Zo kan een alternatieve wijze van uitvoering, ook als deze besteksconform is, een wezenlijke wijziging vormen.<sup>54</sup>

Tot slot is interessant om te bezien welke consequentie de civiele rechter aan een schending van de transparantieverplichting verbindt. Allereerst is het

---

52 Rb. Amsterdam (Vz.) 7 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7787, Rb. Den Haag (Vz.) 16 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5239, Hof Arnhem 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY2248.

53 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall). Vgl. ook HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur).

54 O.a. Rb. Amsterdam (Vz.) 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050, Rb. Amsterdam (Vz.) 1 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3758 en Rb. Den Haag 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155.

mogelijk dat een vordering tot heraanbesteding wordt toegewezen.<sup>55</sup> In plaats van een heraanbesteding kan soms een herbeoordeling van de ingediende inschrijvingen afdoende zijn.<sup>56</sup> Ook kan een bevel tot gunning worden gegeven, maar dit is alleen mogelijk als duidelijk is aan wie de opdracht gegund moet worden en komt daarom niet vaak voor.<sup>57</sup> Ook vervangende schadevergoeding behoort tot de mogelijkheden.<sup>58</sup>

### 12.3.3 Conclusie

Op basis van het voorgaande kan de vraag worden beantwoord wat de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantievereisten inhouden.

Twee belangrijke uitgangspunten zijn dat transparantievereisten waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen en dat transparantievereisten moeten verzekeren dat elke potentiële aanvrager kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie. Deze uitgangspunten kunnen worden gerealiseerd door diverse vormen van openbaarheid. Deze transparantievereisten gelden zowel voor, tijdens als na de verdeelprocedure.

Vóór de verdeelprocedure moeten alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen moet worden gesteld, zodat alle aanvragers over evenveel tijd beschikken om hun aanvraag voor te bereiden.

Tijdens de verdeelprocedure moet het bestuursorgaan in staat zijn om na te gaan of de aanvragen beantwoorden aan de (vooraf) gestelde criteria. Geen rekening mag worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke

---

55 Als deze vordering wordt toegewezen, dan zal de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure helemaal opnieuw moeten organiseren. Rb. Rotterdam (Vz.) 10 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760, Rb. Den Haag (Vz.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1636 en ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1638, Rb. Haarlem (Vz.) 14 juni 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX0160, Rb. Maastricht (Vz.) 27 februari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV7037 en Rb. Zutphen (Vz.) 1 maart 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5058.

56 O.a. Rb. Den Haag (Vz.) 17 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8342.

57 Bij een dergelijk bevel moet de aanbestedende dienst de opdracht gunnen aan (en de bijbehorende overeenkomst sluiten met) één bepaalde partij (de eisende partij en dus niet de partij aan voorlopige gunning was gericht). O.a. Rb. Leeuwarden (Vz.) 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015, Rb. Den Haag (Vz.) 25 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3356, Rb. Den Haag (Vz.) 13 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5065, Rb. Arnhem (Vz.) 3 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312 en Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806.

58 Rb. Amsterdam (Vz.) 29 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1677 en Rb. Utrecht 14 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5823.

aanvraag van één enkele aanvrager. Het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen. De criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers.

Ten slotte moet, na de verdeelprocedure, de procedure op onpartijdigheid kunnen worden getoetst door een motivering van het besluit. Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk.

Indien de transparantieverplichting in acht wordt genomen, hebben alle (potentiële) aanvragers dezelfde kansen om voor het schaarse recht in aanmerking te komen, waardoor de relevante markt voor mededinging is geopend en het beoogde doel van de transparantieverplichting wordt bereikt.

#### 12.4 DEELVRAAG 2

*Wat is de reikwijdte van de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantieverplichting?*

Deze deelvraag is – met name – beantwoord in de artikelen/hoofdstukken getiteld 'Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen' (hoofdstuk 5 van dit boek), 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?' (hoofdstuk 6 van dit boek) en 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?' (hoofdstuk 7 van dit boek). In het artikel/hoofdstuk getiteld 'De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht' (hoofdstuk 10 van dit boek) is bezien in hoeverre de transparantieverplichting zou kunnen worden toegepast in het omgevingsrecht. Hierna zullen de belangrijkste bevindingen uit deze hoofdstukken worden beschreven. Daarnaast zal ingegaan worden op enkele recente ontwikkelingen, zoals het vaststellen van nieuwe richtlijnen door het Europees Parlement. Deze ontwikkelingen zijn niet beschreven in voornoemde artikelen/hoofdstukken.

Eerst zal de reikwijdte van de Unierechtelijke transparantieverplichting kort worden beschreven. Vervolgens zal ingegaan worden op twee grijze gebieden bij het bepalen van de reikwijdte van de transparantieverplichting, namelijk het onderscheid tussen een vergunning en een concessie en het onderscheid tussen een subsidie en een opdracht. Ten slotte zal worden ingegaan op de vraag hoe de reikwijdte van de transparantieverplichting zou kunnen – en wellicht moeten – worden uitgebreid.

### 12.4.1 Reikwijdte van de Unierechtelijke transparantieplichting

De Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke transparantieplichting moet blijkens jurisprudentie van het Hof van Justitie in acht worden genomen bij: (i) het verstrekken van een opdracht die valt binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG; (ii) het verlenen van een concessie voor diensten; (iii) IIB-diensten; (iv) het verstrekken van een opdracht die de drempelwaarden van Richtlijn 2004/18/EG niet overschrijdt; (v) het verlenen van een vergunning aan een of enkele ondernemers 'aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten' en (vi) Europese subsidies.<sup>59</sup> Deze zes categorieën zullen hierna kort worden toegelicht.

Achtereenvolgens zal worden ingegaan op Richtlijn 2004/18/EG en het non-discriminatieverbod (A), de Aanbestedingswet 2012 (B), de nieuwe richtlijnen 2014/23/EU en 2014/24/EU (C), Richtlijn 2006/123/EG (D), vergunningverlening (E), Europese subsidies (F), het onderscheid tussen werken, leveringen en diensten (G), het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (H), de Europese wet bestuursrecht (I) en de werkingssfeer van het Unierecht (J).

#### A) *Richtlijn 2004/18/EG en het non-discriminatieverbod*

Op grond van artikel 2 van Richtlijn 2004/18/EG<sup>60</sup> behandelen aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten zij transparantie in hun handelen.<sup>61</sup> De Richtlijn is van toepassing op overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten boven een bepaalde drempelwaarde. Buiten twijfel is dus dat deze transparantieplichting, sinds de implementatie van de Richtlijn in Nederland, in acht moet worden genomen bij deze opdrachtverstrekking.

Het toepassingsbereik van de Richtlijn is, naast de al genoemde drempelwaarde, echter op bepaalde onderdelen beperkt. Allereerst is de Richtlijn niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten. Ten tweede is de Richtlijn niet van toepassing op bepaalde in de bijlage bij de Richtlijn genoem-

59 Volledigheidshalve wijs ik in dit verband nog op de 'private aanbesteding'. Bij een private aanbesteding besluit een private partij vrijwillig om een 'aanbesteding' te organiseren. Hij kan daarbij besluiten ook het transparantiebeginsel in acht te nemen (o.a. HR 3 mei 2013, TBR 2013/118, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen).

60 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

61 Daarnaast is ook van belang Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

de diensten. Het Hof van Justitie heeft echter geoordeeld dat de transparantie-verplichting ook hier in acht moet worden genomen, omdat de transparantie-verplichting rechtstreeks voortvloeit uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>62</sup> De transparantieplichting behoort daarmee tot het primaire Unierecht.<sup>63</sup>

B) *Aanbestedingswet 2012*

Richtlijn 2014/18/EG was in Nederland eerst in het Bao<sup>64</sup> geïmplementeerd en sinds 1 april 2013 in de Aanbestedingswet 2012.<sup>65</sup> De Aanbestedingswet bepaalt dat bij zowel Europese aanbestedingen als nationale aanbestedingen een aanbestedende dienst transparant moet handelen.<sup>66</sup> Ook voor opdrachten die binnen het toepassingsbereik van de Aanbestedingswet 2012 vallen, staat dus buiten twijfel dat de transparantieplichting in acht moet worden genomen.

C) *Nieuwe richtlijnen: Richtlijn 2014/23/EU en Richtlijn 2014/24/EU*

Op 28 maart 2014 zijn nieuwe richtlijnen in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerd. Naast een nieuwe richtlijn voor overheidsopdrachten is er ook een richtlijn voor concessieovereenkomsten vastgesteld.<sup>67</sup> Nederland zal deze richtlijnen uiterlijk op 18 april 2016 moeten implementeren.

---

62 De artikelen 49 en 56 VWEU, voorheen de artikelen 43 en 49 EG-Verdrag. Voor concessies heeft het Hof van Justitie dit geoordeeld in o.a. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, NJ 2001/387 (Telaustia) en HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (Coname); voor IIB-diensten in o.a. HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, NJ 2008/101, m.nt. M.R. Mok (An Post) en HvJ EU 18 november 2010, C-226/09 (Commissie/Ierland) en voor opdrachten die de drempelwaarden niet overschrijden in o.a. HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04, BR 2008/111, m.nt. P.H.L.M. Kuypers (Commissie/Italië), HvJ EG 18 december 2007, C-220/06, NJ 2008/281 (Correos).

63 De Europese Commissie heeft hierover een Interpretatieve Mededeling vastgesteld (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/C179/02).

64 Stb. 2005, 408.

65 Stb. 2012, 542.

66 Artikel 1.9 en 1.12 Aanbestedingswet 2012. De bepaling voor 'nationale aanbestedingen' geldt voor aanbestedende diensten waarop de afdeling over Europese aanbestedingen (op grond van artikel 1.7) niet van toepassing is en die uit eigen beweging een aankondiging hebben bekendgemaakt.

67 Daarnaast is ook nog vastgesteld 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.

Richtlijn 2014/24/EU betreft het plaatsen van overheidsopdrachten.<sup>68</sup> Artikel 18 omschrijft de aanbestedingsbeginselen. Het eerste lid bepaalt dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en op een transparante en proportionele wijze handelen. Richtlijn 2014/23/EU betreft het plaatsen van concessieovereenkomsten.<sup>69</sup> De transparantieplichting is neergelegd in artikel 3 van de Richtlijn.

Voor de reikwijdte en betekenis van de transparantieplichting zullen de nieuwe Richtlijnen naar verwachting geen gevolgen hebben. Zowel in de huidige als in de nieuwe richtlijnen voor het verstrekken van opdrachten wordt de transparantieplichting immers gecodificeerd. Voor het verlenen van dienstenconcessies zal de ongeschreven, door het Hof van Justitie geïntroduceerde, transparantieplichting worden gecodificeerd in de Concessierichtlijn.

D) *Richtlijn 2006/123/EG*

Richtlijn 2006/123/EG, beter bekend als de Dienstenrichtlijn, heeft als doel het vrij verkeer van diensten te vergemakkelijken.<sup>70</sup>

De Dienstenrichtlijn bevat verplichtingen voor 'vergunningstelsels'.<sup>71</sup> Het aantal beschikbare vergunningen in de zin van de Dienstenrichtlijn kan beperkt (schaars) zijn, maar dit hoeft niet. Voor de reikwijdte van de transparantieplichting zijn de artikelen 10 en 12 van belang. Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat vergunningstelsels moeten zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. Deze criteria moeten onder meer 'transparant en toegankelijk' zijn. Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat, als het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is wegens een schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden, een selectieprocedure moet worden vastgesteld. Dat betekent dat bestuursorganen een selectie uit de gegadigden moeten maken 'volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.'

---

68 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (L 94/65).

69 Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (L 94/1).

70 Zie uitgebreid over de Dienstenwet: Wolswinkel, *SEW* 2009/120, Wolswinkel, *REALaw* 2009, p. 61-104 en Buijze 2013, p. 199-200 en 207-208.

71 Onder een 'vergunningstelsel' wordt verstaan: 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit' (artikel 4 van de Dienstenrichtlijn).

De richtlijn heeft echter een beperkte reikwijdte. Ten eerste is de richtlijn uitsluitend van toepassing op het verrichten van diensten.<sup>72</sup> De Dienstenrichtlijn heeft geen betrekking op het vrije verkeer van goederen. De Afdeling heeft geoordeeld over een bestemmingsplan over detailhandel in supermarkten dat de verrichte economische activiteiten geen diensten vormen in de zin van de Dienstenrichtlijn, omdat de vrijheid van diensten in dit geval ondergeschikt is aan het vrije verkeer van goederen.<sup>73</sup> Ten tweede is de verplichting om een transparante selectieprocedure te volgen op grond van deze richtlijn, beperkt tot schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden.<sup>74</sup> Kunstmatige, om beleidsredenen geïntroduceerde, schaarse vergunningstelsels vallen dus niet onder deze bepaling. Ten slotte is van belang dat de richtlijn alleen van toepassing is op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. Dit heeft tot gevolg dat de richtlijn niet van toepassing is op voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw.<sup>75</sup> Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling is de Dienstenrichtlijn daarom niet van toepassing op bestemmingsplannen.<sup>76</sup>

Als de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is, hoeft dit mijns inziens niet te betekenen dat de transparantieverplichting niet van belang kan zijn bij vergunningverlening. In dat geval kan, zoals bijvoorbeeld in het *Betfair*-arrest het geval was, de transparantieverplichting direct uit het VWEU voortvloeien.

#### E) Vergunningverlening

Vergunningverlening valt buiten de reikwijdte van Richtlijn 2004/18/EG (en vaak ook Richtlijn 2006/123/EG), maar uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat bij sommige vergunningstelsels de fundamentele regels van het VWEU, waaronder de transparantieverplichting, in acht moeten worden genomen. Het betreft dan het verlenen van een vergunning aan een of enkele ondernemers 'aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd

---

72 Een 'dienst' in de Dienstenrichtlijn gedefinieerd als 'elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag' (artikel 4, aanhef en onder 1, van Richtlijn 2006/123/EG). Artikel 50 van het EG-Verdrag is thans artikel 57 VWEU. Het artikel bepaalt dat, in de zin van de Verdragen, als diensten worden beschouwd 'de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden: a) van industriële aard, b) van commerciële aard, c) van het ambacht, d) van de vrije beroepen.'

73 O.a. ABRvS 25 juni 2014, *TBR* 2014/133, m.nt. J.C. van Oosten en I.L. Haverkate.

74 Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn.

75 Overweging 9 van de Dienstenrichtlijn.

76 O.a. ABRvS 19 januari 2011, *AB* 2011/86, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, ABRvS 2 mei 2012, *AB* 2012/153, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten'.<sup>77</sup>

F) *Europese subsidies*

Ook subsidieverlening valt buiten de reikwijdte van Richtlijn 2004/18/EG, maar dat betekent niet dat de transparantieplichting niet in acht hoeft te worden genomen. Bij Europese subsidieverlening waarop Verordening (EG, Euratom) nr. 966/2012<sup>78</sup> – de opvolger van het Financieel Reglement<sup>79</sup> – van toepassing is, moet de toekenning van subsidies met inachtneming van de transparantieplichting en het beginsel van gelijke behandeling geschieden.<sup>80</sup>

Het Gerecht van de Europese Unie heeft een oordeel moeten geven over een procedure waarin niet dit Financieel Reglement van toepassing was, maar een eerdere versie waarin deze beginselen nog niet uitdrukkelijk werden genoemd. Het Gerecht oordeelt dat, gelet op het fundamentele belang van de transparantieplichting en het beginsel van gelijke behandeling, deze beginselen mutatis mutandis van toepassing zijn op deze procedure voor de toekenning van subsidies ten laste van de gemeenschapsbegroting.<sup>81</sup>

77 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/8, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze, JB 2010/181, m.nt. C.J. Wolswinkel en NJ 2010/491, m.nt. M.R. Mok (Betfair).

78 Artikel 125 van Verordening (EG, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie en tot intrekking van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002.

79 Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002.

80 Zie over de toepassing van de transparantieplichting in het Europees subsidie recht ook: Van den Brink 2012, p. 172-179 en 354-363.

81 Het Gerecht omschrijft de transparantieplichting voor subsidieverstrekking vervolgens op vrijwel identieke wijze als het Hof van Justitie dat doet in aanbestedingsrechtprocedures: 'Op begrotingsgebied heeft de verplichting tot doorzichtigheid, als het logische uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling, immers in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de begrotingsautoriteit wordt uitgebannen. Deze verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de toekenningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de uitnodiging tot het indienen van voorstellen worden geformuleerd. Alle informatie die relevant is voor een goed begrip van de uitnodiging tot het indienen van voorstellen moet dus zo snel mogelijk ter beschikking worden gesteld van alle marktdeelnemers die er potentieel een belang bij hebben om deel te nemen aan een procedure voor de toekenning van subsidies, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, anderzijds, de begrotingsautoriteit in staat is om metterdaad na te gaan of de voorgestelde projecten beantwoorden aan de vooraf bekendgemaakte selectie- en toekenningscriteria' (GEU 15 april 2011, T-297/05, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman).

G) *Werken, leveringen en diensten: Richtlijn 2004/18/EG en Richtlijn 2006/123/EG*

In de Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2004/18/EG) en Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG) wordt onderscheid gemaakt tussen werken, leveringen en (een beperkt aantal) diensten. De Aanbestedingsrichtlijn is niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten. Bovendien bevat de richtlijn verschillende drempelwaarden voor werken, leveringen en diensten. Voor de vraag of een aanbestedingsprocedure die voldoet aan de eisen van deze richtlijn moet worden gevolgd, is dus van belang of sprake is van een werk, levering of dienst. De Dienstenrichtlijn heeft eveneens betrekking op het verrichten van diensten, maar uitsluitend binnen de werkingssfeer van de richtlijn.<sup>82</sup> Indien de Aanbestedings- en Dienstenrichtlijn niet van toepassing zijn, kan de transparantieplichting niet op deze richtlijnen worden gebaseerd. In dat geval moet teruggevallen worden op het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>83</sup>

Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:

	Werk <sup>a</sup>	Levering <sup>b</sup>	Dienst <sup>c</sup>
Opdracht	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU
Concessie	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU	VWEU
Vergunning	VWEU	VWEU	Art. 10 en 12 Dienstenrichtlijn met aanvullende werking VWEU
Europese subsidie	Verordening nr. 966/2012 met aanvullende werking VWEU	Verordening nr. 966/2012 met aanvullende werking VWEU	Verordening nr. 966/2012 met aanvullende werking VWEU

- a Een 'werk' is 'het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen' (artikel 1 lid 2, onder b, van Richtlijn 2004/18/EG).
- b Een 'levering' heeft betrekking op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten (artikel 1 lid 2, onder c, van Richtlijn 2004/18/EG).
- c 'Overheidsopdrachten voor diensten' zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II van richtlijn 2004/18/EG bedoelde diensten (artikel 1 lid 2, onder b-d, van

82 Artikel 2 van Richtlijn 2006/123/EG.

83 Artikel 49 en 56 VWEU, voorheen artikel 43 en 49 EG-Verdrag.

Richtlijn 2004/18/EG). Daarnaast is een 'dienst' in de Dienstenrichtlijn gedefinieerd als 'elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag' (artikel 4, aanhef en onder 1, van Richtlijn 2006/123/EG). Artikel 50 van het EG-Verdrag is thans artikel 57 VWEU. Het artikel bepaalt dat, in de zin van de Verdragen, als diensten worden beschouwd 'de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden: a) van industriële aard, b) van commerciële aard, c) van het ambacht, d) van de vrije beroepen.'

H) *Handvest van de grondrechten van de Europese Unie*

De transparantieplichting (zoals dat centraal staat in dit onderzoek) is niet (expliciet) in het Handvest opgenomen.<sup>84</sup> Wel is in artikel 21 het non-discriminatieverbod opgenomen. Op grond van het tweede lid van dit artikel is, binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden. Dit is in lijn met de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de transparantieplichting rechtstreeks voortvloeit uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>85</sup>

I) *Naar een Europese wet bestuursprocesrecht?*

Het Research Network on EU Administrative Law, ReNEUAL heeft in de periode 2009-2014 gewerkt aan 'ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure'. Met deze Model Rules wordt beoogd om de algemene beginselen van het Unierecht te versterken en om best practices te formuleren. In Boek IV (Contracts) is in hoofdstuk 2, paragraaf 3 een 'Competitive award procedure' opgenomen. In deze paragraaf is onder meer een verplichting tot 'prior advertising' opgenomen. Artikel IV-16 (Equal treatment) bevat een algemene verplichting om transparantie en gelijke behandeling te garanderen gedurende de procedure. Book III betreft 'Single Case Decision-Making', oftewel het verlenen van beschikkingen. In hoofdstuk 2 (artikel II-6.4) wordt de 'Competitive award procedure' van overeenkomstige toepassing verklaard op aanvraagprocedures waarbij het aantal aanvragen dat toegewezen kan worden, beperkt is. De Model Rules hebben geen juridische status. Op 15 januari 2013 heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen waarin het de Commissie verzoekt om een voorstel in te dienen voor een verordening houdende een Europese wet bestuursprocesrecht.<sup>86</sup> Het is de vraag of een deel van Model

84 Indien de transparantieplichting in een andere, ruimere betekenis wordt gehanteerd, dan zijn het recht op inzage van documenten (artikel 42) en het recht op behoorlijk bestuur (artikel 41) relevant.

85 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, NJ 2010/367 (Wall AG/ Stadt Frankfurt am Main).

86 Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INI)).

Rules ook in deze Europese wet bestuursprocesrecht terecht zal komen. Van Ommeren en Wolswinkel noemen de Model Rules een bron van inspiratie voor het Nederlandse bestuursrecht en wijzen daarbij onder meer op de regeling voor de verdeling van schaarse publieke rechten die van toepassing is ongeacht of de verdeelprocedure resulteert in een overeenkomst of een beschikking. Zij verwachten dat de Model Rules een uitstralingseffect zullen hebben op het recht van de lidstaten, omdat het op termijn niet meer goed te rechtvaardigen valt waarom EU-autoriteiten aan wezenlijk andere voorschriften gebonden zouden zijn dan nationale autoriteiten.<sup>87</sup> Een dergelijk uitstralingseffect zou ik een goede ontwikkeling vinden.

J) *De werkingssfeer van het Unierecht: zuiver interne situaties*

Dat de reikwijdte van de transparantieverplichting niet is beperkt tot de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG komt doordat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de transparantieverplichting rechtstreeks voortvloeit uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>88</sup> De transparantieverplichting behoort daarmee tot het primaire Unierecht.<sup>89</sup> De reikwijdte van de Unierechtelijke transparantieverplichting is beperkt tot de werkingssfeer van het Unierecht. De verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten zijn niet van toepassing bij 'zuiver interne situaties'.<sup>90</sup> De vraag wanneer sprake is van een zuiver interne situatie mag niet te terughoudend worden beantwoord.<sup>91</sup> Met betrekking tot de Unierechtelijke transparantieverplichting heeft het Hof van Justitie bovendien geoordeeld dat 'de fundamentele regels van het VWEU en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling en de hieruit voortvloeiende transparantieverplichting' in acht moeten worden genomen wanneer sprake is van een opdracht of concessie met een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. Dit duidelijke grensoverschrijdende belang 'kan met name voortvloeien uit het economische belang van de geplande overeenkomst, de plaats van uitvoering ervan (...) of uit de technische kenmerken ervan'. Voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang is niet vereist dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Door een gebrek aan transparantie hebben de marktdeelnemers uit andere lidstaten immers geen reële mogelijk-

---

87 Van Ommeren en Wolswinkel, *NTB* 2014/23. Zie over de ReNEUAL Model Rules ook Addink, *NTB* 2014/24.

88 De artikelen 49 en 56 VWEU, voorheen de artikelen 43 en 49 EG-Verdrag.

89 De Europese Commissie heeft hierover een Interpretatieve Mededeling vastgesteld (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/C179/02).

90 Zie bijv. ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444.

91 Zie hierover ook de Conclusie van A-G Bot van 17 december 2009 bij het Betfair-arrest (C-203/08). Vgl. ook HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, AB 2012/324, m.nt. A. Drahmman.

heid gehad om hun belangstelling te uiten. Zodra vaststaat dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, geldt de transparantieplichting bovendien ten aanzien van elke potentiële inschrijver, ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als de instantie.<sup>92</sup> Het Hof van Justitie acht dus van belang of sprake is van een potentiële handelsbelemmering, terwijl Nederlandse rechters uitsluitend de feitelijke verhoudingen in de procedure in aanmerking lijken te nemen.<sup>93</sup>

K) *Grijs gebied?*

Op basis van het voorgaande zou geconcludeerd kunnen worden dat de reikwijdte van de transparantieplichting redelijk is uitgekristalliseerd. Maar zoals vrijwel altijd in het recht, zijn er grijze gebieden aan te wijzen. Ten eerste is er een grijs gebied tussen een vergunning en een concessieovereenkomst voor diensten. Ten tweede is er een grijs gebied tussen een subsidie en een opdracht. Hierna zal, in de paragrafen 12.4.2 en 12.4.3, uitgebreider ingegaan worden op het onderscheid tussen deze rechtsfiguren.

#### 12.4.2 Grijs gebied 1: de vergunning en de concessie

Bij een concessie bestaat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten uit de verlening van een recht. Ook bij een schaars besluit wordt een recht verleend. Zo wordt het verbod om kansspelen aan te bieden, doorbroken door aan één of enkele partijen een exploitatierecht te verlenen.

Uit het *Betfair*-arrest volgt dat de transparantieplichting bij vergunningverlening in acht moet worden genomen als sprake is van vergunningverlening aan een of enkele ondernemers, waarbij 'de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten'.<sup>94</sup>

Uit dit arrest blijkt dat het Hof van Justitie niet kijkt naar de vorm van overheidsoptreden (opdracht, concessie of vergunning), maar naar het effect

---

92 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, *TA* 2014/6, m.nt. A. Drahmman en *NJ* 2014/96, m.nt. M.R. Mok. Op dezelfde dag oordeelde het Hof van Justitie ook dat uit het enkele feit dat een concessie geen netto-opbrengsten van betekenis kan opleveren, niet kan worden afgeleid dat die concessie geen economisch belang heeft voor ondernemingen uit andere lidstaten, omdat een onderneming het tactische besluit kan nemen een (verliesgevende) concessie in die staat aan te vragen, aangezien dat haar hoe dan ook de kans biedt haar intrede op de markt van die staat te maken en er bekendheid te verwerven, teneinde haar toekomstige expansie voor te bereiden.' (HvJ EU 14 november 2013, C-388/12).

93 Steyger, *SEW* 2014/24.

94 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Betfair*) en HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, *NJ* 2010/661 (Engelmann).

daarvan op het vrij verkeer van diensten. Zodra marktdeelnemers uit verschillende lidstaten geen reële mogelijkheid hebben gehad om hun belangstelling te uiten, is de transparantieplichting geschonden. Dit geldt zowel voor de verlening van een uitsluitend (of exclusief) recht<sup>95</sup> als bijzondere rechten.<sup>96</sup>

De transparantieplichting moet derhalve in acht worden genomen als sprake is van een 'vergunning' met dezelfde effecten als een 'concessieovereenkomst voor diensten'. Het is dan ook interessant om te bezien wat de overeenkomsten en verschillen tussen een vergunning en concessie zijn.

De definitie van een concessieovereenkomst voor diensten in Richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat een concessie een overeenkomst is

'met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.'<sup>97</sup>

De in 2014 vastgestelde Concessierichtlijn<sup>98</sup> definieert een 'concessie voor diensten' als

'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij een of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van diensten met uitzondering van de uitvoering van werken als bedoeld in punt a) laten uitvoeren door een of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.'

---

95 Artikel 1.1. Aanbestedingswet 2012 definieert een uitsluitend recht als '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'. Met een uitsluitend recht wordt dus een monopolie voor de houder van het recht gecreëerd.

96 Artikel 1.1. Aanbestedingswet 2012 definieert een bijzonder recht als 'bijzonder recht: een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend en waarbij binnen een bepaald geografisch gebied: (a) het aantal van deze ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer wordt beperkt, (b) verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aangewezen, of (c) op een andere wijze dan volgens deze criteria aan een of meer ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen voordelen worden toegekend, waardoor enige andere onderneming aanzienlijk wordt belemmerd in de mogelijkheid om dezelfde activiteiten binnen hetzelfde geografische gebied onder in wezen dezelfde omstandigheden uit te oefenen'. Met een bijzonder recht wordt dus een oligopolie voor de houders van het recht gecreëerd.

97 Artikel 1 van Richtlijn 2004/18/EG. Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.

98 Artikel 5, lid 1, onder b, van Richtlijn 2014/23/EU.

Een 'vergunning' wordt niet gedefinieerd in Richtlijn 2004/18/EG.<sup>99</sup> Uit een arrest van het Hof van Justitie van november 2013 blijkt dat het verschil tussen een concessie en een vergunning is gelegen in de uitvoeringsplicht. In dit arrest merkt het Hof van Justitie, onder verwijzing naar het Betfair- en Engelmänn-arrest, op

'dat het Unierecht de overdragende instantie dezelfde verplichtingen zou opleggen indien de overeenkomst die in het hoofdgeding aan de orde is, de cessionaris niet ertoe zou verplichten om de overgedragen activiteit uit te oefenen, en hierbij dus een vergunning zou worden verleend om een economische activiteit uit te oefenen.'<sup>100</sup>

Ook uit overweging (14) van Richtlijn 2014/23/EU blijkt dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen concessies (in de zin van richtlijn) en vergunningen. Overwogen wordt:

'Ook bepaalde handelingen van lidstaten zoals machtigingen of vergunningen waarbij de lidstaat of een overheid daarvan de voorwaarden voor de uitoefening van een economische activiteit vaststelt, waaronder een voorwaarde om een bepaalde verrichting uit te voeren die, normaliter, op verzoek van een ondernemer en niet op initiatief van de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie wordt verleend en waarbij het de ondernemer vrijstaat zich uit de uitvoering van werken of verlening van diensten terug te trekken, mogen niet als concessies worden aangemerkt. In het geval van zulke handelingen van de lidstaten kunnen de specifieke bepalingen van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad [de Dienstenrichtlijn – toev. AD] van toepassing zijn. Anders dan in het geval van deze handelingen van een lidstaat, voorzien concessieovereenkomsten in wederzijds bindende verplichtingen, waarbij de uitvoering van deze werken of diensten is onderworpen aan specifieke door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie gedefinieerde vereisten die juridisch afdwingbaar zijn.'

Deze uitvoeringsplicht volgt uit de 'bezwarende titel' die een concessieovereenkomst heeft. Een 'gewone' vergunning heeft in beginsel geen uitvoeringsplicht. Zo is een houder van een omgevingsvergunning niet verplicht om te bouwen. Het bestuursorgaan kan een vergunning wel vaak intrekken als er geen gebruik

---

99 Artikel 4 van de Dienstenrichtlijn bevat wel een omschrijving van een 'vergunningstelsel'. Hieronder wordt verstaan: 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'.

100 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, *TA* 2014/6, m.nt. A. Drahmman en *NJ* 2014/96, m.nt. M.R. Mok. Het Hof van Justitie voegt hieraan toe dat een dergelijke vergunning zich immers niet onderscheidt 'van een concessieovereenkomst voor diensten, voor zover het gaat om de verplichting om de fundamentele regels van het Verdrag en de daaruit voortvloeiende beginselen in acht te nemen, wanneer marktdeelnemers uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn in de uitoefening van deze activiteit'.

van wordt gemaakt en soms vervalt een vergunning van rechtswege indien er geen of niet tijdig gebruik van wordt gemaakt. Het bestuursorgaan kan een vergunninghouder normaliter niet verplichten om gebruik te maken van de vergunning en de vergunde activiteit uit te voeren. Ook in het subsidierecht kan de subsidie slechts lager (tot op nihil) worden vastgesteld als de activiteit niet wordt verricht; er is in beginsel geen uitvoeringsplicht.

Bij de verlening van schaarse besluiten wordt soms een uitvoeringsplicht opgelegd, omdat het onwenselijk wordt geacht dat na een selectieprocedure een schaars recht wordt toegekend aan één of enkele partijen en vervolgens dit recht niet wordt benut. In het subsidierecht is het mogelijk om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten.<sup>101</sup> Het komt echter ook voor dat de uitvoeringsplicht in een wettelijk voorschrift<sup>102</sup> of een vergunningvoorschrift<sup>103</sup> wordt neergelegd. Als de uitvoering van een vergunde activiteit kan worden gehandhaafd door middel van een (bestuurlijke) boete, een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang, kan mijns inziens gesproken worden van een 'bezwarende titel'. Als ook aan de overige elementen van de definitie van een concessie wordt voldaan,<sup>104</sup> dan zou een vergunning onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als een concessie. Dit is, blijkens onder meer het *Betfair*-arrest, niet van belang voor de reikwijdte van de transparantieverplichting, maar kan wel van belang worden als de Concessierichtlijn in Nederland is geïmplementeerd op uiterlijk op 18 april 2016.

Opvallend in dit verband is ten slotte dat de Aanwijzingen voor de regeling (Ar) wel een definitie bevat voor de begrippen 'vergunning', 'vrijstelling', 'onthefing' en 'erkenning', maar niet voor het begrip 'concessie'. In de Ar wordt gesteld dat het gebruik van andere termen dan deze vier figuren moet worden vermeden. Uit het voorgaande blijkt dat een schaarse vergunning met een uitvoeringsplicht onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een 'concessie' als bedoeld in Richtlijn 2004/18/EG.

---

101 Artikel 4:36 lid 2 Awb.

102 Bijv. artikel 34 Wet personenvervoer 2000.

103 Bijv. artikel 4 van de Beschikking Staatsloterij bepaalt dat ten minste tien maal per jaar de staatsloterij gehouden moet worden. Uit de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz (Stcrt. 2012, 392, p. 47-48) blijkt dat aan de frequentievergunningen een ingebruiknameverplichting wordt verbonden.

104 In dit verband wijs ik erop dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat ook het begrip 'overeenkomst' materieel en ruim moet worden uitgelegd. Gesteld kan bovendien worden dat bij een schaars besluit sprake is van een 'acte negocié'. Moeilijk voorstelbaar is dat immers aan een marktpartij tegen zijn wil een schaars besluit wordt verleend.

*Aanbeveling*

Ik zou er daarom voor willen pleiten om het concessiebesluit als rechtsfiguur toe te voegen aan de Ar. Deze omschrijving zou zoveel mogelijk moeten aansluiten bij het materiële concessiebegrip uit Richtlijn 2004/18/EG en de toekomstige Concessierichtlijn. Gedacht zou kunnen worden aan:

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

De transparantieplichting moet ook bij de verlening van schaarse besluiten zonder uitvoeringsplicht in acht worden genomen. Het zal voor zowel bestuursorganen als potentiële aanvragers niet altijd eenvoudig te bepalen zijn van wat voor soort vergunningstelsel sprake is. Hier ligt een rol voor de (centrale en decentrale) wetgever als een nieuw vergunningstelsel wordt gecreëerd. Hiervoor kunnen de volgende twee aanbevelingen worden geformuleerd:

*Aanbeveling*

Het is wenselijk dat bij de invoering van een schaars vergunningstelsel, expliciet in de toelichting wordt gesteld dat sprake is van een vergunningstelsel dat de verlening van een uitsluitend of bijzonder recht mogelijk maakt en dat een vergunning pas zal worden verleend nadat een transparante procedure is gevolgd. Ook als dit niet het geval is, zal de bestuursrechter bij de beslechting van geschillen over schaarse besluiten zich steeds de vraag moeten stellen of het vergunningstelsel materieel een concessiestelsel is, dan wel een vergunningstelsel is dat dezelfde effecten heeft (omdat een exclusief of bijzonder recht wordt verleend). In beide gevallen moeten, indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, Verdragsbeginselen zoals het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting door het bestuursorgaan in acht worden genomen en zou de bestuursrechter daaraan moeten toetsen.

*Aanbeveling*

Het verdient aanbeveling bij de totstandkoming van een vergunningstelsel na te denken over de volgende drie vragen:

- 1) Is het noodzakelijk om het aantal beschikbare rechten te beperken door een plafond vast te stellen?
- 2) Is sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang?

Als het antwoord op deze twee vragen bevestigend is, dan moet de transparantieplichting in acht worden genomen. Deze verplichting

om een transparante verdeelprocedure te organiseren kan worden aangeduid als een 'aanbesteding light'. Dat betekent dat geen volledige aanbesteding volgens de regels van Richtlijn 2004/18/EG (en vanaf 18 april 2016 Richtlijnen 2014/23/EU en 2014/24/EU) hoeft plaats te vinden, maar wel een transparante verdeelprocedure moet worden gevolgd.

3) Is het noodzakelijk om aan het besluit een uitvoeringsplicht te verbinden (of kan worden volstaan met een intrekingsbevoegdheid)?

Als aan het besluit een uitvoeringsplicht wordt verbonden, kan sprake zijn van een concessiebesluit en moet, vanaf 2016, ook aan de eisen van de Richtlijn 2014/23/EU (de Concessierichtlijn) voldaan worden.

#### 12.4.3 Grijs gebied 2: de subsidie en de opdracht

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat op de procedure voor de toekenning van subsidies ten laste van de begroting van de Europese Unie de transparantieplichting van toepassing is.<sup>105</sup>

Daarnaast zou de Unierechtelijke transparantieplichting in acht moeten worden genomen als een subsidie<sup>106</sup> gekwalificeerd zou kunnen worden als een opdracht.<sup>107</sup> Vaak is duidelijk of de verstrekking van financiële middelen kwalificeert als een subsidie of als een opdracht ('inkoop'), maar er is ook een grijs gebied. Er kunnen vier materiële verschillen tussen een opdracht en subsidie worden onderscheiden, namelijk (i) of sprake is van een bezwarende titel; (ii) wie de initiatiefnemer is (de aanbestedende dienst of de subsidieaanvrager); (iii) wat het doel van de activiteit is (eigen belang of algemeen belang); en (iv) of sprake is van commerciële activiteiten (marktconforme prijs of gedeeltelijke vergoeding van de kosten).<sup>108</sup>

Bij een opdracht moet, net als bij een concessie, sprake zijn van een 'bezwarende titel' en een 'overeenkomst'. Als naast een subsidiebeschikking ook een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten, is sprake van een 'bezwarende titel' (namelijk de uitvoeringsplicht) en een 'overeenkomst' en wordt dus aan beide

---

105 GEU 15 april 2011, T-297/05, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman.

106 Een subsidie is een 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 (artikel 4:21 Awb).

107 In Richtlijn 2004/18/EG worden 'overheidsopdrachten' gedefinieerd als schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

108 Zie Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33-34 en Ten Kate & Van den Ende, *Gst.* 2006/149, maar ook bijvoorbeeld de website van Pianoo ([www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl)) of Europa Decentraal ([www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl)).

elementen voldaan. Als ook aan de andere drie criteria wordt voldaan, dan zou sprake kunnen zijn van het verstrekken van een opdracht waar de transparantieverplichting in acht moet worden genomen. Nu zowel de subsidie als de opdracht materiële begrippen zijn, zou de (bestuurs)rechter niet alleen waar nodig een besluit tot het aangaan van een overeenkomst moeten converteren naar een subsidiebesluit,<sup>109</sup> maar ook omgekeerd, van een subsidiebesluit naar een opdracht.

In de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU wordt benadrukt dat de aanbestedingsregels van de Unie niet zijn bedoeld om alle vormen van besteding van overheidsgeld te bestrijken, maar uitsluitend betrekking hebben op die vormen welke gericht zijn op de verkrijging van werken, leveringen of diensten tegen betaling door middel van een overheidsopdracht. Deze verkrijging valt onder de werkingssfeer van de Richtlijn, ongeacht of deze verkrijging geschiedt door aankoop, leasing of een andere contractvorm. Benadrukt wordt dat

‘het uitsluitend financieren, met name via subsidies, van een activiteit, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden, doorgaans niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels [valt]. Tevens is in gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren zoals regelingen voor consumentenkeuze of dienstenvouchers, geen sprake van aanbesteding, maar van een gewone vergunningsregeling (bijvoorbeeld voor geneesmiddelen of medische diensten).’

Ten slotte is bij het vergelijken van een subsidie met een opdracht en concessie van belang dat als een (markt)partij wordt uitgesloten van subsidie (bijvoorbeeld omdat het plafond is bereikt), dit niet betekent dat deze partij niet dezelfde activiteit mag gaan ontplooien. In tegenstelling tot een concessie wordt geen exclusief recht verstrekt. Dit neemt natuurlijk niet weg dat het in de praktijk vaak moeilijk zal zijn om zonder subsidie een activiteit te verrichten, zeker als een concurrent de subsidie wel heeft gekregen. Een subsidie wordt immers normaliter verleend om een bepaalde activiteit te stimuleren die zonder die subsidie niet verricht zou (kunnen) worden.

Op basis van het voorgaande kan de volgende algemene aanbeveling worden geformuleerd:

#### *Aanbeveling*

Het verdient aanbeveling bij de totstandkoming van een subsidiestelsel na te denken over de volgende vragen:

1) Is sprake van de uitvoering van een Europees subsidiestelsel?

Als het antwoord op deze vraag bevestigend is, dan moet de transparantieverplichting in acht worden genomen.

---

109 Zie bijv. CBb 9 september 2008, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

- 2) Voldoet de 'subsidie' aan de definitie van een 'opdracht' en is sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang?

Als het antwoord op deze vraag bevestigend is, dan moet de transparantieverplichting in acht worden genomen.

#### 12.4.4 Mogelijke uitbreiding van de reikwijdte van de transparantieverplichting

De Unierechtelijke transparantieverplichting heeft een ruime reikwijdte, omdat het rechtstreeks voortvloeit uit het primaire Unierecht. Het speelt daarom een rol bij al het overheidshandelen dat het vrij verkeer van (met name) diensten beperkt door marktdeelnemers uit verschillende lidstaten geen reële mogelijkheid te bieden om mee te dingen. Het kan daarbij gaan om zowel opdrachten, concessies, vergunningen als Europese subsidies.<sup>110</sup> Met Buijze ben ik van mening dat de transparantieverplichting van toepassing zal worden – voor zover het niet al het geval is – bij iedere verdeling van schaarse rechten.<sup>111</sup> Dat betekent ten eerste een uitbreiding van het beginsel naar zuiver interne situaties en, binnen zuiver interne situaties, naar alle deelgebieden binnen het bestuursrecht, inclusief het omgevingsrecht.

##### A) *Zuiver interne situaties*

De Unierechtelijke transparantieverplichting is niet van toepassing in zuiver interne situaties. Het is de vraag of dit wenselijk is. 'Vrijwillige' adoptie van een Unierechtelijk beginsel kan plaatsvinden als een lidstaat het communautaire beginsel een mooie aanvulling acht, of om te voorkomen dat in de nationale rechtsorde twee varianten van hetzelfde beginsel moeten worden toegepast.<sup>112</sup> Gelet op de doelstellingen van de transparantieverplichting, ben ik van mening dat de transparantieverplichting een dergelijke aanvulling van het Nederlandse bestuursrecht zou kunnen zijn. Bovendien bestaat anders het risico dat er een verschil in rechtsbescherming zal ontstaan tussen Unierechtelijke geschillen en nationale geschillen. Dit risico speelt met name bij subsidieverstreking nu het Hof van Justitie voor Europese subsidieverstreking al heeft geoordeeld

---

<sup>110</sup> Szydlo gaat daarnaast nog in op de vraag wie gebonden is aan de transparantieverplichting, in het bijzonder in hoeverre private partijen gebonden zijn aan deze verplichting. Volgens hem zou het non-discriminatiebeginsel wel horizontaal indirect effect hebben, maar de transparantieverplichting niet (Szydlo, *ELR* 2009, p. 720-737).

<sup>111</sup> Buijze 2013, p. 287.

<sup>112</sup> Widdershoven 2004, p. 293-327, i.h.b. p. 307-308. Indien de Unierechtelijke transparantieverplichting op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk wordt gemaakt door het nationale recht dan zal het Hof van Justitie zich ook bevoegd achten om deze verplichting uit te leggen in zuiver interne situaties (aldus o.a. HvJ EU 21 december 2011, nr. C-482/10, *AB* 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven).

dat de toekenning van subsidies met inachtneming van met name de transparantieplichting en het beginsel van gelijke behandeling moet geschieden.<sup>113</sup> Een laatste voordeel is ten slotte dat de toepassing van de transparantieplichting in het Nederlandse bestuursrecht niet langer zou worden beheerst door de formele voorvragen of sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst en of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Op de vraag of toepassing van de transparantieplichting in het Nederlandse bestuursrecht ook tot materiële wijzigingen in het recht zou leiden, wordt bij de beantwoording van de volgende deelvraag ingegaan.

B) *Van vergunningen en subsidies naar andere besluiten: transparant omgevingsrecht*

Hiervoor is in het kader van schaarse besluiten met name ingegaan op vergunningen, ontheffingen en subsidies. Als gekeken wordt naar het omgevingsrecht, dan valt op dat er daar andere schaarse besluiten zijn waar ernaar gestreefd wordt de (milieu)gebruiksruimte zo efficiënt mogelijk te verdelen. De transparantieplichting speelt tot op heden met name een rol in het privaatrechtelijke deel van het omgevingsrecht (gebiedsontwikkeling). Door middel van publiekrechtelijke besluiten kan het bevoegd gezag echter ook het gebruik vergaand reguleren. Zo kan een gemeenteraad door het vaststellen van een bestemmingsplan bepalen welk gebruik waar in het kader van een goede ruimtelijke ordening gewenst dan wel verboden is. Op de vaststelling van een bestemmingsplan is het klassieke aanbestedingsrecht niet van toepassing. Desalniettemin kan een dergelijk besluit wel tot gevolg hebben dat slechts één partij ontwikkelings- of exploitatiemogelijkheden krijgt ten koste van anderen. Hiervoor is al ingegaan op de vaste jurisprudentie van de Afdeling waaruit volgt dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op bestemmingsplanvoorschriften. Met Botman vraag ik mij echter af of de Afdeling niet teveel waarde hecht aan overweging 9 in de considerans van de Dienstenrichtlijn.<sup>114</sup> De Dienstenrichtlijn bouwt voort op het vrij verkeer van diensten en vestiging en moet daarom worden uitgelegd in overeenstemming met de artikelen 49 en 56 VWEU en de rechtspraak van het Hof van Justitie hierover. Zo heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat voorschriften op het terrein van ruimtelijke ordening een beperking van de vrijheid van vestiging kunnen vormen.<sup>115</sup> Bovendien volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de transparantieplichting rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht. De transparantiever-

---

113 In dit verband is ook de ontwikkeling van een 'Europese Awb' relevant, omdat 'een Europese wet bestuursprocesrecht een spontane convergentie in het nationale bestuursrecht in de hand kan werken' (Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INI)). Zie ook: Meuwese, *RegelMaat* 2013, afl. 2, p. 135-139).

114 ABRvS 26 september 2012, AB 2013/63, m.nt. M.R. Botman.

115 HvJEU 24 maart 2011, C-400/08, BR 2011/92, m.nt. G. Aarts.

plichting is een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer.<sup>116</sup> Als in het omgevingsrecht een besluit wordt genomen dat aan een ondernemer een exclusief recht verleent ten koste van een andere ondernemer, zal de transparantieverplichting in acht moeten worden genomen. De meeste omgevingsrechtelijke besluiten, zoals bestemmingsplannen, zullen niet een dergelijk recht toekennen. In het omgevingsrecht is echter een stijgende tendens waarneembaar dat plafonds worden ingesteld of exclusieve rechten worden verleend. Hieronder volgen drie omgevingsrechtelijke figuren waar de transparantieverplichting zou kunnen (en indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, waarschijnlijk zelfs moeten) worden toegepast:

*Programmatische aanpak*<sup>117</sup>

De kern van de programmatische aanpak is dat een pakket wordt vastgesteld met enerzijds maatregelen die ruimte voor ontwikkelingen creëren en anderzijds projecten die ruimte nodig hebben. Zo ontstaat (milieu)gebruiksruimte. Deze (milieu)gebruiksruimte moet worden verdeeld. Deze verdeelregeling zou mijns inziens moeten voldoen aan de transparantieverplichting.

*Bestemmingsplannen met een one-in-one-out-regeling*<sup>118</sup> of *zonering*<sup>119</sup>

Op grond van het specialiteitsbeginsel toetst de Afdeling een bestemmingsplan uitsluitend aan ruimtelijk relevante aspecten. Door middel van het maximaliseren van het aantal vestigingen in het bestemmingsplan wordt de vestiging van nieuwe vestigingen in beginsel onmogelijk gemaakt en dus één partij bevoordeeld ten opzichte van andere partijen. Verdedigbaar is dat deze schaarse (vestigings- of gebruiks)rechten transparant verdeeld moeten worden.

Opvallend is dat bestemmingsplannen soms een koppeling bevatten met decentrale éénvergunningstelsels (exploitatievergunningen).<sup>120</sup> In dergelijke gevallen wordt bij (gemeentelijke) verordening bepaald dat het verboden is een bepaalde activiteit te verrichten zonder vergunning en dat slechts een beperkt aantal (exploitatie)vergunningen verleend kan worden. Eén van de

---

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

117 Zie de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht d.d. 9 maart 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3). Voorbeelden van programma's met een programmatische aanpak zijn het Nationale Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL) en de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS) in de Natuurbeschermingswet 1998.

118 ABRvS 24 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4872 en ABRvS 9 januari 2013, BR 2013/63, m.nt. A. Drahmman.

119 ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, AB 2014/124, m.nt. A. Drahmman.

120 Vgl. ABRvS 9 januari 2013, BR 2013/63, m.nt. A. Drahmman en ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, AB 2014/124, m.nt. A. Drahmman.

weigeringsgronden voor de vergunning is dat de activiteit ook planologisch mogelijk is op grond van het bestemmingsplan.

#### *Geluidszonering*

Het zonebeheerplan van de Wet geluidhinder (en in de toekomst de Omgevingswet) zou, mits het een duidelijke juridische status krijgt, kunnen worden benut voor een transparante verdeling van geluidsruimte.

Op basis van het voorgaande kunnen de volgende twee aanbevelingen worden geformuleerd:

#### *Aanbeveling*

Het verdient aanbeveling om bij de totstandkoming van de Omgevingswet aandacht te besteden aan de hiervoor geschetste tendens dat in het omgevingsrecht plafonds worden ingesteld of exclusieve rechten worden gevestigd. Als er in de Omgevingswet een regeling komt voor een breder gebruik van de programmatische aanpak, dan zou in de Omgevingswet (of de onderliggende regeling) bepaald kunnen worden dat de ontwikkelingsruimte transparant verdeeld moet worden.

#### *Aanbeveling*

Exploitatievergunningen die een sterke koppeling met het bestemmingsplan hebben, zouden onderdeel van de omgevingsvergunning kunnen worden. Bij wettelijk voorschrift (de Omgevingswet in samenhang met een omgevingsverordening) zou een verdeelsysteem kunnen worden geïntroduceerd. Dit verdeelsysteem moet transparant zijn, hetgeen met name betekent dat als er exploitatieruimte beschikbaar komt, dit algemeen bekend moet worden gemaakt en duidelijk moet zijn wie er onder welke voorwaarden voor de vergunning in aanmerking komen. Mocht een dergelijke integratie nog een brug te ver worden gevonden, dan verdient het aanbeveling om de diverse schaarse besluiten in ieder geval gecoördineerd tot stand te laten komen, bijvoorbeeld door gelijktijdige vaststelling van het bestemmingsplan (of verlening van de omgevingsvergunning) en exploitatievergunning.

#### C) *Tussenconclusie*

Op basis van het voorgaande kan de volgende algemene aanbeveling worden geformuleerd:

*Aanbeveling*

Het verdient aanbeveling om de transparantieverplichting ook toe te passen bij zuiver interne situaties. Daarbij kan gedacht worden aan schaarse vergunning- en ontheffingverlening, subsidieverstrekking en bepaalde omgevingsrechtelijke rechtsfiguren.

## 12.4.5 Conclusie

Op basis van het voorgaande kan de vraag worden beantwoord wat de reikwijdte is van de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantieverplichting. De Unierechtelijke transparantieverplichting moet blijkens jurisprudentie van het Hof van Justitie in acht worden genomen bij (i) het verstrekken van een opdracht die valt binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG; (ii) het verlenen van een concessie voor diensten; (iii) IIB-diensten; (iv) het verstrekken van een opdracht die de drempelwaarden van Richtlijn 2004/18/EG niet overschrijdt; (v) het verlenen van een vergunning aan een of enkele ondernemers 'aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten'; en (vi) Europese subsidies.

Daarnaast heb ik bij het beantwoorden van deze deelvraag bijzondere aandacht gevraagd voor de begrippen 'opdracht' en 'concessie'. Het Hof van Justitie beoordeelt namelijk zelf of aan deze begripsomschrijvingen is voldaan, los van de nationale kwalificatie van een overeenkomst of besluit. Dit is echter voor de toepassing van de transparantieverplichting niet van belang, omdat bij zowel opdrachten als concessies aan de transparantieverplichting moet worden voldaan.

Ten slotte heb ik ervoor gepleit om de transparantieverplichting ook toe te passen bij zuiver interne situaties. Daarbij kan gedacht worden aan schaarse vergunning- en ontheffingverlening, subsidieverstrekking en bepaalde omgevingsrechtelijke rechtsfiguren.

## 12.5 DEELVRAAG 3

*In hoeverre zijn de transparantievereisten reeds in het Nederlandse algemeen bestuursrecht geborgd?*

De derde deelvraag, waarin centraal staat in hoeverre de transparantievereisten reeds in het Nederlandse algemeen bestuursrecht zijn geborgd, valt in twee delen uiteen, namelijk de vraag of er elementen in de Awb zijn die overeenkomen of juist op gespannen voet staan met de transparantieverplichting en daarnaast of er lijnen in de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechters

zijn die overeenkomen met of juist op gespannen voet staan met de transparantieplichting.

Deze deelvraag is – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk getiteld 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?' (hoofdstuk 9 van dit boek).

Daarnaast is ten behoeve van de beantwoording van deze deelvraag bijzondere aandacht besteed aan de volgende drie deelgebieden binnen het bestuursrecht waar schaarse rechten worden verleend:

- In hoeverre worden transparantievereisten in acht genomen bij de verlening van schaarse ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet en de verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen op grond van Algemene Plaatselijke Verordeningen (APVs)? Deze vraag wordt – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?' (hoofdstuk 9);
- In hoeverre worden transparantievereisten in acht genomen bij subsidieverstreking? Deze vraag wordt – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk 'Kan het subsidierecht transparanter?' (hoofdstuk 8); en
- In hoeverre moeten de transparantievereisten worden toegepast (bij de verlening van vergunningen en het vaststellen van plannen) in het omgevingsrecht en worden deze eisen reeds materieel toegepast? Deze vraag wordt – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk 'De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht' (hoofdstuk 10).

Bij de beantwoording van deze deelvraag zijn twee uitgangspunten mogelijk. Ten eerste is het mogelijk om de (in de eerste deelvraag geformuleerde) transparantievereisten als uitgangspunt te nemen en daar vervolgens het nationale recht op toe te passen. De tweede mogelijkheid is om juist het nationale recht als uitgangspunt te nemen en die aan de transparantieplichting te toetsen. Welke mogelijkheid de voorkeur heeft, zal afhangen van het perspectief van de lezer. Daarom zal deze deelvraag op beide manieren worden beantwoord.

Aandachtspunt is dat de jurisprudentie van de bestuursrechter betrekking heeft op een bepaald bestuursrechtelijk rechtsgebied, bijvoorbeeld een subsidie, een evenementenvergunning of een winkeltijdenwetontheffing. Bestuursorganen kunnen besluiten een plafond vast te stellen en daarmee schaarste te creëren, maar dit is niet verplicht. Dit onderzoek heeft betrekking op schaarse besluiten. In deze slotbeschouwing wordt jurisprudentie over bijvoorbeeld een schaarse evenementenvergunning of een schaarse subsidie veralgemeniseerd bij het beantwoorden van de vraag of bij schaarse besluiten wordt getoetst aan transparantievereisten. Het is mogelijk dat de bestuursrechter bij zijn oordeel niet beoogd heeft een algemeen oordeel te geven over schaarse besluiten in bredere zin dan alleen het aan de orde zijnde vergunning- of subsidiestelsel. Mijn uitgangspunt is echter dat de transparantieplichting

een (onderdeel van een) rechtsregel is die in acht moet worden genomen bij alle schaarse besluitvorming en dat daarom veralgemenisering mogelijk zou moeten zijn.

Hierna zullen eerst de vereisten die zijn geformuleerd bij het beantwoorden van de eerste deelvraag worden vergeleken met jurisprudentie van de bestuursrechter over schaarse besluiten en de Awb. Vervolgens zal de vraag worden beantwoord of (en zo ja welke) artikelen uit de Awb op gespannen voet staan met de transparantieplichting. Ten slotte zal de vraag worden beantwoord of er lijnen in de jurisprudentie van de bestuursrechter zijn aan te wijzen die in overeenstemming zijn met of juist op gespannen voet staan met de transparantieplichting. Op deze wijze kan worden bezien in hoeverre de transparantieplichting is geborgd in het Nederlandse bestuursrecht.

#### 12.5.1 Van de Unierechtelijke transparantieplichting naar het nationale bestuursrecht

Bij de beantwoording van de eerste deelvraag zijn in paragraaf 12.3.1 negen transparantievereisten geformuleerd. Deze vereisten zullen hierna worden vergeleken met de Awb en jurisprudentie van de bestuursrechter.

*A) Aan elke potentiële aanvrager moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd*

Dit transparantievereiste houdt in het bijzonder in dat alle potentiële aanvragers vóór de indiening van hun aanvraag kennis moeten kunnen nemen van de criteria waaraan de aanvraag moet voldoen, alsmede van het relatieve belang van elk van deze criteria. Dit betekent dat voor een schaarse besluitvormingsprocedure ten minste de volgende informatie passend bekendgemaakt zal moeten worden: de periode wanneer aanvragen kunnen worden ingediend (begin- en einddatum); aan welke voorwaarden deze aanvragen zullen worden getoetst (selectiecriteria); en op welke wijze de besluitvorming zal plaatsvinden (procedurevoorschriften).

Als gekeken wordt naar de Awb dan vallen twee onderdelen op, namelijk afdeling 3.6 Awb (bekendmaking en mededeling) en titel 4.2 Awb (subsidies).

In afdeling 3.6 Awb bepaalt artikel 3:42 Awb dat de bekendmaking van dergelijke besluiten moet plaatsvinden in de Staatscourant (centrale overheid), of (voor decentrale overheden) in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze. Deze bepaling zorgt voor een algemene bekendmaking van besluiten en is dus in beginsel in overeenstemming met dit transparantievereiste. Het artikel is algemeen geformuleerd. Uit het artikel zelf blijkt niet wat de inhoud van de besluiten moet zijn. Dit betekent dat het artikel 'transparant' zou moeten

worden ingekleurd bij de verdeling van schaarse besluiten. Waar nodig kan hier dus een taak voor de bestuursrechter liggen.

Daarnaast bevat de subsidietitel van de Awb enkele bepalingen die relevant zijn voor de passende bekendmaking, namelijk artikel 4:23 Awb (wettelijke grondslag), artikel 4:25 Awb (subsidieplafond) en artikel 4:26 Awb (wijze van verdeling). Met behulp van deze bepalingen wordt de passende mate van openbaarheid bij de verdeling van schaarse subsidies gegarandeerd. Zo moet bij de bekendmaking van het subsidieplafond ook de wijze van verdeling worden vermeld. Ook hier kan echter de kanttekening worden gemaakt dat de bepalingen zeer algemeen geformuleerd zijn. Het is aan de bestuursrechter om nadere duiding aan deze wettelijke bepalingen te geven.

De vervolgvraag is dan hoe de bestuursrechter tot op heden invulling heeft gegeven aan deze artikelen uit de Awb. Jurisprudentie over de algemene bekendmaking van (de verdeling van) schaarse besluiten laat zien dat de transparantie redelijk geborgd is, maar dat er vijf aandachtspunten zijn te formuleren.

Ten eerste is van belang dat de bekendmaking een *algemene* bekendmaking moet zijn. Ook uit jurisprudentie van het CBb blijkt dat het selectief benaderen van een aantal partijen niet afdoende is.<sup>121</sup> Alle gegadigden moet de gelegenheid worden geboden om mee te dingen naar het schaarse besluit.<sup>122</sup> Het verlenen van een schaars besluit onder gelijktijdige intrekking van een eerder verleend schaars besluit is in strijd met het transparantievereiste. Ook het CBb heeft geoordeeld dat daarmee een situatie in het leven wordt geroepen waarin derden niet van tevoren op de hoogte konden worden gebracht van het feit dat een vergunning was vrijgekomen en het plafond niet langer was bereikt.<sup>123</sup> Deze jurisprudentie borgt dit transparantievereiste (via artikel 3:2 en 3:4 Awb) dus afdoende. Aandachtspunt hierbij is wel dat het CBb in zijn oordeel lijkt mee te wegen dat sprake was van een situatie waarin een beperkte kring van belanghebbenden werd benaderd, terwijl het bestuursorgaan ermee bekend was dat er ook andere gegadigden waren. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat deze kennis bij het bestuursorgaan niet nodig is.

---

121 CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer. Het CBb achtte deze handelwijze in strijd met artikel 3:2 en 3:4 Awb.

122 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel. Het CBb achtte de besluitvorming in strijd met artikel 3:4 Awb. Uit deze uitspraak blijkt ook dat het verlenen van een schaars besluit voor onbepaalde tijd de belangen van anderen om in de toekomst mee te kunnen dingen naar de ontheffing miskent. Ook de verlenging van een verleende ontheffing is in beginsel niet mogelijk (CBb 6 juni 2012, AB 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel). Bij het omzetten van een vergunning voor onbepaalde tijd naar bepaalde tijd zal een overgangsregeling nodig zijn (CBb 5 december 2012, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 17 juli 2013, AB 2013/294, m.nt. C.J. Wolswinkel).

123 CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, JB 2009/188 en AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel.

Op grond van het transparantievereiste is steeds een passende bekendmaking nodig die alle potentiële – en dus niet alleen de bekende – gegadigden bereikt.

Ten tweede moet op grond van dit transparantievereiste de wijze waarop deze verdeling gaat plaatsvinden (de verdeelprocedure) van tevoren worden vastgesteld en bekendgemaakt. Voor subsidieverlening is dit gecodificeerd in artikel 4:26 Awb. Aandachtspunt hierbij is dat het CBb in het kader van de verlening van ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet, heeft geoordeeld dat als in (beleids)regels geen verdeelprocedure is voorgeschreven, een verdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen niet onredelijk is.<sup>124</sup> Ook de Afdeling heeft geoordeeld dat als een bestuursorgaan zich voor de situatie ziet gesteld dat een keuze gemaakt moet worden tussen twee aanvragen en een wettelijk toetsingskader voor het maken van die keuze ontbreekt, de bestuursrechter zich dient te beperken tot de vraag of de door het bestuursorgaan gemaakte afweging onredelijk is, dan wel anderszins in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>125</sup> Mijs inziens is een impliciete keuze voor een verdeelmethode onvoldoende transparant.<sup>126</sup>

Ten derde is van belang dat bij de introductie van een nieuw of gewijzigd verdeelsysteem op grond van het transparantievereiste een begindatum voor het indienen van de aanvragen moet worden vastgesteld en bekendgemaakt. Op grond van artikel 4:27 Awb moet een subsidieplafond vooraf worden bekendgemaakt. Als een subsidieplafond te laat wordt bekendgemaakt, heeft deze bekendmaking in beginsel geen gevolgen voor voordien ingediende aanvragen.<sup>127</sup> Een aandachtspunt dat volgt uit jurisprudentie is dat het uit een oogpunt van transparantie moeilijk verdedigbaar is dat de begindatum in het verleden ligt. Het CBb lijkt echter (wederom in het kader van ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet), om te bepalen wie als eerste een aanvraag heeft ingediend, geen bezwaar te hebben tegen een peildatum die in het verleden ligt.<sup>128</sup> Het CBb heeft daarnaast geoordeeld dat als de introduc-

---

124 CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie ook CBb (Vz.) 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

125 ABRvS 25 september 2013, AB 2013/385, m.nt. A. Drahmman.

126 Zeker omdat zich bij deze verdeelmethode ook complicaties kunnen voordoen, zoals de zogenoemde 'postzakproblematiek'. Wat moet een bestuursorgaan doen als er op één dag met de post meer (volledige) aanvragen binnenkomen (en deze dus allemaal op hetzelfde moment ontvangen zijn) dan er toegekend kunnen worden? Het is wenselijk dat het bestuursorgaan dan voor de aanvang van de procedure vastlegt dat in dat geval bijvoorbeeld geloot zal worden als subsidiaire verdeelmethode (o.a. CBb 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel en ABRvS 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7542, AB 2013/219, m.nt. C.J. Wolswinkel).

127 Vgl ook ABRvS 3 januari 2007, AB 2007/224, m.nt. W. den Ouden.

128 Zie echter: CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel (over een koerswijziging in 2011 die het gevolg was van een eerdere beroepsprocedure over ontheffingverlening waardoor de ontheffingsaanvraag uit 2008 de eerste aanvraag was die voor verlening in aanmerking kwam en een algemene bekendmaking volgens het CBb niet nodig was). Vgl ook CBb 13 december 2012,

tie of wijziging van een verdeelmethode algemeen bekend wordt gemaakt in de vorm van een aankondiging, maar nog niet in een formeel besluit is neergelegd, die mededeling alleen maar zo kan worden verstaan, dat voorafgaand aan de nieuwe verdeling geen honorering van aanvragen meer kan plaatsvinden. Een dergelijke honorering zou immers de introductie van het nieuwe verdeelmechanisme feitelijk onmogelijk maken.<sup>129</sup> Deze standstill-bepaling komt de transparantie ten goede.

Ten vierde is in het kader van dit transparantievereiste van belang dat alle potentiële aanvragers moeten (kunnen) weten aan welke voorwaarden zij moeten voldoen als het schaarse besluit aan hen zou worden toegekend. In het bestuursrecht worden deze voorwaarden soms neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift (bijvoorbeeld een verordening), maar vaak ook in vergunningvoorschriften. Bij overtreding van deze voorschriften kan handhavend worden opgetreden. Bij de verdeling van een schaars besluit kan het daarom voor alle (potentiële) aanvragers van belang zijn om te weten wat de voorschriften zullen worden. In dergelijke gevallen is het nodig om ook het ontwerp-toekenningsbesluit passend bekend te maken.<sup>130</sup> Het CbB is tot een vergelijkbaar oordeel gekomen. Een handelwijze waarbij de precieze inhoud van een ontheffing pas wordt meegedeeld op het moment dat de loting een aanvang neemt, zodat de aanvragers geen bezwaren meer tegen de inhoud kunnen inbrengen, acht het CbB onvoldoende zorgvuldig en in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb.<sup>131</sup> Het CbB heeft tevens geoordeeld dat door de vaststelling en bekendmaking van een ontwerpvergunning, zoals die zal worden verleend met de voorschriften en beperkingen die aan de vergunning zullen worden verbonden, de inhoud van de naderhand te verlenen vergunning in zoverre reeds wordt bepaald. Deze vaststelling is, volgens het CbB, voor een potentiële gegadigde van groot belang (in het kader van een veiling voor de bepaling van de hoogte van het uit te brengen bod). Hierdoor wordt de rechtspositie van de potentiële vergunninghouder, los van de uiteindelijke

---

ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031, AB 2013/295, m.nt. C.J. Wolswinkel, waaruit volgt dat bij de verdeling op volgorde van binnenkomst in beginsel een peildatum kan worden vastgesteld die in het verleden ligt, maar dat een onherroepelijk afgewezen aanvraag niet kan worden aangemerkt als eerste aanvraag.

129 CbB 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, AB 2012/146, m.nt. A. Drahmman. Zie tevens de uitspraak in het kader van de voorlopige voorziening: CbB (Vz.) 19 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6359, AB 2011/364, m.nt. A. Drahmman. Vgl. ook CbB 15 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV797, AB 2012/148, m.nt. C.J. Wolswinkel en *Gst.* 2012/65, m.nt. W.P. Adriaanse.

130 In het verlengde hiervan kan het soms ook zinvol zijn om voorafgaand aan de verdeelprocedure de ontwerp-regeling bekend te maken en alle potentiële gegadigden in de gelegenheid te stellen hierop te reageren. Hierdoor worden bezwaren van deze potentiële gegadigden tegen de verdeelcriteria (incl. de vergunningvoorschriften) vroegtijdig bekend en kan daar waar nodig rekening mee worden gehouden.

131 CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en *JB* 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

verlening van de vergunning (aan de hoogste bidder), nader gepreciseerd, waardoor (ook) de ontwerpvergunningen appellabele besluiten (kunnen) zijn.<sup>132</sup>

In het kader van de bekendmaking van de relevante documentatie is ook de rol van adviescommissies van belang. Als een adviescommissie eigen toetsingsleidraden of -formulieren opstelt aan de hand waarvan zij de aanvragen toetsen en deze leidraden extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, dan zouden deze documenten mijns inziens (zelfs voorafgaand aan de procedure) op grond van dit transparantievereiste openbaar gemaakt moeten worden. De Afdeling heeft echter anders geoordeeld.<sup>133</sup> Wel kan het ontbreken van dergelijke documenten tot de conclusie leiden dat het besluit onvoldoende gemotiveerd is.<sup>134</sup>

Ten vijfde is naast de inhoud van de bekendmaking ook de wijze van de bekendmaking van belang. Vaak kiezen bestuursorganen ervoor om hun verdeelprocedures en -criteria vast te leggen in beleidsregels.<sup>135</sup> Er is echter een verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften en dat is de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. De toepassing van deze afwijkingsbevoegdheid verhoudt zich slecht met het transparantievereiste: door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels worden de (potentiële) aanvragers immers niet meer gelijk behandeld. Op deze spanning tussen de inherente afwijkingsbevoegdheid en de transparantieplichting wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan. Hier wordt reeds in algemene zin opgemerkt dat het de voorkeur verdient om de verdeelprocedure en -criteria vast te leggen in een algemeen verbindend voorschrift.

Ten slotte is het van belang dat de passende mate van openbaarheid tijdig in de besluitvormingsprocedure in acht wordt genomen. Dit is met name van belang bij zogenaamde 'ketenbesluitvorming'. Hiervan is sprake als een bestuursorgaan een verdeelprocedure voor een schaars besluit organiseert, maar dat voor dat schaarse besluit niet meer eenieder in aanmerking komt, omdat door een eerder besluit al een 'voorselectie' is gemaakt. De vraag in hoeverre er een 'mededingingsplicht' bestaat, blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.<sup>136</sup> Vanuit een oogpunt van transparantie kan echter wel worden opgemerkt dat als men ervoor kiest om een schaarse besluitvormingsprocedure

---

132 CbB 24 mei 2012, AB 2013/66, m.nt. C.J. Wolswinkel.

133 ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429 en ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel.

134 ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

135 Bestuursorganen hebben een discretionaire bevoegdheid om ontheffing te verlenen en hebben de ruimte om bij de uitoefening van die bevoegdheid beleid te ontwikkelen. De Winkeltijdenwet bevat de bevoegdheid om nadere regels te stellen, maar geen verplichting. Een winkeltijdenverordening hoeft ook volgens het CbB niet zelf alle regels met betrekking tot het verlenen van ontheffingen te bevatten (CbB 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763 en CbB 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871).

136 Van Ommeren 2011a, p. 235-265.

te organiseren, het in de rede ligt om de diverse besluiten in de keten gecoördineerd tot stand te brengen en daarbij een passende mate van openbaarheid in acht te nemen, dan wel een transparante verdeelprocedure voor het eerste besluit in de keten te organiseren. Voorbeelden van dergelijke ketenbesluitvorming kunnen gevonden worden in het subsidierecht<sup>137</sup> en in het omgevingsrecht.<sup>138</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat het vereiste om een passende mate van openbaarheid te garanderen al grotendeels geborgd is in de Awb (met name de artikelen 3:42, 4:23, 4:25 en 4:26 Awb). Ook de bestuursrechter acht dit onderdeel van de transparantieverplichting van belang. Indien geen passende mate van openbaarheid in acht is genomen, acht de bestuursrechter dit in strijd met de zorgvuldigheidsnormen van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb of het rechtszekerheidsbeginsel. Op onderdelen is echter optimalisatie mogelijk.

*B) Alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze*

Een ander aspect van de transparantieverplichting is dat alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure vooraf moeten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Ook de Afdeling heeft geoordeeld dat onder meer het ontbreken van kenbare maatstaven en een kenbare afweging bij het nemen van een schaars besluit onzorgvuldig is.<sup>139</sup>

Dit transparantievereiste houdt verder in dat het bestuursorgaan (aan de hand van de door de aanvragers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken) in staat moet zijn om na te gaan of de aanvragen beantwoorden aan de gestelde criteria. Ook de Afdeling heeft geoordeeld dat als voor schaarse besluitvorming gebruik gemaakt wordt van rapporten, deze rapporten voldoende duidelijk moeten zijn en dat het besluit anders onvoldoende gemotiveerd is.<sup>140</sup>

Daarnaast kan het aanbeveling verdienen dat een bestuursorgaan een aanvraagformulier vaststelt, zodat alle aanvragers op een vergelijkbare manier aangeven in hoeverre ze aan de gestelde criteria voldoen.<sup>141</sup> Dit draagt bij aan de transparantie van de procedure. Ook uit jurisprudentie van de bestuursrechter blijkt dat dit formulier dan wel volledig moet zijn. De aanvrager mag ervan uitgaan dat hij door beantwoording van alle vragen op het formulier

137 ABRvS 20 oktober 2010, *JB* 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en *AB* 2011/232, m.nt. W. den Ouden (Coach4Kids).

138 Vgl. ABRvS 9 januari 2013, *BR* 2013/63, m.nt. A. Drahmman en ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, *AB* 2014/124, m.nt. A. Drahmman.

139 ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519.

140 ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, *AB* 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer.

141 Als er geen verplichting tot het gebruik van een standaardaanvraagformulier in de subsidie-regeling is opgenomen, dan kunnen aanvragen die niet met het formulier zijn ingediend niet buiten behandeling worden gelaten (ABRvS 19 januari 2001, *AB* 2001/113, m.nt. N. Verheij).

en door het overleggen van alle stukken waarvan op het formulier staat aangegeven dat die moeten worden bijgevoegd, alle gegevens heeft verstrekt die nodig zijn voor de beoordeling van die aanvraag. De Afdeling heeft daarbij expliciet overwogen dat duidelijkheid omtrent de bij de aanvraag over te leggen gegevens des te meer van belang is, nu een aanvrager feitelijk maar één kans heeft om een succesvolle aanvraag in te dienen, omdat het (in casu subsidie)plafond veelal is bereikt op het moment dat een onvolledige aanvraag wordt aangevuld.<sup>142</sup>

- C) *Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren*

Een derde aspect van de transparantieverplichting is dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria moeten kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. In dit verband kan het wenselijk zijn om aanvragers de mogelijkheid te geven vragen te stellen over de gestelde criteria. Dit kan het bestuursorgaan doen door met een 'nota van inlichtingen' te werken. Het is onwenselijk om aan één partij (telefonisch of schriftelijk) nadere informatie over de gestelde criteria te geven, omdat op dat moment deze partij over meer informatie beschikt dan de andere (potentiële) aanvragers. Alleen door de informatie aan eenieder te verstrekken kan de gelijke positie van de potentiële aanvragers worden gegarandeerd. Dit is mogelijk door in de bekendmaking op te nemen dat alle geïnteresseerden voor een bepaalde datum hun vragen over de criteria kunnen stellen. Deze vragen worden dan tegelijkertijd in een schriftelijk document beantwoord en algemeen bekendgemaakt. Het is ook mogelijk om informatiebijeenkomsten te organiseren, mits eenieder daarvoor wordt uitgenodigd én er een proces-verbaal opgesteld en algemeen bekendgemaakt wordt van de tijdens de bijeenkomst gegeven informatie. Door deze algemene bekendmaking, bijvoorbeeld via de website, wordt gegarandeerd dat alle geïnteresseerden over dezelfde informatie beschikken.

- D) *Er moet een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen worden gesteld, zodat alle aanvragers over evenveel tijd beschikken om hun aanvraag voor te bereiden*

Op grond van de transparantieverplichting moet er een uiterste datum worden vastgesteld waarop aanvragen door het bestuursorgaan moeten zijn ontvangen. Hierdoor beschikken alle aanvragers na de bekendmaking van de mogelijkheid

---

<sup>142</sup> Vgl. CBB 17 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ9603 en ABRvS 29 mei 2013, AB 2013/356, m.nt. A. Drahmman.

om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging) over evenveel tijd om hun aanvraag voor te bereiden.

De vraag is dan wel hoe het bestuursorgaan moet omgaan met onvolledige aanvragen. Het is de vraag of deze nog kunnen worden aangevuld in de primaire fase. In algemene zin kan gesteld worden dat, op grond van dit transparantievereiste, een wijziging of aanvulling van de oorspronkelijke aanvraag in beginsel niet mogelijk is, omdat dit zou betekenen dat één aanvrager bevoordeeld zou worden tegenover zijn concurrenten. Wel kan een bestuursorgaan een aanvrager verzoeken de gegevens van een dergelijk dossier gericht te verbeteren of aan te vullen, mits dat verzoek betrekking heeft op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de indieningstermijn. Ook kan gesteld worden dat het bestuursorgaan, volgens het Hof van Justitie, niet verplicht is om contact op te nemen met de aanvragers, omdat de onduidelijkheid van de inschrijving het gevolg is van een tekortschieten in de zorgvuldigheidsplicht van de aanvragers.

Over het gevolg van onvolledige aanvragen is veel jurisprudentie beschikbaar. Daarnaast is de verhouding tussen dit transparantievereiste en de bestuursrechtelijke herstelmogelijkheid van artikel 4:5 Awb interessant.<sup>143</sup>

Op grond van artikel 4:5 Awb kan een bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen indien sprake is van een onvolledige aanvraag, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Het bieden van een hersteltermijn kan in overeenstemming zijn met zowel artikel 4:5 Awb als de transparantieplichting, mits de hiervoor geformuleerde uitgangspunten in acht worden genomen. Op de mogelijke spanning tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieplichting zal in de volgende paragraaf nog nader worden ingegaan.

Daarnaast blijkt uit jurisprudentie van de bestuursrechter dat bij schaarse besluitvorming bijzondere eisen worden gesteld aan de aanvragen, welke eisen afwijken van de vaste jurisprudentie over artikel 4:5 Awb bij 'gewone' niet-schaarse besluiten.<sup>144</sup> Zo heeft de Afdeling geoordeeld dat 'vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen rekening kan worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag. Het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn verdraagt zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in het tenderstelsel centraal staat.<sup>145</sup> Ook het CBb heeft geoordeeld dat het mogelijk is

---

143 Zie over de toepassing van artikel 4:5 Awb ook: Jacobs & Den Ouden 2011, Jacobs & Den Ouden, *JBplus* 2011, p. 35-58, Drahmman 2011 en Wolswinkel, *NTB* 2014/7.

144 Volgens vaste jurisprudentie staat het een bestuursorgaan, hoewel hiertoe niet gehouden is, vrij om ontbrekende gegevens die na het nemen van het primaire besluit tot buiten behandeling stelling alsnog zijn overgelegd, bij zijn heroverweging in aanmerking te nemen (o.a. ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, *AB* 2009/17, m.nt. A.T. Marseille).

145 ABRvS 26 september 2012, *AB* 2012/397, m.nt. A. Drahmman, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283.

een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen, maar dat geldt alleen voor het ontbreken van een vóór de afloop van het indieningstijdstip bestaand document. Als dat document, in casu een vergunning, op dat moment nog niet bestaat, is er geen grondslag om de aanvraag ingevolge artikel 4:5 Awb buiten behandeling te laten en moet de aanvraag worden geweigerd.<sup>146</sup> Deze jurisprudentie is geheel in lijn met dit transparantievereiste.

*E) In beginsel mag geen rekening worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager*

In het verlengde van het voorgaande, volgt uit de transparantieverplichting verder dat geen rekening mag worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager, omdat deze aanvrager dan wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten. De Nederlandse bestuursrechter hanteert een vergelijkbaar uitgangspunt. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling verdraagt het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tenderstelsel centraal staan. Uit de aard van het tendersysteem vloeit voort dat vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen rekening mag worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag.<sup>147</sup> Dit uitgangspunt zou mijns inziens niet alleen voor een vergelijkende toets moeten gelden, maar voor alle schaarse verdeelprocedures.

Het Cbb heeft, geheel in lijn met dit transparantievereiste, geoordeeld dat uitsluitend de inhoudelijke informatie die door aanvragers voor het einde van de aanvraagperiode is verstrekt, bij de beoordeling kan worden betrokken. Het ligt daarom niet op de weg van het bestuursorgaan om in de beoordelingsfase nog naar die inhoudelijke informatie te informeren. Het bestuursorgaan moet bij de voorbereiding van een besluit wel nagaan of een aanvraag compleet is en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, de aanvrager in de gelegenheid stellen om ontbrekende informatie alsnog te verstrekken (op grond van artikel 4:5 Awb).<sup>148</sup>

Zowel de bestuursrechter als het Hof van Justitie maakt dus onderscheid tussen enerzijds ontbrekende, maar wel bestaande, informatie en anderzijds nieuwe (inhoudelijke) informatie. De eerste informatie kan worden aangevuld, maar bij de tweede soort informatie is sprake van een ontoelaatbare wijziging

---

146 Cbb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5467.

147 O.a. ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654, ABRvS 20 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815, en ABRvS 25 juli 2001, AB 2001/339, m.nt. N. Verheij.

148 Cbb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmann.

van de aanvraag. Het zal niet altijd eenvoudig zijn te bepalen of sprake is van een (ontoelaatbare) 'wijziging' van de aanvraag. De volgende vier voorbeelden uit de jurisprudentie van de bestuursrechter kunnen wellicht meer duidelijkheid geven:

- De mededeling van de aanvrager dat bij nader inzien toch geen BTW gecompenseerd of afgetrokken kon worden, is een wijziging van de aanvraag.<sup>149</sup>
- Herstelbare kennelijke verschrijvingen zijn zeer evidente reken- of typefouten die onmiddellijk en zonder enige twijfel als vergissing herkenbaar zijn.<sup>150</sup>
- Het 'opnieuw' indienen van de aanvraag, maar dan op het juiste aanvraagformulier, is mogelijk, mits geen sprake is van nieuwe informatie die inhoudelijk relevant is.<sup>151</sup>
- Als sprake is van een substantiële wijziging van de aanvraag, die te ver verwijderd is van de oorspronkelijke aanvraag, moet het wijzigingsverzoek worden aangemerkt als een nieuwe aanvraag.<sup>152</sup>

De bestuursrechter neemt eveneens als uitgangspunt dat van een aanvrager zorgvuldigheid mag worden verwacht bij het invullen en indienen van een subsidieaanvraag.<sup>153</sup> Deze eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager voor het indienen van zijn aanvraag heeft niet alleen gevolgen voor de (beperkte) wijzigingsmogelijkheden, maar heeft ook tot gevolg dat het bestuursorgaan in beginsel zelf geen actie hoeft te ondernemen om nadere gegevens te verkrijgen van de aanvrager.<sup>154</sup>

F) *Het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen*

Op grond van de transparantieplichting moeten de eenmaal vastgestelde selectiecriteria en procedureregels gedurende de gehele procedure worden gehanteerd. Ook de bestuursrechter heeft geoordeeld dat het hangende de procedure wijzigen van een verdeelmethode van vergelijkende toets naar volgorde van binnenkomst, in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is.<sup>155</sup> Ook het hangende de procedure wijzigen van de verleningscriteria is onaanvaardbaar vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid.<sup>156</sup>

149 O.a. ABRvS 15 augustus 2007, AB 2008/29, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden.

150 CBb 7 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5050.

151 ABRvS 12 januari 2005, AB 2005/239, m.nt. N. Verheij.

152 CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730.

153 CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730.

154 CBb 3 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1115.

155 CBb 8 januari 2010, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono.

156 CBb 19 december 2007, JB 2008/67.

Ten slotte volgt uit dit transparantievereiste dat de procedureregels voor de aanvang van de verdeelprocedure moeten worden vastgesteld en gedurende de procedure niet gewijzigd kunnen worden. Voor het Nederlands bestuursrecht heeft dit tot gevolg dat in bezwaar ex tunc besloten moet worden.<sup>157</sup> Dit is dus een uitzondering op het klassieke uitgangspunt dat een bestuursorgaan ex nunc beslist.<sup>158</sup> De Afdeling heeft geoordeeld dat als relevant peilmoment geldt dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.<sup>159</sup> Het zou de transparantie (nog meer) dienen als dit peilmoment niet de laatste dag, maar de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, zou zijn. De uitspraak van de Afdeling maakt het mogelijk om nog tijdens de aanvraagperiode (maar na de bekendmaking van de verdeelprocedure) de verdeelregels te wijzigen. Dit is vanuit transparantieoogpunt risicovol, omdat onzeker is of alle (potentiële) aanvragers van deze wijziging kennis hebben kunnen nemen en hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen. Als de laatste dag als uitgangspunt wordt genomen, dan zou in ieder geval op het bestuursorgaan de bewijslast moeten rusten dat alle (potentiële) aanvragers kennis hebben genomen van de wijziging zodat zij hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen.

G) *De criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers*

Het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen. De criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de verdelingscriteria openbaar gemaakt moeten worden.<sup>160</sup> De onderlinge weging van die criteria hoeft niet vooraf openbaar gemaakt te worden, maar moet wel voor de beoordeling van de ingediende aanvragen vastgesteld zijn.<sup>161</sup> In dit verband is de uitspraak van het CBb interessant, waarin het CBb oordeelde dat een werkwijze waarbij de (deel)commissies, die adviseerden over de rangschikking van de ingediende subsidieaanvragen, op basis van de in de verschillende aanvragen aangetroffen elementen van de plannen adviseren over de waardering van die elementen

---

157 CBb 3 juli 2009, AB 2009/334, m.nt. I. Sewandono en JB 2009/227, waarin het CBb oordeelt dat de beoordeling in bezwaar moet plaatsvinden naar de feiten en omstandigheden op de beslissingsdatum van het primaire besluit.

158 Voor zover daarvan gesproken kan worden, vgl. Verheij, *JBplus* 2003, p. 26-47.

159 ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A.Heldeweg en ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie echter anders: ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

160 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (Waalse bussen) en HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (Lianakis e.a.).

161 HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, NJ 2011/87.

in een puntentelling en ook deelnemen aan de toepassing van het aldus ontwikkelde puntensysteem, niet in strijd met artikel 4:26 Awb is.<sup>162</sup> Een handelwijze waarbij pas na ontvangst en eerste bestudering van de aanvragen het puntensysteem ontwikkeld wordt, is in strijd met dit transparantievereiste. Het bestuursorgaan had voor deze methode gekozen om rekening te kunnen houden met nieuwe inzichten en ideeën die uit de aanvragen naar voren zouden kunnen komen. In plaats daarvan zou een bestuursorgaan bij een dergelijke subsidieverstrekking voor innovatieve projecten, waarbij het bestuursorgaan kennelijk zelf over onvoldoende kennis beschikt over wat innovatief is, moeten kiezen voor een voorafgaande marktconsultatie.

H) *Verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst en daarom moeten besluiten worden gemotiveerd*

Verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Hiervoor is het noodzakelijk dat het schaarse besluit wordt gemotiveerd. De motiveringsplicht van het bestuursorgaan kan worden omschreven als een 'vergelijkende motiveringsplicht'.<sup>163</sup> Het beginsel van gelijke behandeling omvat een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd. Het CbB heeft geoordeeld dat bij een systeem van subsidietoekenning 'waarbij de ingediende aanvragen onderling vergeleken en vervolgens gerangschikt worden op een aantal kwalitatieve criteria, ter bevordering van een voldoende mate van transparantie wel eisen gesteld moeten worden aan de wijze waarop achteraf van de wegingen en waarderingen die hebben plaatsgevonden, verslag wordt gedaan en verantwoording wordt afgelegd.' Dit betekent dat zowel over de ontwikkeling van de criteria, als over de toepassing daarvan op de ingediende aanvragen, inzichtelijke documentatie beschikbaar moet zijn. Deze documentatie bestaat uit inzicht in de samenstelling van de commissie(s), die zich over hun aanvragen gebogen hebben, de exacte taak en werkwijze van de commissie(s) en het advies van de commissie(s).<sup>164</sup> Soms kan het wenselijk zijn dat een proces-verbaal van de gevolgde procedure wordt gemaakt. Hiermee kan worden gemotiveerd dat de procedure transparant is verlopen.<sup>165</sup> De Afdeling heeft geoordeeld dat bij een (subsidie)tendersysteem het bestuursorgaan beoordelingsvrijheid toekomt, maar dat dit niet wegneemt dat een besluit van een inzichtelijke motivering dient te worden voorzien,

---

162 CbB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

163 J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 379 e.v.

164 CbB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade. Zie ook ABRvS 22 september 2009, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en ABRvS 15 december 2010, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden.

165 Vgl. Concl. A-G 12 april 2005, C-231/03 en CbB 20 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE9952.

waarbij recht wordt gedaan aan de beoordelingscriteria, zodat inzicht kan worden verkregen in de beoordeling die aan het besluit ten grondslag ligt en toetsing van de door het bestuursorgaan gevolgde puntenscore mogelijk is. In dit geval hadden de door het bestuursorgaan ingeschakelde experts elk op afzonderlijke scoreformulieren vermeld hoeveel punten het project op de beoordelingscriteria en bijbehorende deelcriteria had gescoord en wat de totaalscore van het project was. Dit acht de Afdeling onvoldoende, omdat deze formulieren geen inzichtelijke motivering geven van de puntentoekenning, omdat niet inzichtelijk is hoe de toetsingscriteria zijn ingevuld.<sup>166</sup>

I) *Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk*

Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk. Een wijziging kan worden aangemerkt als 'wezenlijk' wanneer hierbij verplichtingen worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke verdeelprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen aanvraag. Als het bestuursorgaan om bepaalde redenen, nadat het besluit is genomen, bepaalde voorschriften, voorwaarden of verplichtingen wil kunnen wijzigen, dan dient het bestuursorgaan deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het (algemeen bekendgemaakte) wettelijk voorschrift (of daarop gebaseerde nadere regels) waarop de verdeelprocedure is gebaseerd.

Ook in het subsidierecht is de wijziging van subsidiebesluiten beperkt. Zo is het in beginsel niet mogelijk om het bij besluit verleende subsidiebedrag later te verhogen, omdat het achteraf aanpassen van het subsidiebedrag leidt tot ongelijkheid ten opzichte van andere aanvragers.<sup>167</sup> Een na de bekendmaking van het subsidieplafond ingediend verzoek tot wijziging van een activiteit kan slechts worden gehonoreerd, indien deze wijziging volledig valt binnen de kaders van de vóór de bekendmaking van het plafond verleende subsidie en de wijziging de hoogte van de verleende subsidie niet te boven gaat.<sup>168</sup> Als sprake is van een essentiële afwijking van hetgeen in de oorspronkelijke aanvraag was opgenomen, is (volledige) nihilstelling niet onredelijk als de wijziging tot gevolg zou hebben gehad dat de aanvraag wezenlijk anders zou zijn beoordeeld en aanmerkelijk lager zou zijn gerangschikt.<sup>169</sup> Een vergelijkbare lijn zou ook voor andere schaarse besluiten gehanteerd moeten worden.

---

166 ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

167 CBb 11 augustus 2010, JB 2010/243.

168 Bijvoorbeeld de enkele wijziging van de naam van een project of een andere administratieve wijziging die geen inhoudelijke betekenis heeft (ABRvS 17 september 2008, AB 2009/77, m.nt. J.E. van den Brink). Vgl. ook ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1365, AB 2014/31, m.nt. M.A.M. Dieperink.

169 ABRvS 25 augustus 2005, AB 2005/390, m.nt. J.H. van der Veen.

### 12.5.2 Van Awb naar de Unierechtelijke transparantieplichting

In de vorige paragraaf is aan de hand van de negen transparantievereisten een aantal parallellen met de Awb en jurisprudentie van de bestuursrechter getrokken. In deze paragraaf wordt de Awb als uitgangspunt genomen. Van de meest in het oog springende artikelen zal worden beschreven in hoeverre zij bijdragen aan de transparantie en waar eventuele risico's zitten.

#### A) *De bekendmaking van besluiten: artikel 3:42 Awb en artikelen 4:23-4:26 Awb*

Op grond van artikel 3:42 Awb moet de bekendmaking van besluiten plaatsvinden in de Staatscourant (centrale overheid) of in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze. Deze bepaling zorgt voor een algemene bekendmaking van besluiten en is dus in beginsel in overeenstemming met de transparantieplichting. Het artikel is echter algemeen geformuleerd. Uit het artikel zelf blijkt niet wat de inhoud van de besluiten moet zijn. Op grond van de transparantieplichting volgt dat voor een schaarse besluitvormingsprocedure ten minste de volgende informatie passend bekendgemaakt zal moeten worden: (a) de periode wanneer aanvragen kunnen worden ingediend (begin- en einddatum); (b) aan welke voorwaarden deze aanvragen zullen worden getoetst (selectiecriteria); en (c) op welke wijze de besluitvorming zal plaatsvinden (procedurevoorschriften). Deze verplichtingen zullen dus in artikel 3:42 Awb moeten worden ingelezen. Een alternatief is dat voor schaarse besluitvorming een aanvullende regeling wordt getroffen. Deze regeling zou dan kunnen lijken op de nadere eisen die zijn opgenomen in de subsidietitel (in het bijzonder de artikelen 4:23-4:26 Awb). Door deze bepalingen wordt de passende mate van openbaarheid bij de verdeling van schaarse subsidies gegarandeerd. Zo moet bij de bekendmaking van het subsidieplafond ook de wijze van verdeling worden vermeld. Ook hier kan echter de kanttekening worden gemaakt dat de bepalingen zeer algemeen geformuleerd zijn en dat de toepassing daarvan door de bestuursrechter niet altijd tot gevolg heeft dat gesproken kan worden van transparante besluitvorming. Zo heeft het CbB geoordeeld dat een werkwijze waarbij een adviescommissie op basis van de reeds ingediende aanvragen een puntentelling maakte en dit puntensysteem vervolgens ook toepaste op de aanvragen, niet in strijd is met artikel 4:26 Awb.<sup>170</sup> Deze handelwijze, waarbij pas na ontvangst en eerste bestudering van de aanvragen het puntensysteem ontwikkeld wordt, is echter in strijd met de transparantieplichting.<sup>171</sup> Daarnaast heeft de Afdeling geoordeeld dat een subsidieverdeelsys-

---

170 CbB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

171 Bovendien moet betwijfeld worden of de door het bestuursorgaan gestelde criteria niet dusdanig open waren dat zij niet geformuleerd waren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Het bestuursorgaan had voor deze methode gekozen om rekening

teem op grond van artikel 3:42 Awb eigenlijk bekendgemaakt had moeten worden in de Staatscourant, maar dat een op internet gepubliceerde brochure kan worden aangemerkt als vaste gedragslijn en daarom aan de besluitvorming ten grondslag mocht worden gelegd.<sup>172</sup>

Geconstateerd kan dan ook worden dat deze artikelen uit de Awb niet in strijd zijn met de transparantieplichting, maar dat het aan het bestuursorgaan en, waar nodig, de bestuursrechter is om een nadere, transparante duiding aan deze wettelijke bepalingen te geven. Uit de volgende paragraaf zal blijken dat dit tot op grote hoogte ook gebeurt, maar dat er enkele verbeterpunten zijn.

Ten slotte merk ik nog op dat de vraag gesteld kan worden of een bekendmaking in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad 'passend' is. Op grond van de Aanbestedingswet 2012 moeten aankondigingen voor overheidsopdrachten geplaatst worden op de website van TenderNed. Op deze manier zijn de overheidsopdrachten van alle aanbestedende diensten op één plaats te vinden. Artikel 3:42 Awb bevat niet de verplichting tot een dergelijke centrale bekendmaking. Een groeiend aantal bestuursorganen stelt hun lokale bekendmakingen inmiddels ter beschikking op [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl).<sup>173</sup> Dit vind ik een goede ontwikkeling, omdat het gebruik van één centrale website door alle bestuursorganen de transparantie vergroot; zeker als hier ook nog de mogelijkheid van een e-mailattending aan wordt verbonden.

#### *Aanbeveling*

Op basis van het voorgaande zou overwogen kunnen worden om, in aanvulling op de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v., een actieve, algemene bekendmakingsplicht voor schaarse besluiten te introduceren. Op grond hiervan zouden bestuursorganen verplicht worden om algemeen bekend te maken dat een procedure waarbij een schaars besluit verleend wordt, zal aanvangen. De bekendmaking zou moeten vermelden wat de indieningstermijn voor aanvragen is en waar nadere informatie over de verdeelprocedure en -regels te vinden is. Door deze actieve, algemene bekendmakings-

---

te kunnen houden met nieuwe inzichten en ideeën die uit de aanvragen naar voren zouden kunnen komen. In plaats daarvan zou een bestuursorgaan bij een dergelijke subsidieverstrekking voor innovatieve projecten, waarbij het bestuursorgaan kennelijk zelf over onvoldoende kennis beschikt over wat innovatief is, moeten kiezen voor een voorafgaande marktconsultatie.

172 ABRvS 14 november 2002, ECLI:NL:RVS:2012:BY3051, AB 2013/121, m.nt. A. Drahmman.

173 Een kennisgeving via het internet kan een geschikte wijze van kennisgeving als bedoeld in artikel 3:12, lid 1, Awb zijn. Op grond van artikel 2:14, lid 2, en artikel 3:12, lid 1, Awb dient van een ontwerpbesluit echter op ten minste één niet-elektronische, geschikte wijze kennis te worden gegeven, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald (ABRvS 7 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4007, JB 2013/81, m.nt. G. Overkleef-Verburg).

plicht voor bestuursorganen wordt gegarandeerd dat alle potentieel geïnteresseerde partijen kennis kunnen nemen van de procedure en hieraan kunnen deelnemen. Deze algemene bekendmakingsplicht zou expliciet in de Awb kunnen worden opgenomen of door de bestuursrechter kunnen worden gebaseerd op artikel 3:42 Awb (eventueel in combinatie met het gelijkheidsbeginsel of de transparantieverplichting). Een alternatief is om (in navolging van Aanbestedingswet 2012) alle bestuursorganen te verplichten om (de verdeling van hun schaarse) besluiten centraal bekend te maken op één website. Een dergelijke verplichting zou dan in de Awb neergelegd moeten worden. Hoewel dit voor een passende mate van openbaarheid niet strikt noodzakelijk is, zou dit mijns inziens de transparantie aanzienlijk vergroten.

B) *Advisering: afdeling 3.3 Awb*

Afdeling 3.3 Awb betreft de advisering aan bestuursorganen. Artikel 3:9 Awb betreft de vergewisplicht. Bestuursorganen moeten zich ervan vergewissen dat een onderzoek van een externe adviseur op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Bij de verdeling van schaarse besluiten wordt vaak gebruik gemaakt van adviescommissies met deskundigen.<sup>174</sup> Ook deze adviescommissies zullen de transparantieverplichting in acht moeten nemen en het bestuursorgaan zal zich ervan moeten vergewissen of dit is gebeurd. Hieronder zullen enkele aandachtspunten worden genoemd voor adviescommissies en bestuursorganen die gebruik maken van externe adviseurs bij de verdeling van schaarse besluiten.

Ten eerste heeft de transparantieverplichting mede als doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen. Bij de samenstelling van deze commissies moet aandacht worden besteed aan dit risico van favoritisme. Zo is het onzorgvuldig en in strijd met het verbod tot vooringenomenheid (zoals neergelegd in artikel 2:4 Awb) om een van de huidige vergunninghouders onderdeel te laten zijn van een adviescommissie die moet adviseren over de toekomstige verdeling van diezelfde vergunning.<sup>175</sup>

Ten tweede moeten bestuursorganen en adviescommissies de verdeelcriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen. Het CbB heeft geoordeeld dat een werkwijze waarbij de (deel)commissies, die adviseerden over de rangschikking van de ingediende subsidieaanvragen, op basis van de in de verschillende aanvragen aangetroffen elementen van de plannen adviseren over de waardering van die elementen in een puntentelling en ook deelnemen aan de toepassing van het aldus ontwikkelde puntensysteem, niet

---

174 Zie bijv. ABRvS 24 maart 2010, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden, en ABRvS 25 februari 2009, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

175 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

in strijd is met artikel 4:26 Awb.<sup>176</sup> Hiervoor is al toegelicht dat een handelwijze waarbij pas na ontvangst en eerste bestudering van de aanvragen het puntensysteem ontwikkeld wordt, in strijd is met de transparantieplichting.

Ten derde is van belang dat als een adviescommissie eigen toetsingsleidraden of -formulieren opstelt aan de hand waarvan zij de aanvragen toetsen en deze leidraden extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, deze documenten mijns inziens (zelfs voorafgaand aan de procedure) op grond van dit transparantievereiste openbaar gemaakt moeten worden. De Afdeling heeft echter anders geoordeeld.<sup>177</sup>

Ten slotte moeten (schaarse) besluiten worden gemotiveerd. Het CBB heeft geoordeeld dat bij schaarse besluitvorming eisen gesteld moeten worden aan de wijze waarop achteraf van de wegingen en waarderingen die hebben plaatsgevonden, verslag wordt gedaan en verantwoording wordt afgelegd. Dit betekent dat zowel over de ontwikkeling van de criteria, als over de toepassing daarvan op de ingediende aanvragen, inzichtelijke documentatie beschikbaar moet zijn. Deze documentatie bestaat uit inzicht in de samenstelling van de commissie(s), die zich over hun aanvragen gebogen hebben, de exacte taak en werkwijze van de commissie(s) en het advies van de commissie(s).<sup>178</sup>

C) *Beleidsregels en de inherente afwijkingsbevoegdheid: artikel 4:84 Awb*

Vaak kiezen bestuursorganen ervoor om hun verdeelprocedures en -criteria vast te leggen in beleidsregels.<sup>179</sup> Bestuursorganen moeten op grond van artikel 4:84 Awb handelen overeenkomstig deze beleidsregels, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Deze inherente afwijkingsbevoegdheid verhoudt zich slecht met de transparantieplichting, omdat door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels niet meer alle (potentiële) aanvragers gelijk worden

---

176 CBB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

177 ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429 en ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel. Wel kan het ontbreken van dergelijke documenten tot de conclusie leiden dat het besluit onvoldoende gemotiveerd is (ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel).

178 CBB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade. Zie ook ABRvS 22 september 2009, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en ABRvS 15 december 2010, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden. Vgl. ook ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

179 Bestuursorganen hebben een discretionaire bevoegdheid om ontheffing te verlenen en hebben de ruimte om bij de uitoefening van die bevoegdheid beleid te ontwikkelen. De Winkeltijdenwet bevat de bevoegdheid om nadere regels te stellen, maar geen verplichting. Een winkeltijdenverordening hoeft ook volgens het CBB niet zelf alle regels met betrekking tot het verlenen van ontheffingen te bevatten (CBB 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763 en CBB 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871).

behandeld. De bestuursrechter heeft hier dan ook terecht aanleiding in gezien om artikel 4:84 Awb transparant in te kleuren bij de verdeling van schaarse besluiten. Zo heeft de Afdeling geoordeeld dat bij de verdeling van subsidie via een tendersysteem 'in beginsel geen ruimte bestaat om in individuele gevallen uitzonderingen toe te staan. Bij de toepassing van artikel 4:84 Awb moet het gaan om bijzondere, dat wil zeggen bij het vaststellen van de beleidsregel niet verdisconteerde omstandigheden.' Door te kiezen voor een tenderprocedure heeft het bestuursorgaan er dus, volgens de Afdeling, bewust voor gekozen om aanvragen te beoordelen aan de hand van bepaalde objectieve criteria.<sup>180</sup> Het CBb heeft daarnaast geoordeeld dat als geen enkele ingediende aanvraag voldoet aan de vooraf in een beleidsregel vastgestelde verdeelcriteria, alle aanvragen moeten worden afgewezen. Het feit dat geen enkele aanvraag aan de gestelde criteria voldoet is geen bijzondere omstandigheid als bedoeld in artikel 4:84 Awb.<sup>181</sup>

Deze uitleg van artikel 4:84 Awb is in lijn met de transparantieverplichting, hoewel de Afdeling nog wel een kleine afwijkmogelijkheid open houdt door te oordelen dat er 'in beginsel' geen afwijkmogelijkheid is.

Hier kan ook worden geconstateerd dat er een potentiële spanning bestaat tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieverplichting. Deze spanning kan worden (en is – grotendeels – door de Afdeling) weggenomen door de afwijkmogelijkheid te beperken: bij de verdeling van schaarse besluiten kan geen sprake zijn van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen, namelijk het organiseren van een transparante verdeelprocedure waar iedereen gelijke kansen moet hebben om voor het schaarse recht in aanmerking te komen.<sup>182</sup>

Bij het voorgaande kunnen nog wel twee kanttekeningen gemaakt worden. De eerste kanttekening is of de hiervoor geschetste inkleuring van artikel 4:84 Awb door de bestuursrechter wenselijk is. De inkleuring lijkt toch enigszins op een ongeschreven uitzondering op de Awb. De tweede kanttekening betreft de meer bestuurlijke vraag waarom bestuursorganen er de voorkeur aan geven om te werken met beleidsregels in plaats van algemeen verbindende voorschrif-

---

180 ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel. Ook voor het verlenen van ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet heeft het CBb geoordeeld dat het afwijken van de in de beleidsregels vastgelegde procedureregels (over de te volgen lotingsprocedure) in strijd was met artikel 4:84 Awb (CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942 en ECLI:NL:CBB:2011:BV0936, AB 2012/161, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en JB 2012/59).

181 CBb 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460, JB 2008/67. In deze uitspraak overweegt het CBb ook dat het een bestuursorgaan niet vrij staat om gedurende de besluitvormingsfase over te gaan tot een wijziging van de beleidsregels. 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.

182 Vgl. Wolswinkel die stelt dat de inherente afwijkmogelijkheid zich voegt naar het schaarse karakter van het recht (Wolswinkel, NTB 2014/7).

ten (bijvoorbeeld in de vorm van een 'nadere regeling').<sup>183</sup> Gelet op het belang van kenbare regels (die bij algemeen verbindende voorschriften over het algemeen groter is dan bij beleidsregels) en de beperkte afwijkmogelijkheden (bij zowel algemeen verbindende voorschriften als beleidsregels) zouden bestuursorganen mijns inziens in overweging moeten nemen om vaker te kiezen voor een algemeen verbindend voorschrift in plaats van beleidsregels. Hoewel niet strikt noodzakelijk, zou er daarom – als er een titel komt voor de verdeling van schaarse besluiten – een expliciete uitzondering op artikel 4:84 Awb opgenomen kunnen worden, dan wel een verplichting om de verdeelregels en -criteria neer te leggen in een algemeen verbindend voorschrift.

Ten slotte is van belang dat de inherente afwijkmogelijkheid is bedoeld voor bijzondere omstandigheden. Niet alle onvoorziene omstandigheden kwalificeren als bijzondere omstandigheden. Op grond van de transparantieverplichting moet een bestuursorgaan voorafgaand aan de verdeelprocedure de verdeelcriteria vaststellen. Dit betekent dat bestuursorganen voldoende kennis moeten hebben om deze criteria vast te stellen. Indien een bestuursorgaan over onvoldoende kennis beschikt bij de verdeling van schaarse besluiten waar innovatie een selectie criterium is, dan zou een bestuursorgaan kunnen overwegen voorafgaand een (internet)consultatie te doen waarbij een ontwerpregeling wordt gepubliceerd en eenieder wordt uitgenodigd mee te denken over de invulling van de innovatieve subsidiecriteria.<sup>184</sup> Een alternatief is het geven van een termijn om vragen te kunnen stellen over de gestelde criteria, welke vragen dan kunnen worden beantwoord in een openbare nota. Dit is vergelijkbaar met de nota van inlichtingen bij 'gewone' aanbestedingsprocedures.<sup>185</sup> Een laatste mogelijkheid is om in de verdeelregeling expliciet bepaalde flexibiliseringsmogelijkheden op te nemen.<sup>186</sup> Indien (een deel van deze) mogelijkheden wordt benut door bestuursorganen, dan zullen bijzondere, onvoorziene omstandigheden zich niet of nauwelijks voordoen, waardoor het belang van artikel 4:84 Awb afneemt.

---

183 Zie bijv. CBB 1 februari 2013, AB 2013/296, m.nt. C.J. Wolswinkel.

184 Ook in het aanbestedingsrecht is de afgelopen jaren ervaring opgedaan met het aanbesteden van complexe projecten waar de aanbestedende dienst zelf niet in staat is de voorwaarden van het project vooraf te specificeren en niet vooraf kan beoordelen wat de markt te bieden heeft. Voor dergelijke projecten kan de zogenaamde procedure van de 'concurrentiegerichtede dialoog' gevolgd worden. Onderdeel van deze procedure kan een marktconsultatie zijn.

185 Vgl. CBB 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

186 Parallellen kunnen hierbij gemaakt worden met de jurisprudentie van het Hof van Justitie (o.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall) en HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur)) over de wezenlijke wijziging: als het bestuursorgaan om bepaalde redenen, nadat het besluit is genomen, bepaalde voorschriften, voorwaarden of verplichtingen wil kunnen wijzigen, dan dient het bestuursorgaan deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het wettelijk voorschrift (of daarop gebaseerde nadere regels) waarop de verdeelprocedure is gebaseerd.

*Aanbeveling*

Er bestaat een spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieverplichting. Deze kan worden opgelost door

- i) als uitgangspunt te nemen dat bij schaarse besluitvorming geen sprake is van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen,
- ii) (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen) in de Awb een uitzondering op dit artikel op te nemen, of
- iii) verdeelcriteria en -regels niet vast te leggen in een beleidsregel maar in een algemeen verbindend voorschrift.

D) *Aanvullen van onvolledige aanvragen: artikel 4:5 Awb*

Uitgangspunt van de transparantieverplichting is dat alle aanvragers, na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging), over evenveel tijd moeten beschikken om hun aanvraag voor te bereiden. Op grond van artikel 4:5 Awb kan een bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen indien sprake is van een onvolledige aanvraag, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Ook hier kan er spanning ontstaan tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieverplichting, maar kan deze worden voorkomen door artikel 4:5 Awb transparant in te kleuren bij de verdeling van schaarse besluiten.<sup>187</sup>

Deze transparante toepassing van artikel 4:5 Awb heeft betrekking op: (i) het beperken van de soort informatie die aangevuld mag worden; en (ii) de wijze waarop artikel 4:5 Awb zal worden toegepast vooraf vast te leggen. Op deze wijze kan het bieden van een hersteltermijn in overeenstemming zijn met de transparantieverplichting, waarbij die uiteraard wel voor alle aanvragers gelijk moet worden toegepast.

Met betrekking tot het soort informatie dat kan worden aangevuld, heeft zowel het Hof van Justitie als de bestuursrechter geoordeeld dat het mogelijk is een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen, maar dat dit alleen geldt voor het ontbreken van een vóór de afloop van het indieningstijdstip bestaand document alsmede voor het herstellen van kennelijke vergissingen.<sup>188</sup> Uitsluitend de inhoudelijke informatie die door aanvragers voor het einde van de aanvraagperiode is

187 Hierbij is van belang dat van artikel 4:5 Awb slechts bij wet in formele zin kan worden afgeweken. Bestuursorganen zullen dan ook uitsluitend artikel 4:5 Awb kunnen 'inkleuren', maar er niet van afwijken.

188 CBb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5467. Vgl. ook ABRvS 15 augustus 2007, AB 2008/29, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden, CBb 7 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5050 en ABRvS 12 januari 2005, AB 2005/239, m.nt. N. Verheij.

verstrekt, kan dus bij de beoordeling worden betrokken. Het bestuursorgaan is niet verplicht om in de beoordelingsfase nog naar die inhoudelijke informatie te informeren, maar het bestuursorgaan moet wel bij de voorbereiding van een besluit nagaan of een aanvraag compleet is en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, de aanvrager in de gelegenheid stellen om ontbrekende informatie alsnog te verstrekken.<sup>189</sup>

Met betrekking tot het tweede aspect (de wijze waarop artikel 4:5 Awb zal worden toegepast vooraf vast te leggen) kan het subsidierecht als voorbeeld worden gebruikt. In het subsidierecht is het gebruikelijk om in de subsidieregeling vast te leggen dat de rangschikking van de ingediende aanvragen zal plaatsvinden op basis van *volledige* aanvragen.<sup>190</sup> Hierdoor wordt duidelijk gemaakt dat, overeenkomstig artikel 4:5 Awb, aanvulling van de aanvraag mogelijk is, maar dat het indienen van een onvolledige aanvraag nadelige gevolgen heeft voor de rangschikking. Hiermee wordt ook voorkomen dat het lonend wordt om zo snel mogelijk een pro forma-aanvraag in te dienen.<sup>191</sup> In aanvulling hierop is het ook mogelijk om te anticiperen op de toepassing van het artikel door in de procedureregels te bepalen dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle aanvragers met een onvolledige aanvraag op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen.<sup>192</sup> Door een identieke hersteltermijn te bieden (die van tevoren is bekendgemaakt aan alle potentiële aanvragers), wordt de gelijke behandeling van de aanvragers gegarandeerd en is sprake van een transparant procedureverloop.

Daarnaast is van belang dat als een aanvrager geen gebruik maakt van de herstelkans, zijn aanvraag buiten behandeling kan worden gesteld. De vervolgvraag is dan of in bezwaar alsnog de ontbrekende informatie kan worden overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie bij de verlening van 'gewone' niet-schaarse besluiten staat het een bestuursorgaan, hoewel het hiertoe niet gehouden is, vrij om ontbrekende gegevens die na het nemen van het primaire besluit tot buiten behandeling stelling alsnog zijn overgelegd, bij zijn heroverweging in aanmerking te nemen. Dit betreft een discretionaire bevoegdheid welke door de rechter terughoudend dient te worden getoetst.<sup>193</sup> Deze vaste jurisprudentie over artikel 4:5 Awb kan mijns inziens niet worden toegepast bij schaarse besluitvorming. De Afdeling heeft immers ook geoordeeld dat 'vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen

---

189 CbB 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmman. Vgl. ook CbB 3 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1115 en CbB 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730.

190 O.a. artikel 58 van het Besluit stimulering duurzame energieproductie.

191 CbB 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. Wolswinkel. Vgl. ABRvS 19 januari 2001, AB 2001/113, m.nt. N. Verheij.

192 Vgl. ABRvS 8 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV3886.

193 ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, AB 2009/17, m.nt. A.T. Marseille.

rekening kan worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag. Het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn verdraagt zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in het tendersysteem centraal staat.<sup>194</sup>

Op de hierboven omschreven manier wordt artikel 4:5 Awb 'transparant' toegepast. Dit is echter niet eenvoudig in het artikel te lezen en vergt een goede kennis van de jurisprudentie van de bestuursrechter hierover. Dit zou reden kunnen zijn om, als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen, daarin een uitzondering op artikel 4:5 Awb op te nemen.

#### *Aanbeveling*

Er bestaat een spanning tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieplichting. Deze kan worden opgelost door

- i) artikel 4:5 Awb 'transparant' toe te passen door in de procedure-regels hier een regeling voor op te nemen; of
- ii) (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen) in de Awb een uitzondering op artikel 4:5 Awb op te nemen.

#### *E) Verhouding tot de Wet openbaarheid van bestuur*

De transparantieplichting verplicht tot het bekendmaken van informatie. Ook de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) betreft het openbaar maken van informatie. De Wob bevat zowel een actieve als passieve openbaarheidsverplichting. Als de regeling in de Wob wordt vergeleken met de transparantieplichting dan valt het volgende op.

Bij de transparantieplichting is de actieve openbaarmaking het uitgangspunt: een bestuursorgaan moet uit eigen beweging, voorafgaand aan de verdeelprocedure, alle voorwaarden vaststellen en bekend maken. Deze actieve openbaarmaking is neergelegd in artikel 8 van de Wob. Op grond van dit artikel is een bestuursorgaan verplicht uit eigen beweging informatie te verschaffen 'over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering'. Er zijn ten minste drie verschillen tussen deze actieve openbaarmakingsverplichting in de Wob en de transparantieplichting te noemen. Ten eerste is de regeling in de Wob, volgens de Afdeling, primair de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat. De Wob voorziet niet in de mogelijkheid om een verzoek tot actieve openbaarmaking

---

194 ABRvS 26 september 2012, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmman, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283. Vgl. ook ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654; ABRvS 20 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815; en ABRvS 25 juli 2001, AB 2001/339, m.nt. N. Verheij.

in te dienen en die openbaarmakingsplicht is dus niet afdwingbaar.<sup>195</sup> Dit verschilt van de transparantieverplichting die wel een norm oplegt aan het bestuursorgaan. Indien bij de totstandkoming van een schaars besluit de transparantieverplichting niet in acht is genomen, zou de bestuursrechter dat besluit moeten vernietigen. Ten tweede zijn de weigeringsgronden van de Wob op zowel de actieve als passieve openbaarmaking van toepassing.<sup>196</sup> De vraag is hoe dit zich verhoudt tot de transparantieverplichting. Het belang van transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten zal tot gevolg hebben dat de weigeringsgronden niet snel van toepassing zullen zijn.<sup>197</sup> Ten slotte is van belang dat de Afdeling (in het kader van passieve openbaarmaking) heeft geoordeeld dat de Wob betrekking heeft op bij de overheid berustende documenten en geen bewerkingsplicht impliceert.<sup>198</sup> De transparantieverplichting verplicht een bestuursorgaan echter (in ieder geval feitelijk) om verdeelregels en -criteria vast te stellen en bekend te maken. Een bestuursorgaan kan niet volstaan met de stelling dat er geen criteria waren en dat deze dus ook niet bekend hoefden te worden gemaakt. Ook het afwezig zijn van die criteria is voldoende reden om het besluit in strijd te achten met het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting.

Bij de transparantieverplichting ligt de nadruk dus, in tegenstelling tot de Wob, op de actieve openbaarmaking. De passieve openbaarmaking speelt met name een rol als de 'verliezer' van een verdeelprocedure informatie over de inschrijving en beoordeling van een concurrent probeert te verkrijgen. De Aanbestedingswet 2012 heeft een aan de Wob derogerende regeling<sup>199</sup> waarin is opgenomen dat (i) een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar maakt en (ii) een aanbestedende dienst geen informatie openbaar maakt indien die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.<sup>200</sup> Buiten de reikwijdte van de Aanbestedingswet 2012 zal echter aan de Wob getoetst moeten worden. Dit is niet altijd zonder problemen, zoals blijkt uit een uitspraak van het CBB. Deze uitspraak betrof de verloting van productierechten op grond van de Meststoffenwet. Na afloop van de loting had het bestuursorgaan de lotnummers en de daaraan gekoppelde aanvraagnummers bekendgemaakt, maar niet het aantal productierechten waarvoor per bedrijf ontheffing was verleend. De appellante betoogde dat het noodzakelijk was om deze informatie te verkrijgen om te kunnen controleren of het plafond was bereikt en zijn aanvraag om die

---

195 ABRvS 19 december 2012, *JB* 2013/23, m.nt. G. Overkleeft-Verburg. Zie over de instructienorm van artikel 8 Wob ook Daalder 2011, p. 227.

196 O.a. ABRvS 15 december 2010, *JB* 2011/41, m.nt. G. Overkleeft-Verburg.

197 Zie in dit verband ook E. Pietermaat en J. Muller, 'De Wob in het aanbestedingsrecht', *TA* 2010, p. 341-357.

198 ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2770. Zie ook Daalder 2011, p. 139.

199 ABRvS 28 augustus 2013, *JB* 2013/200, m.nt. J.H. Keinemans. Zie ook Hoegge-Kjellefeld, *Gst.* 2014/64.

200 Artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012

reden terecht was afgewezen. Het CBb volstaat met het oordeel dat er geen aanleiding bestaat te twifelen aan het feit dat het plafond daadwerkelijk is bereikt en dat de appellant geen argumenten voor het tegendeel heeft aangedragen. Wolswinkel merkt in zijn annotatie terecht op dat het punt juist is dat de appellant deze argumenten niet kan aandrazen zonder deze informatie. De transparantieplichting heeft mede ten doel om controle op de besluitvorming mogelijk te maken, zodat getoetst kan worden of de verdeelprocedure onpartijdig is uitgevoerd.<sup>201</sup>

Samenvattend kan gesteld worden dat de transparantieplichting onvoldoende wordt geborgd door de huidige regeling in de Wob. De toegevoegde waarde van de transparantieplichting zit in het feit dat de transparantieplichting, in tegenstelling tot de openbaarmakingsregeling in de Wob, een afdwingbare verplichting is om actief informatie over de verdeling van schaarse besluiten op te stellen en bekend te maken.

### 12.5.3 Van de jurisprudentie van de bestuursrechter naar de Unierechtelijke transparantieplichting

De bestuursrechter heeft inmiddels vele uitspraken gedaan over schaarse besluitvormingsprocedures. Deze zijn (gelukkig) vaak geheel in lijn met de transparantieplichting en zijn in de vorige paragraaf al beschreven. Indien onvoldoende transparantie in acht is genomen, acht de bestuursrechter dit veelal in strijd met de zorgvuldigheidsnormen van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb of het rechtszekerheidsbeginsel. Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen te worden gesteld.<sup>202</sup> Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met de transparantieplichting. Hierna zal worden volstaan met enkele uitspraken waarvan gesteld zou kunnen worden dat deze niet

---

201 CBb 30 december 2009, AB 2010/265, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie over de openbaarheid van informatie in een subsidietender: CBb (Vz.) 29 juli 2010, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade. In deze procedure werd door verzoekers betoogd dat het bestuursorgaan ook op grond van het transparantiebeginsel gehouden zou zijn die informatie te verschaffen. De Voorzieningenrechter beoordeelt uitsluitend of een van de weigeringsgronden van toepassing is en gaat niet in op het betoog inzake het transparantiebeginsel. Uiteindelijk wordt het verzoek toegewezen.

202 O.a. CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel, CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer, CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel en Gst. 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse, CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CBb 31 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9683 en CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CBb 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

leiden tot (optimale) transparante besluitvorming. Daarbij is wel van belang dat jurisprudentie altijd casuïstisch is en dat de omvang van het geding bovendien afhankelijk is van de aangevoerde beroepsgronden.

Allereerst wijs ik op een aantal uitspraken van het CbB die betrekking hebben op de passende mate van openbaarheid die de transparantieverplichting beoogt te garanderen. Het CbB heeft geoordeeld dat, als 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. Dit is geheel in lijn met de transparantieverplichting. Vervolgens overweegt het CbB echter dat appellanten (een potentiële aanvrager van de schaarse vergunning) bekend was of bekend had kunnen zijn dat de geldigheidsduur van de eerder verleende vergunning zou verstrijken op 31 december 2007 en de procedure ten aanzien van het verlenen van de vergunning duidelijk was.<sup>203</sup> Hiermee wordt echter een onderzoeksplicht op de potentiële gegadigden gelegd, terwijl de transparantieverplichting juist uitgaat van een actieve bekendmakingsplicht voor het bestuursorgaan. Ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen zou gewerkt moeten worden met een 'openstellingsbesluit'. Verder heeft het CbB geoordeeld dat in het geval van een schaars besluit 'andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing'.<sup>204</sup> In essentie wordt hiermee in lijn met de transparantieverplichting geoordeeld. Mijns inziens zou het CbB echter nog verder mogen gaan. Nog los van het feit dat het CbB uitzonderingen mogelijk acht ('in beginsel'), lijkt het CbB (in de tussenzin) van belang te achten dat het bestuursorgaan ermee bekend was dat er andere geïnteresseerden waren. Deze kennis is mijns inziens echter niet nodig. Op grond van de transparantieverplichting zou een bestuursorgaan een actieve bekendmaking moeten doen die alle (ook onbekende) potentiële aanvragers kan bereiken. Daarnaast heeft het CbB geoordeeld dat als in (beleids)regels geen verdeelprocedure is voorgeschreven, een verdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen niet onredelijk is.<sup>205</sup> Een dergelijke impliciete keuze voor een verdeelmethode is mijns inziens onvoldoende transparant. De wijze waarop deze verdeling gaat plaatsvinden (de verdeelprocedure) moet van tevoren worden vastgesteld en bekendgemaakt. Een laatste aandachtspunt uit de

---

203 CbB 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

204 CbB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie ook CBB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer en CbB 6 juni 2012, AB 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel.

205 CbB 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie ook CbB (Vz.) 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel. Vgl. ook ABRvS 25 september 2013, AB 2013/385, m.nt. A. Drahmman.

jurisprudentie is de rol van documenten die in aanvulling op de verdeelregeling worden opgesteld. Zo stellen adviescommissies vaak toetsingsleidraden vast aan de hand waarvan zij de aanvragen toetsen. Als deze leidraden daarmee een extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, dan zouden deze documenten mijns inziens op grond van de transparantieplichting openbaar gemaakt moeten worden. De Afdeling heeft echter geoordeeld dat dergelijke stukken geen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, waardoor ze niet achteraf (laat staan vooraf) bekendgemaakt hoeften te worden.<sup>206</sup> Ook in 2013 heeft de Afdeling nog geoordeeld dat het afdoende is om de beleidsregels met de beoordelingscriteria bekend te maken en niet tevens het 'beoordelingsstramien' waarin vermeld stond op grond waarvan de aanvragen per beoordelingsaspect werden beoordeeld, mits de (bekendgemaakte) beoordelingscriteria helder zijn omschreven en de aanvrager voldoende duidelijk kunnen zijn.<sup>207</sup> Bij al deze uitspraken kan gesteld worden dat het bestuursorgaan niet het belang van alle potentiële aanvragers om een gelijke kans te hebben om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen, heeft vooropgesteld. Het bestuursorgaan heeft niet of onvoldoende informatie over de verdeling (de procedure of de criteria) bekendgemaakt. De bestuursrechter had mijns inziens dan ook het besluit moeten vernietigen. Hoewel de procespartij kennelijk niet benadeeld is door de beperkte openbaarheid (hij heeft immers tijdig rechtsmiddelen kunnen aanwenden), waardoor een beroep hierop wellicht enigszins formalistisch overkomt, zou de bestuursrechter bij het beoordelen van deze beroepsgrond het belang van de afwezige, potentiële aanvrager, bij zijn oordeel moeten betrekken.

Hiervoor is er al op gewezen dat het doel van de transparantieplichting is dat alle aanvragers een gelijke kans moeten krijgen om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. Vanuit dit oogpunt is het moeilijk voorstelbaar dat de begindatum om aanvragen in te kunnen dienen in het verleden ligt. Het CBb lijkt echter geen bezwaar te hebben tegen een peildatum die in het verleden ligt om te bepalen wie als eerste een aanvraag heeft ingediend.<sup>208</sup> In het verlengde daarvan is van belang dat de verdeelprocedure en -criteria voor de aanvang van de verdeelprocedure moeten worden vastgesteld en gedurende de procedure niet gewijzigd kunnen worden. Dit betekent dat in bezwaar ex tunc beslist moet worden. De Afdeling heeft geoordeeld dat als relevant peilmoment geldt dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.<sup>209</sup> De transparantie zou nog verder vergroot worden als dit peilmoment niet de

---

206 ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429.

207 ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel.

208 CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Vgl ook CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031.

209 ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A.Heldeweg en ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie echter anders: ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

laatste dag, maar de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, zou zijn. Als de laatste dag als uitgangpunt wordt genomen, dan zou op het bestuursorgaan de bewijslast moeten rusten dat alle (potentiële) aanvragers kennis hebben genomen van de wijziging zodat zij hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen.

Een ander aandachtspunt is dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de verdelingscriteria openbaar gemaakt moeten worden.<sup>210</sup> De onderlinge weging van die criteria hoeft niet vooraf openbaar gemaakt te worden, maar moet wel voor de beoordeling van de ingediende aanvragen vastgesteld zijn.<sup>211</sup> Het CBB heeft echter geoordeeld dat een werkwijze waarbij adviescommissies pas op basis van de al ingediende aanvragen een puntentelling opstellen en vervolgens ook deelnamen aan de toepassing van dat puntensysteem, niet in strijd met de Awb is.<sup>212</sup> Deze handelwijze, waarbij pas na ontvangst en eerste bestudering van de aanvragen het puntensysteem ontwikkeld wordt, is in strijd met de transparantieverplichting.

De uitspraken van de bestuursrechter zijn vaak geheel in lijn met de transparantieverplichting. Indien onvoldoende transparantie in acht is genomen, acht de bestuursrechter dit veelal in strijd met de zorgvuldigheidsnormen van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb of het rechtszekerheidsbeginsel. Desalniettemin kunnen de volgende *aanbevelingen* worden geformuleerd om de transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten te vergroten:

- Volgens vaste jurisprudentie van het CBB dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen te worden gesteld. Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met de transparantieverplichting. Het verdient aanbeveling dat de Afdeling deze jurisprudentielijn overneemt, waarbij het wenselijk is dat de transparantieverplichting of het beginsel van gelijke kansen wordt geëxpliciteerd. Hierop wordt in de volgende paragraaf nog nader ingegaan.
- Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechter toetst of een bestuursorgaan een passende mate van openbaarheid in acht heeft genomen. Dit betekent dat op het bestuursorgaan een actieve bekendmakingsplicht rust en geen onderzoeksplicht voor de potentiële gegadigden. Er moet een algemene bekendmaking plaatsvinden. Daarnaast is een impliciete keuze voor een verdeelmethode onvoldoende transparant. Het voorgaande geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.

---

210 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (Waalse bussen) en HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (Lianakis e.a.).

211 HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, NJ 2011/87.

212 CBB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

- Het verdient aanbeveling om een toetsingsleidraad of beoordelingsstramien van adviescommissies, die een extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, openbaar te maken.
- Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechter toetst of de begindatum om aanvragen in te kunnen dienen niet in het verleden ligt. Ook dit geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.
- Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechter toetst of de verdeelprocedure en -criteria voor de aanvang van de verdeelprocedure zijn vastgesteld en gedurende de procedure niet zijn gewijzigd. Dit betekent dat als relevant peilmoment geldt dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.

#### 12.5.4 Intermezzo: rechtsbescherming

De rechtsbescherming bij schending van de transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten maakt geen onderdeel uit van dit onderzoek. Hiervoor verwijs ik naar de (nog te verschijnen) dissertatie van Van Rijn van Alkemade. Desalniettemin wil ik wel een aantal mogelijke knelpunten aanstippen die een effectieve rechtsbescherming bemoeilijken. De reden hiervoor is dat er in het Nederlands bestuursrecht een (op zich goede) tendens is om te streven naar finale geschillenbeslechting. Het is dan ook de vraag wat de gevolgen zijn van een schending van de transparantieplichting.

Sinds 1 januari 2013 kan een besluit, ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, in stand worden gelaten indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.<sup>213</sup> Juist bij de verdeling van schaarse besluiten stelt de transparantieplichting de belangen van potentiële aanvragers voorop. Het zijn deze potentiële aanvragers die een gelijke kans moeten krijgen om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. Dit heeft tot gevolg dat, als sprake is van een flagrante schending van de transparantieplichting, een verdeelprocedure helemaal opnieuw georganiseerd moet worden. Van een dergelijk schending is in ieder geval sprake als er in het geheel geen passende mate van openbaarheid heeft plaatsgevonden. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie en de civiele rechter in aanbestedingsgeschillen blijkt dat het soms ook mogelijk is om het gebrek te herstellen, bijvoorbeeld door een aanvullende motivering. Verder is het mogelijk om vervangende schadevergoeding te bieden.<sup>214</sup> Ook de Afdeling heeft geoordeeld dat als een schaars (subsidie)besluit ten onrechte is geweigerd en vervolgens, naar aanleiding van

---

213 Artikel 6:22 Awb.

214 HvJ EG 13 april 2010, C-91/08 (Wall AG). Zie echter over de complicaties in dergelijke schadevergoedingprocedures: Van Rijn van Alkemade, *O&A* 2011/37.

een uitspraak van de rechtbank, alsnog wordt verleend, het bestuursorgaan gehouden is de aanvrager zoveel mogelijk in de situatie te brengen waarin zij zou hebben verkeerd als het bestuursorgaan reeds ten tijde van het primaire besluit een rechtens juiste beslissing had genomen.<sup>215</sup>

Inherent aan het karakter van een schaars besluit is dat er veel over geprocedeerd wordt: de (economische) gevolgen zijn immers groot voor de 'verliezer' van de verdeelprocedure. De vraag is dan ook of er manieren zijn om het aantal procedures tegen (zowel de positieve als negatieve) besluiten te verminderen.

Interessant in dit verband is dat voor het subsidierecht een regeling voor gegronde bezwaar- en beroepsprocedures is getroffen in artikel 4:25 lid 3 Awb. Dit artikel bepaalt dat indien niet tijdig, dan wel in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent subsidieverstrekking wordt beslist, de verplichting om een subsidie te weigeren als door subsidieverstrekking het subsidieplafond zou worden overschreden, slechts geldt voor zover dit ook gold op het tijdstip, waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen of had moeten worden genomen. Het voordeel van dit artikellid is dat een aanvrager van wie de subsidie is geweigerd geen rechtsmiddelen hoeft aan te wenden tegen aan derden verstrekte subsidies. Het feit dat deze verstrekte subsidies formele rechtskracht krijgen, heeft niet tot gevolg dat zijn bezwaarschrift nooit meer gegrond verklaard kan worden en dat wel alsnog subsidie verstrekt kan worden. Dit is slechts anders als op de datum van het primaire besluit het subsidieplafond al was bereikt. In dat geval kan het interessant zijn om rechtsmiddelen aan te wenden tegen de subsidieverstrekking aan een 'concurrerende' aanvrager.<sup>216</sup> Als dit subsidiebesluit immers wegvalt, dan ontstaan er wellicht weer middelen waardoor nieuwe aanvragen kunnen worden verleend.<sup>217</sup> Het creëren van een extra depot voor gegronde beroepen heeft als nadeel dat hiermee geen daadwerkelijk rechtsherstel wordt geboden. Er wordt immers slechts extra subsidie verleend, maar een eerder ten onrechte verstrekte maar onherroepelijke subsidie wordt daarmee nog niet ingetrokken.<sup>218</sup> Deze nadelen kunnen worden voorkomen door alle besluiten die worden genomen in het kader van een schaars recht geconcentreerd, dat wil zeggen als één (bundel) beschikking(en), tot stand te brengen of om dergelijke

---

215 Een redelijke toepassing van deze regel brengt met zich dat in dit geval als datum voor welke nog geen investeringen mochten worden gedaan niet de dag waarop de subsidie uiteindelijk is toegekend, maar de dag waarop de subsidie behoorde te worden toegekend, moet zijn (ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1076, AB 2013/64, m.nt. A.J. Metselaar en J.M.J. van Rijn van Alkemade).

216 Aandachtspunt is wel dat de 'concurrent' moet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb (o.a. ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden).

217 Vgl. ABRvS 24 december 2013, AB 2014/59, m.nt. A. Drahmman, over het ontbreken van procesbelang omdat een (andere) ligplaatsvergunning onherroepelijk was.

218 Zie hierover mijn annotatie bij CBB 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmman.

lijke besluiten te beschouwen als onsplitsbaar.<sup>219</sup> Een andere mogelijkheid is om een algemene intrekingsbevoegdheid te creëren voor een (onherroepelijk) schaars besluit, waarvan later blijkt dat het ten onrechte, namelijk in strijd met de transparantieverplichting, is verleend.

Bij het voorgaande wordt ervan uitgegaan dat een partij kennis heeft genomen van de besluitvorming, waardoor deze (tijdig) rechtsmiddelen heeft kunnen aanwenden. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij een aan hem gericht weigeringsbesluit. Het is echter ook mogelijk dat er ten onrechte in het geheel geen bekendmaking heeft plaatsgevonden. In een dergelijk geval is de kans groot dat het besluit formele rechtskracht heeft verkregen, terwijl de transparantieverplichting evident is geschonden. Wat kan een marktpartij dan doen? Mijns inziens zijn twee opties denkbaar. De eerste optie is dat sprake is van verschoonbare termijnoverschrijding (artikel 6:11 Awb). In dat geval zou de partij binnen twee weken nadat zij kennis heeft genomen van de besluitvorming alsnog bestuursrechtelijke rechtsmiddelen moeten aanwenden. De tweede optie is dat het ontbreken van de bekendmaking wordt beschouwd als een onrechtmatige feitelijke handeling (nalaten) waarover de civiele rechter bevoegd is over te oordelen. De marktpartij zou in dat geval de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort, moeten dagvaarden.<sup>220</sup>

Daarnaast wijs ik in dit verband op het feit dat in het kader van de verdeelprocedure vaak meerdere besluiten worden genomen.<sup>221</sup> Tegen zowel algemeen verbindende voorschriften als voorbereidingshandelingen in de zin van artikel 6:3 Awb staat geen rechtsbescherming open. Dit zou kunnen betekenen dat bezwaren tegen bijvoorbeeld een onduidelijk selectie criterium pas in een laat stadium, namelijk na de verstrekking van de schaarse besluiten, aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. Dit is onwenselijk. Ook dit kan op meerdere manieren worden opgelost. Zo is het mogelijk om eerdere besluiten ook appellabel te maken.<sup>222</sup> De tweede optie is om het concept van de

---

219 ABRvS 29 juni 2005, *AB* 2005/365, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, en *Gst.* 2006/6, afl. 7243, m.nt. L.M. Koenraad, CBb 8 januari 2010, *JB* 2010/75, m.nt. J. Wolswinkel en ABRvS 24 december 2013, *AB* 2014/59, m.nt. A. Drahmman.

220 Zie ook Huisman & Van Ommeren, *NTB* 2014/6.

221 Van Ommeren onderscheidt de volgende vijf beslismomenten: (i) plafond en procedurebeslissing; (ii) uitvoeringsregels: de reglementen; (iii) toelating/selectie; (iv) toekenning/gunning; en (v) verlening (Van Ommeren 2004, p. 23 e.v.).

222 Zie bijvoorbeeld CBb 24 mei 2012, *AB* 2013/66, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 8 mei 2014, *ECLI:NL:CBB:2014:308*. Widdershoven e.a. benadrukken dat gelet op het feit dat na de tussenbeslissing de vervolprocedure wordt voortgezet, het noodzakelijk is dat de rechtmatigheid van het besluit op korte termijn kan worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Gelet op de zeer terughoudende toetsing van de voorzieningenrechter en bovendien het voorlopige karakter van de uitspraak ingeval van een voorlopige voorziening hangende de bezwaarprocedure, zou ook de bezwaarprocedure overgeslagen moeten worden en zou direct beroep mogelijk moeten zijn (Widdershoven e.a. 2007, p. 205-206). Van Ommeren is juist van mening dat een groot aantal appellabele besluiten uit een oogpunt van proces-economie onwenselijk is. Hij stelt voor dat uitsluitend het plafondbesluit en het verleningsbesluit appellabel zijn, maar de tussenliggende beslissingen niet (Van Ommeren 2004).

'rechtsverwerking' of 'klachtplicht' ook in het Nederlandse bestuursrecht te introduceren.<sup>223</sup> In het Grossmann-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een persoon, na gunning van een overheidsopdracht, kan worden geacht geen toegang meer te hebben tot beroepsprocedures, wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsprocedure, waartegen hij evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren. Dat oordeel hangt samen met de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de aanbestedingsrichtlijnen: het afwachten van het besluit tot gunning vooraleer deze juist op grond van de discriminerende aard van die specificaties aan te vechten, belemmert de daadwerkelijke toepassing van de richtlijnen omdat zij de instelling van beroepsprocedures zonder objectieve redenen kan vertragen.<sup>224</sup>

Bovendien is het voor de aanvragers wenselijk dat er zo spoedig mogelijk duidelijkheid ontstaat over de bruikbaarheid van het verleende schaarse besluit. Om dit mogelijk te maken zou ervoor gekozen kunnen worden om de bezwaarprocedure over te slaan en direct beroep mogelijk te maken. Voor het overige bestaan er mijns inziens in de Awb voldoende processuele middelen om een procedure te versnellen, zoals een verzoek om een voorlopige voorziening (al dan niet met kortsluiting), de procedure voor de versnelde behandeling<sup>225</sup> en de bestuurlijke lus.<sup>226</sup>

Ten slotte is de handhaving van schaarse besluiten een aandachtspunt. Hiervoor is al ingegaan op de mogelijkheid om een uitvoeringsplicht te verbinden aan schaarse besluiten. Als deze uitvoeringsplicht is opgelegd, dan kan handhavend worden opgetreden tegen het niet uitvoeren. Als er geen uitvoeringsplicht is, dan kan vaak tot intrekking van het schaarse besluit worden overgegaan.<sup>227</sup> Een concurrent kan dus ook een verzoek tot terugvordering, tot intrekking of tot handhaving bij een bestuursorgaan indienen in de hoop dat daarmee de concurrentieverhoudingen worden hersteld.<sup>228</sup>

---

223 Vgl. CbB 10 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:244, AB 2014/336, m.nt. A. Drahmman.

224 HvJ EG van 12 februari 2004, C-230/02 en HR 26 juni 2009, NJ 2009/306.

225 Artikel 8:52 Awb.

226 Van Rijn Van Alkemade pleit voor het toekennen van opschortende werking aan het bezwaar of beroep tegen een schaarse vergunning, in combinatie met een verplichting voor de bestuursrechter om binnen een bepaalde termijn versneld uitspraak te doen in het geschil, omdat dit perspectief biedt op een evenwichtiger rechtsbescherming, waarbij de belangen van snelheid, zorgvuldigheid en rechtszekerheid beter met elkaar in balans zijn (Van Rijn Van Alkemade, *JBplus* 2014, p. 40-53).

227 Voor subsidieverstrekking is terugvordering mogelijk op grond van artikel 4:57 Awb.

228 Uit ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden, volgt dat een concurrent belanghebbende is in een procedure over de terugvordering van een subsidie.

### 12.5.5 Conclusie

Op basis van het voorgaande kan de vraag worden beantwoord in hoeverre de transparantievereisten reeds in het algemeen bestuursrecht zijn geborgd en in hoeverre er elementen uit de Awb op gespannen voet staan met de transparantieplichting.

Uit jurisprudentie van de bestuursrechter blijkt dat de transparantie bij de verdeling van schaarse rechten tot op zekere hoogte geborgd is. Op een aantal punten is echter verbetering mogelijk. Deze verbeterpunten hebben zowel betrekking op de (toepassing van de) Awb als op jurisprudentie van de bestuursrechter. Deze verbeterpunten zijn hiervoor zo concreet mogelijk beschreven. De belangrijkste verbeterpunten leiden tot deze aanbevelingen:

#### *Aanbevelingen voor de wetgever*

- Het verdient aanbeveling om, in aanvulling op de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v., een actieve, algemene bekendmakingsplicht voor schaarse besluiten te introduceren. Op grond hiervan zouden bestuursorganen verplicht worden om algemeen bekend te maken dat een procedure waarbij een schaars besluit verleend wordt, zal aanvangen. De bekendmaking zou moeten vermelden wat de indieningstermijn voor aanvragen is en waar nadere informatie over de verdeelprocedure en -regels te vinden is. Door deze actieve, algemene bekendmakingsplicht voor bestuursorganen wordt gegarandeerd dat alle potentieel geïnteresseerde partijen kennis kunnen nemen van de procedure en hieraan kunnen deelnemen.
- Bestuursorganen zouden verplicht moeten worden om (de verdeling van hun schaarse) besluiten centraal bekend te maken op één website (vgl. TenderNed). Hoewel dit voor een passende mate van openbaarheid niet strikt noodzakelijk is, zou dit mijns inziens de transparantie aanzienlijk vergroten.
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieplichting. Deze kan worden opgelost door (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen) in de Awb een uitzondering op dit artikel op te nemen.
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieplichting. Deze kan worden opgelost door (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen) in de Awb een uitzondering op artikel 4:5 Awb op te nemen.

#### *Aanbevelingen voor bestuursorganen*

- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieplichting. Deze kan worden opgelost door verdeelcriteria en -regels niet vast te leggen in een beleidsregel, maar in een algemeen verbindend voorschrift.

- Het verdient aanbeveling dat bestuursorganen een actieve, algemene bekendmakingsplicht in acht nemen.
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieverplichting. Deze kan worden opgelost door artikel 4:5 Awb 'transparant' toe te passen door hiervoor in de procedureregels een regeling op te nemen.

#### *Aanbevelingen voor de bestuursrechter*

- Bestuursorganen moeten een algemene bekendmakingsplicht in acht nemen. De bestuursrechter kan deze verplichting baseren op artikel 3:42 Awb (eventueel in combinatie met het gelijkheidsbeginsel of de transparantieverplichting).
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieverplichting. Deze kan worden opgelost door als uitgangspunt te nemen dat bij schaarse besluitvorming nimmer sprake is van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.
- Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen te worden gesteld. Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met de transparantieverplichting. Het verdient aanbeveling dat de Afdeling deze jurisprudentielijn overneemt, waarbij het wenselijk is dat de transparantieverplichting of het beginsel van gelijke kansen wordt geëxpliciteerd. Hierop wordt in de volgende paragraaf nog nader ingegaan.
- Een bestuursorgaan moet een passende mate van openbaarheid in acht nemen. Dit betekent dat op het bestuursorgaan een actieve bekendmakingsplicht rust en geen onderzoeksplicht voor de potentiële geadigden. Er moet een algemene bekendmaking plaatsvinden. Daarnaast is een impliciete keuze voor een verdeelmethode onvoldoende transparant. Het voorgaande geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.
- Het verdient aanbeveling om een toetsingsleidraad of beoordelingsstrategieën van adviescommissies die een extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, openbaar te maken.
- De begindatum om aanvragen in te kunnen dienen kan niet in het verleden liggen. Ook dit geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.
- De verdeelprocedure en -criteria moeten voor de aanvang van de verdeelprocedure worden vastgesteld en kunnen gedurende de procedure niet gewijzigd worden. Dit betekent dat als relevant peilmoment geldt dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.

## 12.6 DEELVRAAG 4

*Voor zover de transparantievereisten thans onvoldoende in het Nederlandse algemeen bestuursrecht zijn geborgd en/of er elementen uit de Awb zijn die op gespannen voet staan met de transparantieplichting, hoe kunnen deze vereisten dan alsnog worden geïntroduceerd en geborgd in het Nederlandse bestuursrecht?*

Deze deelvraag is – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk ‘Hoe kunnen transparantieplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?’ (hoofdstuk 11 van dit boek).

Bij de beantwoording van de vorige deelvraag is geconcludeerd dat veel transparantievereisten al zijn geborgd in het Nederlandse bestuursrecht of via algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Toch is er ook een aantal aanbevelingen voor vergroting van de transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten gedaan. Om deze aanbevelingen te kunnen realiseren zijn drie opties denkbaar, namelijk:

- i) de transparantieplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur;
- ii) erkenning van de transparantieplichting als zelfstandig beginsel; en/of
- iii) codificatie van (onderdelen van) de transparantieplichting in de Awb.

Deze drie opties zullen hierna worden uitgewerkt.

## 12.6.1 De transparantieplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat de bestuursrechter nu al aan transparantievereisten toetst, en wel via het verbod van vooringenomenheid,<sup>229</sup> het formele rechtszekerheidsbeginsel,<sup>230</sup> het willekeurverbod en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel,<sup>231</sup> het formele zorgvuldigheidsbeginsel<sup>232</sup> en het

229 O.a. ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel en ABRvS 24 maart 2010, JB 2010/119 en AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden.

230 CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel, CBb (Vz.) 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel, CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031, CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel en ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

231 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel, CBb 6 juni 2012, AB 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

232 CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer en ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519.

motiveringsbeginsel.<sup>233</sup> Hieruit blijkt dat met een combinatie van deze diverse beginselen de transparantie van schaarse besluitvorming grotendeels geborgd is. Voor zover uit voorgaande paragrafen bleek dat bepaalde transparantievereisten nog niet zijn geborgd, zouden zij door een jurisprudentiewijziging ook via deze beginselen geïntroduceerd kunnen worden. Het is echter de vraag of versnippering van transparantievereisten over diverse beginselen – zoals nu in de status quo gebeurt – wenselijk is.

Opvallend is dat het gelijkheidsbeginsel door de bestuursrechter niet als grondslag wordt gebruikt om schaarse besluiten te toetsen aan transparantievereisten, terwijl het Hof van Justitie het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting vaak in een adem noemt, onder meer door te oordelen dat de transparantieverplichting uit dit beginsel van gelijke behandeling voortvloeit.<sup>234</sup> Dit komt wellicht door een verschil tussen de strekking van het Europese beginsel van gelijke behandeling en het nationale gelijkheidsbeginsel. Bij het ene beginsel is de vraag of *potentiële* aanvragers *kunnen* zijn benadeeld, terwijl bij het ander wordt gezien of in een concreet geval *daadwerkelijk* sprake is van een *benadeling* van de een ten opzichte van de ander.

Interessant in dit verband is de uitspraak van het CBb waarin het CBb, in het kader van een subsidietender, overweegt dat het het standpunt van het bestuursorgaan onderschrijft 'dat, *vanuit het oogpunt van gelijke behandeling*, uitsluitend de inhoudelijke informatie die door aanvragers voor het einde van de aanvraagperiode is verstrekt, bij de beoordeling kan worden betrokken.<sup>235</sup> In dit geval was aanvullende informatie dus terecht niet bij de beoordeling betrokken. Onduidelijk is nog wat het CBb zou oordelen als dit wel het geval zou zijn geweest: zou dan het 'gelijkheidsbeginsel' (in de zin van het beginsel van gelijke behandeling) zijn geschonden?

Door een lichte modificatie van het Nederlandse gelijkheidsbeginsel kan de transparantieverplichting fungeren als middel om gelijke kansen te creëren en daarmee zorgdragen voor een eerlijke mededinging. Een dergelijke uitleg is in lijn met jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin als uitgangspunt wordt genomen dat het overkoepelende doel van de transparantieverplichting is om eerlijke mededinging mogelijk te maken. Het gelijk behandelen van alle potentiële aanvragers is volgens het Hof van Justitie noodzakelijk om daadwerkelijke mededinging te kunnen realiseren.<sup>236</sup> De transparantieverplichting zou kunnen worden gezien als *middel* om dat doel te bereiken en dus als *subbeginsel* van het gelijkheidsbeginsel.<sup>237</sup>

---

233 ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer.

234 Zie ook Van Ommeren 2011a, p. 256.

235 CBb 6 november 2013, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmman.

236 Vgl. HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova) alsmede HvJ EU 18 december 2007, C-220/06, NJ 2008/281 (Correos).

237 Ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014 (hoofdstuk 8, §3) stelt dat bij de verdeling van schaarse rechten alles draait om gelijke kansen en dat daarom veel belang wordt gehecht aan de transparantie van het hele selectieproces (van aankondiging tot en met toewijzing).

Hierbij is van belang dat de transparantieverplichting (vrijwel geheel) een 'formele' verplichting is. De transparantieverplichting stelt uitsluitend eisen aan de wijze waarop de verdeelprocedure moet worden vormgegeven. In die zin kan dus onderscheid worden gemaakt tussen een 'formeel gelijkheidsbeginsel', waarbij een (verdeel)procedure zo moet worden vormgegeven dat alle potentiële aanvragers een gelijke kans moeten krijgen om voor het schaarse recht in aanmerking te komen, en een 'materieel gelijkheidsbeginsel', waarbij de vraag is of een aan de een toegekend recht ook toegekend moet worden aan een ander.

Aan deze lichte modificatie van het gelijkheidsbeginsel kleeft wel een risico: hoewel de transparantieverplichting dient om gelijkheid te bewerkstelligen, wijken de concrete verplichtingen die eruit voortvloeien inhoudelijk af van het (huidige) gelijkheidsbeginsel. Dit gaat ten koste van de kenbaarheid van de transparantieverplichting, waardoor onzeker is of de transparantieverplichting via het gelijkheidsbeginsel voldoende duidelijk naar voren kan komen. Dit risico geldt echter ook bij de transparantieverplichting als deel van ieder ander beginsel van behoorlijk bestuur en zou alleen door de erkenning van een transparantiebeginsel of codificatie (waarover meer in de volgende paragrafen) kunnen worden voorkomen.

Daarnaast kan de vraag worden gesteld of deze invalshoek wellicht te theoretisch is en te ver verwijderd van de dagelijkse bestuursrechtpraktijk. De door de bestuursrechter meest gehanteerde vernietigingsgrond is het zorgvuldigheidsbeginsel. Een schending van een transparantieverplichting wordt dus in de praktijk beschouwd als een zorgvuldigheidsgebrek van het bestuursorgaan. Gesteld zou dan ook kunnen worden dat het zorgvuldigheidsbeginsel een beter beginsel zou kunnen zijn als basis voor de transparantieverplichting. In dat geval wordt (en blijft) het bijzondere karakter van schaarse rechten echter mijns inziens ten onrechte onderbelicht. Bij de beantwoording van de voorgaande deelvraag is een aantal concrete voorbeelden gegeven van verdeelprocedures die niet transparant zijn verlopen en waarvan de bestuursrechter deze schaarse besluiten niet heeft vernietigd. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de bestuursrechter het bijzondere karakter van schaarse besluitvorming nog onvoldoende (h)erkent door aan te sluiten bij de zorgvuldigheidsnormen van artikel 3:2 en 3:4 Awb. Zoals gesteld dient de transparantieverplichting drie doelen, waaronder het bieden van gelijke kansen aan potentiële aanvragers om zo daadwerkelijke mededinging te kunnen realiseren. Het is weliswaar mogelijk om dit te realiseren door bijzondere zorgvuldigheidsnormen aan bestuursorganen op te leggen, maar mijns inziens is het beter om de ratio van de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse rechten duidelijker naar voren te brengen door middel van het formele gelijkheidsbeginsel.

Volgens vaste jurisprudentie van het CbB dienen zware eisen te worden gesteld aan schaarse besluitvorming.<sup>238</sup> Het oogpunt van gelijke kansen voor de aanvragers wordt hierbij niet benoemd als grondslag voor deze zware eisen. Het identificeren van het (formeel) gelijkheidsbeginsel (of beginsel van gelijke kansen) als fundamenteel beginsel dat aan de verdeling van schaarse besluiten ten grondslag ligt, kan ervoor zorgen dat de bijzondere aard van schaarse besluiten beter naar voren wordt gebracht. In het verlengde hiervan zou de transparantieverplichting dan als onderdeel van dit (formeel) gelijkheidsbeginsel bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht worden geïntroduceerd.

### 12.6.2 Erkenning van het transparantiebeginsel als zelfstandig beginsel

De transparantieverplichting zou in het Nederlandse bestuursrecht ook kunnen worden geïntroduceerd door het te erkennen als een (zelfstandig) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het transparantiebeginsel vormt een concretisering van hoe een procedure waarbij schaarse besluiten worden verdeeld, vormgegeven moet worden om de gelijke kansen van alle potentiële aanvragers te borgen.

Bij de bestuursrechter echter lijkt 'enige huiver' te bestaan om het transparantiebeginsel als zodanig te benoemen.<sup>239</sup> Gelet op het aanzienlijke aantal beginselen van behoorlijk bestuur dat al wordt onderscheiden, is de vraag gerechtvaardigd of nog een beginsel echt nodig is of dat kan worden volstaan met de in de vorige paragraaf genoemde beginselen.

Er is echter een aantal argumenten om de transparantieverplichting te erkennen als zelfstandig beginsel (in plaats van bijvoorbeeld via het gelijkheidsbeginsel). Het transparantiebeginsel lijkt een eigen betekenis te hebben die verder gaat dan het gelijkheidsbeginsel. Ten eerste stelt het transparantiebeginsel zelfstandige eisen met betrekking tot de helderheid en duidelijkheid van het document waarin de verdeelregels en -criteria worden opgenomen.<sup>240</sup>

---

238 O.a. CbB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel, CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer, CbB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel en *Gst.* 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse, CbB 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel, CbB (Vz.) 31 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9683 en CbB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel, CbB (Vz.) 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

239 Vgl. Widdershoven, *JBplus* 2012, p. 195-213, m.n. p. 203-204. In Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014 (hoofdstuk 7, §2) is voor het eerst het transparantiebeginsel opgenomen in het overzicht van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij wel wordt opgemerkt dat het aantal uitspraken waarin rechtstreeks wordt getoetst aan een transparantie-eis nog betrekkelijk gering is.

240 Vgl. HR 4 november 2005, NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

Ten tweede gaat transparantie aan het gelijkheidsbeginsel vooraf: zonder transparantie is de controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel niet mogelijk. Ten derde dient het transparantiebeginsel een ruimere doelstelling, namelijk dat elk risico van favoritisme en willekeur door het bevoegd gezag wordt uitgebannen.<sup>241</sup> Ten vierde heeft het transparantiebeginsel in situaties waar het Unierecht van toepassing is, een zelfstandig effect, los van het gelijkheidsbeginsel, omdat ongeacht wie geschaad wordt door het gebrek aan transparantie, het effect is dat het Europese vrij verkeer wordt belemmerd.<sup>242</sup> Erkenning van het transparantiebeginsel zou verder ook passen in een tendens waar gewezen wordt op de *verdelende* rechtvaardigheid als functie van het algemeen bestuursrecht.<sup>243</sup> De diverse doelen die het transparantiebeginsel beoogt te behartigen hebben allemaal dit principe als uitgangspunt. Ten slotte is het grote voordeel van het erkennen van het transparantiebeginsel als zelfstandig beginsel, in plaats van het hanteren van bestaande beginselen als een vehikel voor transparantievereisten, duidelijkheid. Als zelfstandig beginsel kan de samenhang tussen de verschillende verplichtingen worden gearticuleerd<sup>244</sup> en ontstaat een nieuw – geïntegreerd – perspectief dat een eigen dynamiek kan ontwikkelen.<sup>245</sup>

### 12.6.3 Codificatie van (onderdelen van) de transparantieplichting in de Awb

In de literatuur wordt gepleit om terughoudend om te gaan met het codificeren van beginselen in de Awb.<sup>246</sup> Gerards heeft onderzocht wanneer de codificatie van een ongeschreven rechtsbeginsel juridische meerwaarde kan hebben. Zij meent dat codificatie pas juridisch nuttig is als een beginsel wordt omgevormd tot regel (transformatie) of als het beginsel wordt voorzien van nadere invulling, specificatie of clausulering (modificatie).<sup>247</sup> Met name deze tweede reden zou aanleiding kunnen zijn om toch bepaalde concrete transparantievereisten te codificeren in de Awb.<sup>248</sup>

241 Prechal 2008, Prechal & De Leeuw 2008, m.n. p. 231 en Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 85-93.

242 Buijze 2013, p. 153-157.

243 Van Ommeren 2011b, p. 97-107.

244 Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 85-93.

245 Prechal 2008 en Prechal & De Leeuw 2008, m.n. p. 241.

246 Schlössels 2012, m.n. p. 96. Zie ook Schlössels, *NTB* 2013/24, waarin hij stelt dat het verstandig is om bij het wijzigen van grote systeemwetten zoals de Awb rust te creëren: 'wijzig met beleid, niet te vaak en niet te veel'.

247 Gerards 2012, p. 19-38. Zie ook Gerards 2010, p. 787-807.

248 Als men de transparantieplichting in een andere, brede betekenis zou willen codificeren dan zou codificatie in hoofdstuk 2 van de Awb wellicht een mogelijkheid zijn. Vgl. Gerards 2010, p. 787-807, m.n. p. 791 en Addink 2011, m.n. p. 9.

Als er een aparte titel in de Awb zou worden opgenomen voor de verdeling van schaarse besluiten dan zou deze de volgende elementen kunnen bevatten:<sup>249</sup>

- Een definitie van het begrip 'schaars besluit'.
- Een definitie van het begrip 'plafond' en de verplichting voor het bestuursorgaan om dit plafond voorafgaand aan de procedure vast te stellen en bekend te maken.
- Een opsomming van de mogelijke verdeelprocedures, namelijk (i) verlening op grond van de volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst; (ii) loting; (iii) vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een financieel bod; of (iv) veiling; alsmede de verplichting voor het bestuursorgaan om een keuze te maken voor de te volgen procedure en deze voorafgaand aan de procedure bekend te maken.
- Een passende wijze van bekendmaking van de aanvang van de verdeelprocedure.
- Een verplichting om de selectiecriteria bij wettelijk voorschrift of eventueel bij beleidsregel vast te stellen en algemeen bekend te maken.<sup>250</sup>
- Een uitzondering op artikel 4:84 Awb of meer in het algemeen een verbod om van de vastgestelde regels af te wijken, tenzij de regels zelf een afwijkingmogelijkheid bevatten. De eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) mogen gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden.<sup>251</sup>
- Een uitzondering op, of een transparant alternatief voor artikel 4:5 Awb. Uitgangspunt moet zijn dat na het verstrijken van de aanvraagtermijn aanvragen niet meer kunnen worden gewijzigd of aangevuld.
- Een bepaling dat het bestuursorgaan het toekenningsbesluit algemeen bekend moet maken.
- Een bepaling dat na verlening van het besluit, het bestuursorgaan niet bevoegd is wezenlijke wijzigingen in het besluit aan te brengen, tenzij het besluit zelf een wijzigingsmogelijkheid bevat. Indien het bestuursorgaan dit toch wenst, zal het besluit ingetrokken moeten worden en zal een nieuwe verdeelprocedure gevolgd moeten worden.<sup>252</sup>
- Een omschrijving van de (tussen)beslissingen die appellabel zijn.
- Het mogelijk maken van direct beroep bij de bestuursrechter (overslaan bezwaarfase).

Een dergelijke regeling is mijns inziens niet noodzakelijk om de transparantieverplichting in het Nederlandse bestuursrecht te borgen, maar kan wel toegevoegde waarde hebben om het onderscheid tussen schaarse en niet-schaarse besluiten te verduidelijken. Het lijkt echter niet realistisch om te verwachten

---

249 Zie ook Drahmman 2010.

250 Vgl. Van Ommeren 2004.

251 Vgl. Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. xvi en 85-93.

252 Vgl. Den Ouden 2010, p. 689-715.

dat de wetgever op korte termijn een dergelijke regeling tot stand zal brengen.<sup>253</sup> Een alternatief zou daarom kunnen zijn om in de Aanwijzingen voor de regelgeving aanwijzingen voor een (transparante) verdeelregeling op te nemen dan wel een aparte 'Aanwijzingen voor de regelgeving voor de verdeling van schaarse rechten' op te stellen.<sup>254</sup>

#### 12.6.4 Voorkeursoptie

Op basis van het voorgaande kan de vraag worden beantwoord hoe de transparantieverplichting kan worden geïntroduceerd en geborgd in het Nederlandse bestuursrecht. Geconstateerd is dat in de huidige situatie sprake is van versnippering van de transparantieverplichting over diverse beginselen van behoorlijk bestuur. Deze constatering is enerzijds geruststellend, omdat bestuursorganen nu al tot op grote hoogte de transparantieverplichting in acht (moeten) nemen. Anderzijds is uit het verrichte jurisprudentieonderzoek gebleken dat de transparantieverplichting nog niet volledig geborgd is. Dit is jammer omdat de transparantieverplichting mijns inziens bijdraagt aan betere besluitvorming bij de verdeling van schaarse besluiten. Een mogelijke oorzaak hiervoor is dat de transparantievereisten dusdanig versnipperd zijn dat hierdoor het doel van de transparantieverplichting en daarmee het bijzondere karakter van schaarse besluiten onvoldoende worden (h)erkend.

Hiervoor zijn drie mogelijke opties beschreven die de borging van de transparantievereisten zou kunnen verbeteren, namelijk: (i) het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel; (ii) het erkennen van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel; en/of (iii) codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb.

Bij de beschrijving van deze opties heb ik bewust gekozen voor een zo objectief mogelijke weergave van de voor- en nadelen van ieder van deze opties, met name zoals deze eerder in de literatuur zijn beschreven. Nu is het echter tijd om een keuze voor een van de opties te maken. Juist omdat alle opties voor- en nadelen hebben, vond ik dit geen vanzelfsprekende keuze. Eerder heb ik gepleit voor het erkennen van de transparantieverplichting als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur, eventueel gecombineerd met de codificatie van deelelementen van de transparantieverplichting.<sup>255</sup> Deze voorkeur was met name gebaseerd op praktische redenen: het is een heldere keuze die de diverse transparantievereisten op relatief eenvoudige wijze

---

253 De vierde tranche van de Awb is tenslotte ook op 22 juli 2004 bij de Tweede Kamer ingediend en pas bijna vijf jaar later op 1 juli 2009 in werking getreden.

254 Idealiter zouden deze Aanwijzingen dan geschikt zijn voor zowel de centrale als decentrale overheid.

255 In mijn preadvies voor de Jonge VAR (Jonge VAR-reeks 8) en mijn bijdrage in Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel (red.) 2011.

introduceert in het bestuursrecht. Dat vind ik nog steeds een geldige redenering. Ik kom echter, door het verdere onderzoek dat ik sindsdien heb verricht, nu tot een andere voorkeur. Daarbij laat ik het (achterliggende) doel van de transparantieverplichting zwaarder wegen dan praktische redenen. Transparantie is, naar mijn mening, een middel dat het beginsel van gelijke kansen dient. Het heeft daarom mijn voorkeur om de transparantieverplichting te beschouwen als een onderdeel (of subbeginsel) van het (formele) gelijkheidsbeginsel. Hierna zal ik eerst ingaan op de vraag waarom de transparantieverplichting volgens mij geen zelfstandig beginsel zou moeten worden. Vervolgens zal ik motiveren waarom codificeren (vooralsnog) niet mijn voorkeur heeft. Ten slotte zal ik toelichten waarom borging via het gelijkheidsbeginsel mijn voorkeur heeft.

A) *Waarom geen zelfstandig beginsel?*

Mijn belangrijkste bezwaar tegen het erkennen van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel is dat het mijns inziens niet zal bijdragen aan een verdere verduidelijking van de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten. Dit wordt veroorzaakt door het feit dat 'transparantie' in verschillende betekenissen wordt gehanteerd en met name wordt geassocieerd met de passieve verplichting om documenten te openbaren.

Zo betoogde Alemanno nog recent dat de transparantieverplichting onderdeel uitmaakt van het openbaarheidsbeginsel (principle of openness). Dit openbaarheidsbeginsel bestaat uit een transparantieverplichting en een participatieverplichting. De transparantieverplichting betreft in dat geval de (vooral passieve) verplichting om (op verzoek) documenten openbaar te maken. De participatieverplichting is een verplichting om burgers actief te betrekken bij besluitvorming. Het openbaarheidsbeginsel draagt daarmee bij aan de democratische besluitvorming binnen de Europese Unie.<sup>256</sup> Dit is maar één voorbeeld waaruit blijkt hoeveel verschillende betekenissen de transparantieverplichting kan hebben.

Volgens Prechal en De Leeuw zou een zelfstandig transparantiebeginsel de onderlinge samenhang tussen de verschillende elementen van bestaande beginselen beter kunnen articuleren en als zodanig voor een nieuw – geïntegreerd – perspectief kunnen zorgen dat, op haar beurt, een eigen dynamiek kan ontwikkelen.<sup>257</sup> Mijns inziens is het concept 'transparantie' echter te breed – of te vaag – om als duidelijke, zelfstandig functionerende norm te kunnen fungeren. Ook Buijze heeft aangegeven dat afhankelijk van de context het

---

256 Alemanno, *ELR* 2014, p. 72-90.

257 Prechal 2008 en Prechal & De Leeuw 2008.

‘transparantiebeginsel’ een andere betekenis kan krijgen.<sup>258</sup> Op zich is het niet ongebruikelijk dat een beginsel van behoorlijk bestuur een andere inkleuring krijgt binnen een bepaald bijzonder deel van het bestuursrecht. Dit betekent echter dat bij het erkennen van een zelfstandig transparantiebeginsel, schaarse besluiten zouden moeten worden gezien als een bijzonder deel van het bestuursrecht, waardoor het (nieuwe) transparantiebeginsel een uitleg krijgt die alle hiervoor beschreven (ook actieve) transparantievereisten omvat. Wolswinkel stelt, mijns inziens terecht, dat de verdeling van schaarse publieke rechten zich ergens tussen de bijzondere delen van het bestuursrecht en het algemene bestuursrecht bevindt: schaarse rechten komen op uiteenlopende beleidsterreinen voor, maar enkele elementen keren steeds terug, zoals het plafond en de verdeelprocedure.<sup>259</sup> Ook hierdoor is onzeker of de erkenning van een transparantiebeginsel wel zal bijdragen aan de borging van transparantievereisten bij de verdeling van schaarse besluiten.

Buijze acht het brede bereik van de transparantieverplichting niet problematisch, omdat algemene beginselen volgens haar duiding geven aan de onderliggende specifiekere beginselen en daarmee bijdragen aan de uitleg van die onderliggende beginselen.<sup>260</sup> Hierbij gaat zij ervan uit dat transparantie de algemene norm is die aan democratische besluitvorming ten grondslag ligt. Op zich ben ik het eens met de redenering van Buijze. Ik vraag me echter af of transparantie aangemerkt kan worden als een dergelijk algemeen beginsel. Een verklaring voor het feit dat transparantie afhankelijk van de context een andere betekenis krijgt, is volgens mij dat transparantie geen doel op zich is. Ook Alemanno – die uitgaat van een andere betekenis van transparantie – benadrukt het instrumentele karakter van een transparantieverplichting. Transparantie in de betekenis van de openbaarheid van documenten, draagt bij aan de democratische besluitvorming. Transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten draagt bij aan de gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers. Als transparantie geen doel op zich is maar een middel om een ander (overkoepelend) doel te bereiken, zou het mijns inziens niet moeten worden verheven tot zelfstandig beginsel.

Volgens Prechal en De Leeuw gaan sommige aspecten van transparantie verder dan de reeds bestaande rechtsbeginselen.<sup>261</sup> Indien wordt gekeken naar de samenhang tussen transparantie en het gelijkheidsbeginsel betogen zij ten eerste dat het transparantiebeginsel zijn eigen, specifieke betekenis lijkt te hebben, die verdergaat dan het gelijkheidsbeginsel. Daarbij wijzen zij op zelfstandige eisen met betrekking tot de helderheid en duidelijkheid van de

---

258 Buijze, *NtER* 2011, nr. 7, p. 240-248. Widdershoven, Verhoeven e.a. hebben het zelfs over een ‘vage verzamelterm die naar inhoud nogal verschilt, afhankelijk van het terrein waarop de term gehanteerd wordt.’ (Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 85).

259 Wolswinkel, *NTB* 2014/7.

260 Buijze 2013, p. 74.

261 Prechal 2008 en Prechal & De Leeuw 2008, m.n. p. 231.

aanbestedingsdocumentatie. Deze eisen kunnen worden geschonden zonder dat er eveneens sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel. Buijze neemt een vergelijkbaar standpunt in. Zij wijst erop dat de verplichting voor bestuursorganen om de selectiecriteria van tevoren vast te stellen en bekend te maken en niet meer te wijzigen, weinig van doen heeft met gelijke behandeling, maar met het in staat stellen van alle aanvragers om een voor hun zo economisch gunstig mogelijke aanvraag in te dienen.<sup>262</sup> Anders dan Buijze stelt, ben ik van mening dat alle transparantievereisten bijdragen aan het garanderen van de gelijke behandeling van potentiële aanvragers. Hierop zal ik hierna onder (C) nog nader ingaan. Dat er zelfstandige transparantievereisten geformuleerd kunnen worden, brengt mijns inziens nog niet met zich dat van deze vereisten een zelfstandig beginsel gemaakt moet worden. In navolging van het Hof van Justitie, kan ook worden gesteld dat het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen en dat dit betekent dat een besluit aan bepaalde transparantievereisten moet voldoen.

Ten tweede betogen Prechal en De Leeuw dat de zelfstandigheid van het transparantiebeginsel schuilt in het feit dat transparantie aan het gelijkheidsbeginsel vooraf gaat: zonder transparantie is de controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel niet mogelijk. Uit het feit dat transparantie de controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel mogelijk maakt, volgt mijns inziens juist het instrumentele karakter van de transparantieplichting: transparantie is een middel om de gelijke behandeling van (potentiële) aanvragers te garanderen.

Ten derde betogen Prechal en De Leeuw dat het transparantiebeginsel ook een ruimere doelstelling dient dan gelijkheid, namelijk te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het feit dat transparantie meerdere doelen dient, is mijns inziens echter nog geen reden om het te erkennen als zelfstandig beginsel. Integendeel, ook hieruit volgt weer het instrumentele karakter van de transparantieplichting. Daarnaast is nog van belang dat in de context van de verdeling van schaarse besluiten gesteld kan worden dat, als door middel van transparantie de gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers is gegarandeerd, daarmee ook favoritisme en willekeur door het betrokken bestuursorgaan is uitgesloten. Juist door deze ruime en formele uitleg van het gelijkheidsbeginsel worden ook potentiële aanvragers beschermd.

Buijze heeft daarnaast nog een vierde argument voor het erkennen van een transparantiebeginsel gegeven. Volgens haar heeft het transparantiebeginsel in situaties waarin het Unierecht van toepassing is een zelfstandig effect, los van het gelijkheidsbeginsel, omdat ongeacht wie geschaad wordt door het gebrek aan transparantie, het effect is dat het Europese vrij verkeer wordt belemmerd. Zij wijst daarmee de interne markt en de Verdragsvrijheden aan als het overkoepelende principe dat aan transparantie ten grondslag ligt.

---

262 Buijze 2013, p. 154-155.

Daarnaast betoogt zij dat transparantie de transactiekosten voor alle marktpartijen verlaagt en daarmee zelfstandig bijdraagt aan het vergroten van de marktefficiëncy.<sup>263</sup> Transparantie in deze zin, lijkt mij echter eerder een beleidsdoel dan een rechtsnorm.

In het verlengde hiervan, heeft Van Ommeren op nationaal niveau gepleit voor een verplichting om mededingingsruimte te creëren (hierna: mededingingsplicht genoemd).<sup>264</sup> Hij heeft daarbij tevens gewezen op de verdelende rechtvaardigheid als functie van het algemeen bestuursrecht.<sup>265</sup> Mijns inziens is de vraag of er een mededingingsplicht bestaat een voorvraag. Bezien zal moeten worden of sprake is van een schaars recht. Als dat het geval is, geldt er in beginsel een mededingingsplicht, tenzij er een rechtvaardigingsgrond is (een dwingende reden van algemeen belang). Als sprake is van een dergelijke rechtvaardigingsgrond, zal het verlenen van een schaars besluit zonder oproep tot mededinging ook een geschikt en evenredig middel moeten zijn ter verwezenlijking van de rechtvaardigingsgrond. Als deze voorvraag positief wordt beantwoord (ja, er bestaat een verplichting om mededingingsruimte te creëren), zal een procedure voor de verdeling van het schaarse recht moeten worden gestart. Die procedure zal aan een groot aantal verplichtingen moeten voldoen. De transparantieplichting is zonder twijfel een van die verplichtingen, maar nog geen reden om een zelfstandig transparantiebeginsel te introduceren. Met een gelijkheidsbeginsel, beschouwd in de context van het creëren van mededingingsruimte, kan eenzelfde resultaat worden bereikt.

Ik kom tot de slotsom dat de argumenten om de transparantieplichting te erkennen als zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur valide, maar onvoldoende overtuigend zijn. Ik betwijfel of het erkennen van een transparantiebeginsel zal verduidelijken welke transparantievereisten in acht moeten worden genomen bij de verdeling van schaarse besluiten. Dit wordt veroorzaakt door de wisselende betekenissen die, afhankelijk van de context, aan het begrip 'transparantie' worden gegeven. Daarnaast heb ik een principiële bezwaar en dat is dat de transparantievereisten mijns inziens (met name) een instrumenteel karakter hebben. Zij dragen bij aan een achterliggend doel, namelijk – in de context van de verdeling van schaarse besluiten zoals hier aan de orde – het garanderen van de gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers. Hierop zal ik hierna onder (C) nog nader ingaan, maar eerst zal ik kort nog wat zeggen over de mogelijkheid om de transparantieplichting te codificeren.

---

263 Buijze 2013, p. 156 en p. 272-273.

264 Van Ommeren 2011a, p.235-265.

265 Van Ommeren 2011b, p. 97-107.

*B) Waarom niet codificeren?*

In het kader van de derde evaluatie van de Awb hebben Widdershoven, Verhoeven e.a. een aantal argumenten gegeven waarom een transparantieverplichting in de Awb gecodificeerd zou kunnen worden.<sup>266</sup> In de eerste plaats wijzen zij – net als Prechal en De Leeuw – op de duidelijkheid die expliciteren in de Awb zou geven, in plaats van het hanteren van bestaande beginselen als een vehikel voor transparantievereisten. Hiervoor heb ik al toegelicht dat, gelet op de brede betekenis die transparantie heeft, ik betwijfel of de gewenste duidelijkheid op deze manier het beste bereikt kan worden. In plaats van het codificeren van het transparantiebeginsel als geheel, zou het dan in ieder geval mijn voorkeur hebben om bepaalde concrete transparantievereisten te codificeren.

In de tweede plaats stellen Widdershoven, Verhoeven e.a. ook dat het transparantiebeginsel verdergaande eisen lijkt te stellen dan die welke uit Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur of de Awb kunnen worden afgeleid. Daarbij wordt als voorbeeld gegeven dat de Awb geen algemene verplichting van bestuursorganen kent om de bij het gebruik van hun bevoegdheden gehanteerde regels uitdrukkelijk vast te leggen en algemeen bekend te maken.<sup>267</sup> Artikel 4:81 Awb bevat slechts een bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen. Bovendien bevat artikel 4:84 Awb een inherente afwijkingsbevoegdheid. In paragraaf 12.5.2 ben ik op de spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieverplichting ingegaan. Deze spanning kan mijns inziens worden opgelost door als uitgangspunt te nemen dat bij schaarse besluitvorming geen sprake is van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Maar als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen, dan is het wel een goed idee om in de Awb een uitzondering op dit artikel op te nemen. Overigens zou het daarnaast mijn voorkeur hebben om de verdeelcriteria en -regels niet vast te leggen in een beleidsregel maar in een algemeen verbindend voorschrift.

Ik zie de mogelijkheid om tot codificatie van bepaalde concrete transparantievereisten over te gaan als een goede 'stok achter de deur'. Zoals uit de voorgaande paragraaf is gebleken, zijn er geen bepalingen uit de Awb in strijd met de transparantieverplichting. Het is wel noodzakelijk om bij de verdeling van schaarse besluiten bepaalde bepalingen transparant in te kleuren. Indien op termijn blijkt dat deze inkleuring nog onvoldoende geschiedt, bijvoorbeeld doordat de bestuursrechter niet toetst of een besluit van een bestuursorgaan voldoet aan de transparantieverplichting (al dan niet als zelfstandig beginsel dan wel via de band van het gelijkheidsbeginsel), is er mijns inziens pas op

---

266 Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 91-92.

267 In dezelfde zin: Van Ommeren 2004, p. 49-50.

dat moment een taak weggelegd voor de wetgever. In dat geval is het wenselijk dat er een regeling in de Awb komt over schaarse besluiten.

C) *Dus: transparantie als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel*

Het heeft mijn voorkeur om de transparantieverplichting als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel te zien en meer in het bijzonder van het 'formele' gelijkheidsbeginsel. Onderscheid kan namelijk gemaakt worden tussen formele, materiële en procedurele gelijkheid, zoals uitgebreid wordt beschreven in de dissertatie van Gerards. Gerards verduidelijkt het verschil tussen de drie vormen van gelijkheid door het volgende voorbeeld te geven. De deelnemers aan een schaatswedstrijd verschillen in allerlei opzichten, bijvoorbeeld in getalenteerdheid, getraindheid en de kwaliteit van het materiaal. Een formeel gelijke behandeling betekent dat alle deelnemers aan de start mogen verschijnen en dat gelijke spelregels op hen van toepassing zijn. Bij een procedureel gelijke behandeling wordt waarde gehecht aan enkele verschillen tussen de schaatsers, zodat de kans om te winnen gelijk wordt. Dit zou bijvoorbeeld gerealiseerd kunnen worden door het geven van een training aan alle deelnemers en het voorschrijven en verstrekken van materiaal van een bepaalde kwaliteit. Bij deze procedurele gelijkheid zal er nog een winnaar kunnen worden aangewezen, omdat de verschillen in talent en snelheid blijven bestaan. Bij een materieel gelijke behandeling zullen ook de overige verschillen tussen de deelnemers moeten worden geminimaliseerd, bijvoorbeeld door de langzamere deelnemers een voorsprong te geven, zodat een gelijk resultaat – zijnde dezelfde finishtijd – wordt bereikt.<sup>268</sup>

Ook bij schaarse besluitvorming is sprake van een competitie. Er zijn immers potentieel meer aanvragers dan beschikbare besluiten, waardoor een selectie moet plaatsvinden. Het hanteren van een materieel gelijkheidsbeginsel is daarom geen optie: het doel van de selectieprocedure is juist om een 'winnaar' aan te wijzen. Bij de transparantieverplichting ligt de nadruk op het voorafgaand aan de procedure vaststellen en bekendmaken van informatie die relevant is voor potentiële aanvragers. De nadruk ligt daarbij dus op het creëren van gelijke spelregels. Zo kan geen rekening worden gehouden met de omstandigheid dat een van de aanvragers weinig ervaring heeft met aanbestedingen, juist omdat iedere inschrijver op dezelfde wijze moet worden behandeld.<sup>269</sup> Enige vorm van ongelijkheidscompensatie is op grond van

---

268 Gerards 2002, p. 12-16. Bij de procedurele gelijkheid besteedt Gerards aandacht aan het creëren van gelijke kansen om te kunnen winnen. Bij schaarse besluitvorming is het mijns inziens niet noodzakelijk om procedurele gelijkheid te creëren: alle aanvragers kunnen onderling dusdanig verschillen dat zij geen gelijke kans om te winnen hoeven te hebben, maar zij hebben wel recht op een gelijke behandeling bij het verloop van de procedure (de spelregels).

269 Aldus Rb. Den Haag (vz.) 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.

de transparantieverplichting in beginsel niet vereist en ook niet gewenst.<sup>270</sup> Ik beschouw de transparantieverplichting om deze reden als onderdeel van het formele gelijkheidsbeginsel.

Ik ben niet de eerste die transparantie als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel beschouwt. Al in 2004 heeft Van Ommeren het gelijkheidsbeginsel aangemerkt als een grondbeginsel dat bij alle verdeelprocedures in acht moet worden genomen. De functie van het gelijkheidsbeginsel bij verdeelprocedures is, aldus Van Ommeren, om ongelijke gevallen (de verschillende aanvragers) gelijk te behandelen. Ook hij wees dus op de andere (formele) functie die het gelijkheidsbeginsel bij de verdeling van schaarse rechten kan en moet vervullen dan gewoonlijk in het bestuursrecht het geval is, namelijk het voorkomen dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld.<sup>271</sup> Desalniettemin onderscheidt hij vervolgens in zijn oratie het gelijkheidsbeginsel nog wel van het doorzichtigheidsbeginsel.<sup>272</sup> In 2011 heeft Van Ommeren erop gewezen dat het opmerkelijk is dat de Nederlandse bestuursrechter het gelijkheidsbeginsel nog (vrijwel) niet beschouwt als mogelijke grondslag voor een verplichting om mededingingsruimte te creëren, terwijl dit juist het grondbeginsel is bij de verdeling van schaarse besluiten. Ook hij geeft als mogelijke verklaring dat in het Nederlands bestuursrecht een beroep op het gelijkheidsbeginsel als uiterst lastig geldt en zelden slaagt.<sup>273</sup>

Ook volgens Wolswinkel is de transparantieverplichting een 'rechtstreeks gevolg' van het beginsel van gelijke behandeling. Wanneer bepaalde potentiële aanvragers niet in staat worden gesteld om een aanvraag voor een schaars besluit in te dienen, dan worden deze aanvragers ongelijk behandeld ten aanzien van andere, wel geïnformeerde, potentiële aanvragers.<sup>274</sup> Met deze redenering kan ik me geheel verenigen. Des te opvallender is het daarom dat Wolswinkel een onderscheid maakt tussen de verplichting tot een oproep tot mededinging enerzijds en de inhoud en het moment van deze oproep anderzijds. Deze laatste twee elementen schaaft hij niet onder het gelijkheidsbeginsel, maar onder het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>275</sup> Uiteraard is een oproep tot be-

---

270 Hierbij geldt wel als ondergrens dat een 'level playing field' gecreëerd moet worden. Bijzonder aandachtspunt is daarbij de positie van de 'zittende inschrijver'. Als sprake is van een 'zittende inschrijver' moet bezien worden of deze partij beschikt over noodzakelijke informatie uit de vorige concessieperiode, waarover de andere inschrijvers niet beschikken. Als deze informatie niet gedeeld wordt met andere potentiële inschrijvers kan geoordeeld worden dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Niet alle eventuele verschillen tussen gegadigden kunnen worden weggenomen, maar er dient wel een voldoende mate van level playingfield gecreëerd te worden, aldus Rb. Dordrecht (vz.) 24 januari 2008, *TBR* 2008/182, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro.

271 Van Ommeren 2004, p. 45.

272 Van Ommeren 2004, p. 49-50.

273 Van Ommeren 2011a, p. 256.

274 Wolswinkel 2013, p. 329 en 339-342.

275 Wolswinkel 2013, p. 349-351.

kendmaking die niet duidelijk maakt welke rechten verdeeld worden en vanaf wanneer aanvragen ingediend kunnen worden, in strijd met de rechtszekerheid. In een dergelijk geval is er echter ook sprake van een (potentiële) schending van het gelijkheidsbeginsel, omdat door deze niet-transparante handelwijze niet gegarandeerd wordt dat alle potentiële aanvragers een aanvraag kunnen indienen. Ik zie deze aspecten dan ook als onderdeel van de transparantieplichting en daarmee van het gelijkheidsbeginsel.

Mijn voorkeursoptie is tevens in lijn met Drijber en Stergiou. Volgens hen zou het duidelijker zijn als de artikelen 49 en 56 VWEU als enige toetsingsgrondslag van het Hof van Justitie zouden dienen, welke grondslag geïnterpreteerd zou moeten worden in het licht van het fundamentele beginsel van gelijke behandeling. Transparantie zou niet gezien moeten worden als een apart rechtsbeginsel, maar als een middel om gelijke behandeling te garanderen.<sup>276</sup> Ook Bovis beschrijft de transparantieplichting als een concrete en specifieke uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling. Transparantie draagt bij aan deze gelijke behandeling, omdat het de voorwaarden voor echte mededinging garandeert.<sup>277</sup>

Zoals gesteld, heeft het mijn voorkeur om de transparantieplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel te beschouwen. De transparantieplichting heeft een instrumenteel karakter en, in de context van schaarse besluitvorming, draagt het bij aan de gelijke behandeling van potentiële aanvragers. Deze optie geeft daarmee ook direct nadere duiding aan het bijzondere karakter van schaarse besluiten.

Door deze invalshoek wordt bovendien aangesloten bij jurisprudentie van het Hof van Justitie, die heeft geoordeeld dat 'het Unierecht met name het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers of gegadigden en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie' toepast.<sup>278</sup> Daarnaast is hiermee de voorgestelde verandering voor het Nederlandse bestuursrecht klein. In plaats van te pleiten voor een geheel nieuw beginsel (waarvan de reikwijdte onduidelijk is), wordt slechts voorgesteld om het gelijkheidsbeginsel licht te modificeren. Zoals Van Ommeren al schreef, is de functie van het gelijkheidsbeginsel ook om *ongelijke* gevallen *gelijk* te behandelen zodat alle potentiële aanvragers een gelijke kans hebben om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. Met Gerards ben ik van mening dat voor de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel beoordeeld moet worden of sprake is van een verschillende behandeling van twee groepen ten opzichte van elkaar.<sup>279</sup> Bij

---

276 Drijber & Stergiou, *CMLR* 2009, p. 845-846. Zij verwijzen daarbij naar de conclusie van de advocaat-generaal van 17 december 2008, C-250/07, ECLI:EU:C:2008:734.

277 Bovis, *CMLR* 2012, p. 247-390, i.h.b. p. 286.

278 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12.

279 Niet noodzakelijk is dat ook nog gekeken wordt naar de verschillen tussen de twee groepen (Gerards 2004, p. 54). Voor het verschil in behandeling kan een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaan. In dat geval is het gelijkheidsbeginsel niet geschonden.

schaarse besluitvorming is daarbij wel de kernvraag of *potentiële* aanvragers door een niet-transparante handelwijze *kunnen* zijn benadeeld.

Gesteld kan worden dat door deze optie de transparantievereisten onvoldoende kenbaar zullen zijn, omdat zij slechts via een ander beginsel tot uiting komen. Hiervoor heb ik echter gesteld dat ook met de erkenning van een algemeen (breed) transparantiebeginsel dit risico bestaat en misschien zelfs groter is. Als afhankelijk van de context transparantie een andere betekenis krijgt, is evenzeer onduidelijk welke transparantieverplichtingen wanneer gelden. Door het gelijkheidsbeginsel als grondslag te kiezen, wordt het risico van de beperktere kenbaarheid gecompenseerd door de doelstelling van de transparantieverplichting centraal te stellen: het waarborgen van gelijke kansen.

#### 12.6.5 Conclusie

Van de drie hiervoor beschreven opties voor de borging van transparantievereisten (namelijk: (i) het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel; (ii) het erkennen van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel; en/of (iii) codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb) heb ik een voorkeur voor het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel.

Alle geschetste opties hebben voor- en nadelen. Voor de rechtzoekende maakt het, enigszins kort door de bocht gezegd, weinig uit welk van deze drie opties wordt gekozen: eerst en vooral is van belang dat bestuursorganen de transparantieverplichting in acht nemen en dat de bestuursrechter hieraan toetst, zodat de rechtzoekende wordt beschermd tegen met name favoritisme en willekeur.

Naar mijn mening is het primair aan de bestuursrechter om te toetsen aan de transparantieverplichting. Er staat niets in de weg aan het gegrond verklaren van een beroep wegens schending van de transparantieverplichting. Een vernietiging wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel ligt het dichtst bij de huidige rechtspraktijk. Dit is nu de meest gehanteerde vernietigingsgrond bij schaarse besluiten. Desalniettemin zijn er in de vorige paragrafen ook een aantal verbeterpunten beschreven. Deze worden kennelijk thans niet door bestuursorganen en de bestuursrechter in het zorgvuldigheidsbeginsel gelezen. Daarom heeft het mijn voorkeur om de transparantieverplichting te benoemen als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel. Het identificeren van het gelijkheidsbeginsel (of beginsel van gelijke kansen) als fundamenteel beginsel dat aan de verdeling van schaarse besluiten ten grondslag ligt, kan ervoor zorgen dat de bijzondere aard van schaarse besluiten beter naar voren wordt gebracht. In het verlengde hiervan zou de transparantieverplichting dan als onderdeel van dit gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten worden geïntroduceerd.

Ik doe dan ook primair een oproep aan bestuursorganen om de transparantieverplichting in acht te nemen bij de toekenning van schaarse besluiten en aan de bestuursrechter om deze besluiten te toetsen aan (de transparantieverplichting als onderdeel van) het gelijkheidsbeginsel. Pas als op termijn zou blijken dat de transparantieverplichting nog onvoldoende in het Nederlandse bestuursrecht wordt toegepast, is mijns inziens een taak weggelegd voor de wetgever door (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb te codificeren.

## 12.7 HOOFDVRAAG

*Welke transparantievereisten zouden bij de verdeling van schaarse bestuursrechtelijke besluiten door Nederlandse bestuursorganen in acht moeten worden genomen; in hoeverre worden deze vereisten in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk al nageleefd en, voor zover dat onvoldoende het geval is, hoe zouden deze transparantievereisten dan beter kunnen worden geborgd in het Nederlands bestuursrecht?*

In dit onderzoek stond de vraag centraal welke transparantievereisten bij de verdeling van schaarse bestuursrechtelijke besluiten door Nederlandse bestuursorganen in acht zouden moeten worden genomen, in hoeverre deze vereisten in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk al worden nageleefd en, voor zover dat onvoldoende het geval is, hoe deze transparantievereisten dan beter zouden kunnen worden geborgd in het Nederlands bestuursrecht.

Deze hoofdvraag zal in de volgende paragraaf 12.7.1 worden beantwoord. Vervolgens zal in paragraaf 12.7.2 een overzicht worden gegeven van de in deze slotbeschouwing geformuleerde aanbevelingen.

### 12.7.1 Naar een betere borging van transparantievereisten via het formele gelijkheidsbeginsel

Met betrekking tot het eerste deel van de hoofdvraag kan worden geconcludeerd dat de Unierechtelijke transparantieverplichting niet alleen van toepassing is op opdracht- en concessieverlening, maar ook al bij de verlening van schaarse besluiten. De transparantieverplichting moet door bestuursorganen in acht worden genomen bij zowel vergunningverlening als subsidieverstrekking, maar uitsluitend voor zover sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Indien dat grensoverschrijdend belang niet aanwezig is, is het Unierecht immers niet van toepassing. Hierbij is nog wel van belang dat de vraag of sprake is van een grensoverschrijdend belang niet te terughoudend beantwoord mag worden.

Mijns inziens zijn er goede redenen om de transparantieverplichting ook in het Nederlandse bestuursrecht te introduceren als het Unierecht niet (direct)

van toepassing is. De doelstellingen die met de transparantieplichting worden gediend, zijn een nuttige aanvulling voor het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten. Bovendien moet worden voorkomen dat er een moeilijk te rechtvaardigen verschil in rechtsbescherming zal ontstaan tussen Unierechtelijke en nationale geschillen.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de transparantieplichting kunnen drie doelstellingen en negen concrete vereisten worden afgeleid. De eerste doelstelling is het openen van de markt voor mededinging. De tweede doelstelling is te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen. De derde en laatste doelstelling is het verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of elke potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie (ook wel omschreven als het waarborgen van de gelijkheid van kansen). De negen transparantievereisten zijn: (1) aan elke potentiële aanvrager moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd; (2) alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze; (3) alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren; (4) er moet een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen worden gesteld, zodat alle aanvragers over evenveel tijd beschikken om hun aanvraag voor te bereiden; (5) in beginsel mag geen rekening worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager; (6) het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen; (7) de criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers; (8) verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst en daarom moeten besluiten worden gemotiveerd; en (9) wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk.

Als de Unierechtelijke transparantieplichting bij zuiver interne situaties nog niet in acht moet worden genomen, maar het wel wenselijk is dat deze in acht wordt genomen, is de logische vervolgvraag in hoeverre de transparantieplichting in het Nederlandse bestuursrecht al op andere wijze wordt geborgd. Uit jurisprudentieonderzoek blijkt (gelukkig) dat in het Nederlandse bestuursrecht de verdeling van schaarse besluiten nu al grotendeels transparant geschiedt. Via algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids-, evenredigheids-, motiverings- en rechtszekerheidsbeginsel worden aan bestuursorganen transparantievereisten opgelegd bij de verdeling van schaarse besluiten.

Op bepaalde onderdelen van de transparantieplichting is echter nog verbetering mogelijk. Deze verbeteringen hebben met name betrekking op een aantal artikelen uit de Awb die in beginsel op een transparante wijze kunnen worden toegepast. Maar deze transparante uitleg wordt, ook blijkens jurispru-

dentie, niet altijd door bestuursorganen in acht genomen. Het betreft dan in het bijzonder artikel 3:42 Awb (en voor subsidies de artikelen 4:23-4:26 Awb) over de bekendmaking van besluiten, artikel 4:5 Awb over onvolledige aanvragen en artikel 4:84 Awb over de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels. Daarnaast is er een aantal lijnen in de jurisprudentie dat enigszins genuanceerd zal moeten worden. Het betreft dan met name jurisprudentie die betrekking heeft op de passende mate van openbaarheid die de transparantieverplichting beoogt te garanderen. De transparantieverplichting gaat bijvoorbeeld uit van een actieve bekendmakingsplicht voor het bestuursorgaan. Een bekendmaking die beperkt is tot de bekende potentiële aanvragers is onvoldoende. Ook een impliciete keuze voor een verdeelmethode is onvoldoende transparant. Daarnaast is het doel van de transparantieverplichting dat alle aanvragers een gelijke kans moeten krijgen om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. Vanuit dit oogpunt is het moeilijk voorstelbaar dat de begindatum om aanvragen in te kunnen dienen in het verleden ligt. Dit heeft gevolgen voor de wijze waarop aanvragen zowel in de primaire fase als in besluit door het bestuursorgaan moeten worden getoetst. Nadat de termijn om aanvragen in te dienen is verstreken, is aanvulling van aanvragen beperkt mogelijk. Ten slotte is van belang dat de weging van de onderlinge verdelingscriteria voor de beoordeling van de ingediende aanvragen wordt vastgesteld

Deze (beperkte) verbeteringen kunnen op meerdere manieren in het Nederlandse bestuursrecht worden geïntroduceerd, namelijk: de transparantieverplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, erkenning van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel, en/of codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb. Het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel heeft mijn voorkeur. Het identificeren van het gelijkheidsbeginsel (of beginsel van gelijke kansen) als fundamenteel beginsel dat aan de verdeling van schaarse besluiten ten grondslag ligt, kan ervoor zorgen dat de bijzondere aard van schaarse besluiten beter naar voren wordt gebracht. In het verlengde hiervan zou de transparantieverplichting dan als onderdeel van dit gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten worden geïntroduceerd.

### 12.7.2 Overzicht van geformuleerde aanbevelingen

In deze dissertatie is een aantal aanbevelingen gedaan. De belangrijkste, algemene aanbevelingen zijn ook in deze slotbeschouwing opgenomen. Voor overige aanbevelingen, die vaak een hoog detailniveau hebben, wordt verwezen naar de voorgaande hoofdstukken. Hierna wordt een overzicht van de aanbevelingen uit de slotbeschouwing gegeven. Deze zijn daarbij, voor een snel overzicht, onderverdeeld in aanbevelingen voor de wetgever, het bestuursorgaan en de bestuursrechter.

*A) Aanbevelingen voor de wetgever in formele zin*

- 1) Het concessiebesluit moet worden toegevoegd als rechtsfiguur aan de Ar. Deze omschrijving zou zoveel mogelijk moeten aansluiten bij het materiële concessiebegrip uit richtlijn 2004/18/EG en de toekomstige concessierichtlijn. Gedacht zou kunnen worden aan:

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

- 2) Bij de totstandkoming van de Omgevingswet moet aandacht worden besteed aan de verdeling van schaarse rechten. Als er in de Omgevingswet een regeling komt voor een breder gebruik van de programmatische aanpak, dan zou in de Omgevingswet (of de onderliggende regeling) bepaald kunnen worden dat de ontwikkelingsruimte transparant verdeeld moet worden. Daarnaast zouden exploitatievergunningen die een sterke koppeling met het bestemmingsplan hebben, onderdeel van de omgevingsvergunning kunnen worden. Bij wettelijk voorschrift (de Omgevingswet in samenhang met een omgevingsverordening) zou een verdeelsysteem kunnen worden geïntroduceerd. Dit verdeelsysteem moet transparant zijn, hetgeen met name betekent dat als er exploitatieruimte beschikbaar komt, dit algemeen bekend moet worden gemaakt en duidelijk moet zijn wie er onder welke voorwaarden voor de vergunning in aanmerking komen. Mocht een dergelijke integratie nog een brug te ver worden gevonden, dan verdient het aanbeveling om de diverse schaarse besluiten in ieder geval gecoördineerd tot stand te laten komen, bijvoorbeeld door gelijktijdige vaststelling van het bestemmingsplan (of verlening van de omgevingsvergunning) en de exploitatievergunning.
- 3) In aanvulling op de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v., moet een actieve, algemene bekendmakingsplicht voor schaarse besluiten worden geïntroduceerd. Op grond hiervan zouden bestuursorganen verplicht worden om algemeen bekend te maken dat een procedure waarbij een schaars besluit verleend wordt, zal aanvangen. De bekendmaking zou moeten vermelden wat de indieningstermijn voor aanvragen is en waar nadere informatie over de verdeelprocedure en -regels te vinden is. Door deze actieve, algemene bekendmakingsplicht voor bestuursorganen wordt gegarandeerd dat alle potentieel geïnteresseerde partijen kennis kunnen nemen van de procedure en hieraan kunnen deelnemen.

- 4) Bestuursorganen zouden verplicht moeten worden om (de verdeling van hun schaarse) besluiten centraal bekend te maken op één website (vgl. TenderNed). Hoewel dit voor een passende mate van openbaarheid niet strikt noodzakelijk is, zou dit mijns inziens de transparantie van schaarse verdeelprocedures aanzienlijk vergroten.
  - 5) Als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen, moet er een uitzondering op artikel 4:84 Awb worden gemaakt. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de inherente afwijkingsbevoegdheid bij de toepassing van beleidsregels (artikel 4:84 Awb) en de transparantieverplichting. Deze spanning bestaat, omdat door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels niet meer alle (potentiële) aanvragers gelijk worden behandeld.
  - 6) Als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen, moet er een uitzondering op artikel 4:5 Awb worden gemaakt. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de verplichting dat een bestuursorgaan de aanvrager in de gelegenheid moet stellen een onvolledige aanvraag aan te vullen (artikel 4:5 Awb) en de transparantieverplichting welke ervan uitgaat dat alle aanvragers, na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging), over evenveel tijd moeten beschikken om hun aanvraag voor te bereiden.
- B) *Aanbevelingen voor (de)centrale overheden die schaarse verdeelregelingen vaststellen*
- 7) Verdeelcriteria en -regels moeten niet worden vastgelegd in een beleidsregel maar in een algemeen verbindend voorschrift. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de inherente afwijkingsbevoegdheid bij de toepassing van beleidsregels (artikel 4:84 Awb) en de transparantieverplichting. Deze spanning bestaat, omdat door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels niet meer alle (potentiële) aanvragers gelijk worden behandeld.
  - 8) In de verdeelregeling moet worden opgenomen hoe artikel 4:5 Awb 'transparant' zal worden toegepast. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de verplichting dat een bestuursorgaan de aanvrager in de gelegenheid moet stellen een onvolledige aanvraag aan te vullen (artikel 4:5 Awb) en de transparantieverplichting welke ervan uitgaat dat alle aanvragers, na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging), over evenveel tijd moeten beschikken om hun aanvraag voor te bereiden.

- 9) Bij de totstandkoming van een schaarse verdeelregeling dient beoordeeld te worden of:
- a) het noodzakelijk is om het aantal beschikbare rechten te beperken door een plafond vast te stellen. Indien geen plafond wordt vastgesteld, is de transparantieverplichting niet van toepassing;
  - b) het Unierecht van toepassing is, omdat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang of omdat de grondslag voor de regeling een Europese (subsidie)regeling is. Indien dit het geval is dan dient de Unierechtelijke transparantieverplichting in acht te worden genomen. In zuiver interne situaties moet het (formele) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantievereisten in acht worden genomen; en
  - c) het noodzakelijk is om aan het besluit een uitvoeringsplicht te verbinden. Indien dit noodzakelijk is, dan is het niet uitgesloten dat het besluit (tevens) kan worden aangemerkt als concessie of opdracht. Hoewel ook bij subsidie- en vergunningverlening het (formele) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht moeten worden genomen, moeten (indien sprake is van een grensoverschrijdend belang) bij opdrachtverlening en (vanaf 2016) concessieverlening ook de Europese richtlijnen in acht worden genomen.

Bovenstaande afwegingen dienen expliciet in de toelichting gemotiveerd te worden, inclusief de conclusie dat besluitvorming pas kan plaatsvinden nadat een transparante procedure is gevolgd.

C) *Aanbevelingen voor bestuursorganen die schaarse besluiten nemen*

- 10) Bestuursorganen moeten bij de verdeling van schaarse rechten het (formele) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht nemen. Dit geldt ook voor zogenaamde zuiver interne situaties waarbij het Unierecht niet van toepassing is. Dit geldt voor schaarse vergunning- en ontheffingverlening, subsidieverstrekking en bepaalde omgevingsrechtelijke rechtsfiguren.
- 11) Bestuursorganen moeten een passende mate van openbaarheid in acht nemen. Dit betekent dat:
- a) bestuursorganen een actieve, algemene bekendmakingsplicht tijdig in acht moeten nemen. Deze verplichting vloeit voort uit artikel 3:42 Awb, eventueel in combinatie met het (formele) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting;
  - b) er geen onderzoeksplicht voor de potentiële gegadigden geldt, maar een actieve bekendmakingsplicht voor bestuursorganen, die resulteert in een algemene bekendmaking van de verdeelprocedure;

- c) een impliciete keuze voor een verdeelmethode onvoldoende transparant is;
- d) een toetsingsleidraad of een beoordelingsstramien van adviescommissies die een extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, openbaar gemaakt moeten worden;
- e) de begindatum om aanvragen in te kunnen dienen van tevoren bekendgemaakt moet worden en dus niet in het verleden kan liggen;
- f) de verdeelprocedure en -criteria voor de aanvang van de verdeelprocedure moeten worden vastgesteld en gedurende de procedure niet gewijzigd kunnen worden. Als relevant peilmoment geldt daarbij dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.<sup>280</sup>

Het voorgaande geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.

- 12) Bestuursorganen moeten als uitgangspunt nemen dat bij schaarse besluitvorming geen sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de inherente afwijkingsbevoegdheid bij de toepassing van beleidsregels (artikel 4:84 Awb) en de transparantieverplichting. Deze spanning bestaat, omdat door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels niet meer alle (potentiële) aanvragers gelijk worden behandeld.

*D) Aanbevelingen voor de bestuursrechter*

- 13) De bestuursrechter moet bij de beoordeling of een schaars besluit in strijd is met enig algemeen rechtsbeginsel, toetsen of het besluit niet in strijd is met het (formeel) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting. Wanneer dit het geval is, blijkt onder meer uit de hiervoor genoemde aanbevelingen, in het bijzonder aanbeveling (11).
- 14) Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen zware eisen te worden gesteld aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaars besluit, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid.<sup>281</sup> Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met de transparantieverplichting. Het CBb zou de transparantieverplichting, als onderdeel

<sup>280</sup> Als de laatste dag als uitgangspunt wordt genomen, dan zou het op bestuursorgaan de bewijslast moeten rusten dat alle (potentiële) aanvragers kennis hebben genomen van de wijziging, zodat zij hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen.

<sup>281</sup> O.a. CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel.

van het (formeel) gelijkheidsbeginsel (of het beginsel van gelijke kansen), moeten benoemen als grondslag voor deze zware eisen. De overige hoogste bestuursrechters, in het bijzonder de Afdeling, zouden deze jurisprudentielijn moeten overnemen.

## 12.8 UITLEIDING

In dit onderzoek stond de Unierechtelijke transparantieverplichting centraal. Het doel van deze verplichting is mededinging naar schaarse besluiten mogelijk te maken en daarbij elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen uit te bannen en de gelijkheid van kansen van elke potentiële aanvrager te waarborgen. Deze doelstelling lijkt mij ook bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht nastrevenswaardig.

In hoofdstuk 1 is een voorbeeld gegeven waarbij een bestuursorgaan overging van een geheel gesloten vergunningstelsel naar een schaars vergunningstelsel en daarbij eenieder in de gelegenheid stelde om mee te dingen naar deze vergunning door algemeen bekend te maken dat (en hoe) de vergunningen verdeeld zouden worden. Het bestuursorgaan heeft door deze transparante handelwijze ervoor gezorgd dat ook nieuwkomers een gelijke kans hebben gekregen om voor een exploitatievergunning in aanmerking te komen.

Indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, moet de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in acht worden genomen op grond van het Unierecht. In zuiver interne situaties moeten bestuursorganen mijns inziens bij de verdeling van schaarse rechten het (formeel) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantievereisten in acht nemen.

Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat de transparantie bij de verdeling van deze schaarse besluiten tot op grote hoogte is geborgd, maar dat er op enkele punten nuttige verbeteringen mogelijk zijn. Deze verbeteringen zijn beschreven in deze dissertatie. De verbeteringen kunnen op meerdere manieren in het Nederlandse bestuursrecht worden geïntroduceerd, namelijk: de transparantieverplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, erkenning van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel, en/of codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb. Ik heb een voorkeur voor het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formeel) gelijkheidsbeginsel (of beginsel van gelijke kansen). Het identificeren van het (formeel) gelijkheidsbeginsel als fundamenteel beginsel dat aan de verdeling van schaarse besluiten ten grondslag ligt, kan ervoor zorgen dat de bijzondere aard van schaarse besluiten beter naar voren wordt gebracht. In het verlengde hiervan zou de transparantieverplichting dan als onderdeel van dit (formeel) gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten in acht moeten worden genomen door bestuursorganen.



## Summary of concluding observations

The following is a translation of the summary of the concluding observations (Chapter 12) of the dissertation entitled

TRANSPARENT AND FAIR ALLOCATION OF LIMITED PUBLIC RIGHTS.

*Research into the added value of a transparency obligation in the allocation of limited public rights in Dutch administrative law.*<sup>1</sup>

### 1.1 INTRODUCTION

The key issue at the centre of this research concerns which transparency requirements should be observed in the allocation of limited administrative decisions by Dutch administrative authorities, the extent to which these requirements are already being observed in Dutch administrative law practice and, where this falls short, how these transparency requirements could be better guaranteed in Dutch administrative law. Based on the preceding chapters, this chapter will first provide an answer to the sub-questions raised in Chapter 1 of this book and then turn to the main question.

### 1.2 DEFINITION: CONTEXT AND TERMINOLOGY

In this research two concepts are key: the 'obligation of transparency' – or the 'principle of transparency' – and 'limited public decisions' – or 'limited public rights'. For a firm understanding and the stand-alone readability of these concluding observations these concepts are briefly explained below. For a more detailed explanation I refer to Chapter 2 of this book.

---

1 Dutch title: *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht.*

### 1.2.1 Limited public decisions

With limited public rights the number of rights that can be allocated is restricted.<sup>2</sup> This limitation may be created by administrative authorities by setting a 'ceiling' that indicates the maximum number of award decisions that can be made.<sup>3</sup> This research is restricted to administrative law. As a result the award of limited public rights pursuant to a decision within the meaning of the Dutch General Administrative Law Act (GALA) is key. 'Limited public decisions' are therefore taken to mean any and all decisions where the number of potential applicants may be greater than the number of available award decisions.<sup>4</sup> Limited public decisions may therefore relate to licences, exemptions, concessions and subsidies. While GALA does have a definition for a 'decision' in section 1:3 GALA, there is no definition for a licence, exemption or concession. Directive 2004/18/EC does contain a definition for a public contract and concession, but not for a licence or subsidy. In the answer to the second sub-question (paragraph 1.4) the differences between a public contract, concession, licence and subsidy are discussed in more detail.

Limited public decisions are allocated by means of an allocation procedure. Examples of allocation procedures include a drawing of lots, an auction, a comparative assessment – tender system – or allocation in order of receipt ('first come, first served'). In all of these allocation procedures the obligation of transparency plays a role. This is because in all cases there is a situation of limitation, whereby a choice will be made between the various applicants. The submitted applications will have to be ranked. For these applicants and potential applicants to be treated equally they will need to know which method of allocation will be used, which rules will be applied during the procedure and which criteria apply to the ranking of the applications. These are all aspects of the obligation of transparency.

### 1.2.2 The obligation, the principle and the requirements of transparency

In this chapter a distinction is made between the obligation, the principle and the requirements of transparency. The *obligation of transparency* is the main term used for the obligation under European Union law, to be described in

---

2 A distinction can be made between natural or technical limitations and limitations created artificially for policy-based reasons. This research relates to both.

3 On the matter of ceilings, see also Van Ommeren 2004, pp. 2 and 24, and Wolswinkel 2013, pp. 224ff.

4 This research relates to 'limited public decisions'. As stated, limitation exists when the number of award decisions is restricted. This number may be one, leading to a monopoly, or several, leading to an oligopoly. The creation of a monopoly pursuant to a decision is sometimes also referred to as the awarding of a 'sole right', or 'exclusive right'. The creation of an oligopoly is referred to as the awarding of a 'special right'.

more detail below, to preclude any risk of favouritism and arbitrariness by, inter alia, displaying a sufficient degree of advertising. The first reason for this is that it matches the terminology of the European Court of Justice.<sup>5</sup> The second reason is that if one of the sub-questions is whether there is a principle, it does not seem satisfactory to adopt the 'principle of transparency' as the main term because this suggests that the research pre-supposes that we are dealing with a principle, which is not the case. The term *principle of transparency* is therefore only used in these concluding observations if it is actually referring to the principle of transparency as an independent general principle of proper administration. Finally, the obligation of transparency – and so too the principle of transparency – can be given definite form. A number of specific requirements can be derived from the case law of the European Court of Justice. These requirements are referred to in this book as *requirements of transparency* and thus form part of the obligation of transparency.

The obligation of transparency that is key in this research is the obligation of transparency under European Union procurement law. According to settled case law of the Supreme Court of the Netherlands (*Hoge Raad*)<sup>6</sup> and the European Court of Justice<sup>7</sup> the obligation of transparency, in essence, serves to guarantee the preclusion of any risk of favouritism and arbitrariness on the part of the contracting authority. This means, in particular, that at the beginning of a procurement procedure contracting authorities must display a 'sufficient degree of advertising'. The obligation of transparency was described as follows by the Supreme Court on 9 May 2014:

'It follows from legal precedent of the EUCJ (see, inter alia, EUCJ 29 April 2004, Case C-496/99 P, ECLI:NL:XX:2004:BG2419 (Succhi di Frutta), paragraphs 108 and 110) that the contracting authority must respect the principle of equal treatment. Under this principle, the aim of which is to promote the development of healthy and effective competition between undertakings taking part, all tenderers must be afforded equality of opportunity when formulating their tenders, which therefore implies that the tenders of all competitors must be subject to the same conditions.

The contracting authority must also observe the principle of transparency (see the Succhi di Frutta judgment, paragraph 111). In essence, the purpose of that principle is to guarantee the preclusion of any risk of favouritism and arbitrariness by the contracting authority. It implies that all the conditions and detailed rules of the award procedure must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner in the notice or contract documents so that, first, all reasonably informed

---

5 Although the terminology of the European Court of Justice is inconsistent, it can be observed that the term 'obligation' is used more frequently than the term 'principle'. For example, in October 2013 the European Court of Justice concluded that 'European Union law applies, inter alia, the principle of equal treatment of tenderers and the obligation of transparency resulting therefrom' (EUCJ 10 October 2013, C-336/12).

6 Inter alia, Supreme Court of the Netherlands 4 November 2005, *BR* 2006/36, with commentary by H. Nijholt and *NJ* 2006/204, with commentary by M.R. Mok.

7 Inter alia, EUCJ 29 April 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta).

tenderers exercising ordinary care can understand their exact significance and interpret them in the same way and, secondly, the contracting authority is able to ascertain whether the tenders submitted satisfy the criteria applying to the relevant public contract. These requirements also relate to the assessment system to be used by the contracting authority.<sup>8</sup>

Three objectives and nine obligations that stem from the obligation of transparency can be derived from the case law of the European Court of Justice. These will be described below, in the answer to the first sub-question (paragraph 1.3).

### 1.2.3 Scope of the obligation of transparency

The case law of the European Court of Justice reveals that the obligation of transparency ensues not only from the procurement directives,<sup>9</sup> but also directly from the principle of non-discrimination laid down by the TFEU.<sup>10</sup> The fact that the obligation of transparency ensues from European Union law expands the scope of the requirement on the one hand, yet restricts it on the other.

Expansion is due to the fact that the scope of application is not restricted to the scope of the procurement directives, but is also relevant to concession contracts, IIB services and contracts that do not exceed the threshold values. The extent to which the obligation of transparency must be applied when awarding licences and subsidies is less clear. For that reason, this will be discussed in the answer to the second sub-question (paragraph 1.4).

Restriction is due to the fact that, in principle, European Union law does not apply to purely internal situations.<sup>11</sup> The question of when a situation

---

8 Supreme Court of the Netherlands 9 May 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078. Cf. also Supreme Court of the Netherlands 7 December 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, *TBR* 2013/33, with commentary by B.J.H. Blaisse-Verkooyen and ECLI:NL:HR:2012:BW9233. The Supreme Court uses identical wording to describe the obligation of transparency, but also adds here: 'All of this not only means that all tenderers will be treated equally, but also – partly for the purpose of effective control at a later date – that they must be afforded, in equal degree, a clear insight into the terms under which the tender will be processed, such as the selection criteria.'

9 Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts and Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.

10 Articles 49 and 56 TFEU, formerly Articles 43 and 49 EC Treaty.

11 See for example the Council of State 23 November 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444.

is purely internal should not be answered too reticently.<sup>12</sup> The European Court of Justice held that the obligation of transparency must be observed whenever there is a 'clear cross-border interest'. If there is no such clear cross-border interest, and therefore European Union law does not apply, 'voluntary' adoption of a European Union law obligation is possible if a Member State deems this community obligation a good complement, or in order to avoid two variations of the same obligation having to be applied in the national legal system.<sup>13</sup>

Given the objectives of the obligation of transparency, including the preclusion of favouritism and arbitrariness and the creation of fair competition by offering equal opportunities to all potentially interested parties, it can be argued that the obligation of transparency could be a complement to Dutch administrative law. Furthermore, I find such legal disparity between citizens of the European Union, certainly where it concerns a standard such as the obligation of transparency that is designed to protect parties against favouritism and arbitrariness on the part of the government, difficult to justify. This research is therefore not restricted to the question of when the European Union law obligation of transparency *must* be observed, it also looks at the question of whether, in purely internal situations, the obligation of transparency formulated in European Union law is already sufficiently guaranteed by the administrative courts by examination for compatibility with general principles of proper administration and GALA or whether the obligation of transparency might still be of added value to Dutch administrative law. This question is discussed, in particular, in paragraphs 1.5 and 1.6 of these concluding observations.

#### 1.2.4 The role of the obligation of transparency in the allocation of limited public rights

In administrative law, the obligation of transparency plays a role in the allocation of limited public decisions because of the element of competition and potential competition, where there are more interested parties than there are rights available. In such a situation, in my view, it is self-evident that if a competition situation is actually created, this competition must be 'fair', in other words all potential applicants must have equal opportunities to be con-

---

12 See on this point also Opinion of Advocate General Bot of 17 December 2009 on the *Betfair* judgment (C-203/08). Cf. also EUCJ 19 July 2012, C-470/11, *AB* 2012/324, with commentary by A. Drahmman.

13 Widdershoven 2004, pp. 293-327, in particular pp. 307-308. If the obligation of transparency under European Union law is made directly and unconditionally applicable through national law, the European Court of Justice will also deem itself competent to interpret this obligation in purely internal situations (see, inter alia, EUCJ 21 December 2011, C-482/10, *AB* 2012/254, with commentary by R.J.G.M. Widdershoven).

sidered for the limited public decision. The obligation of transparency constitutes a specification of how a decision-making process must be designed so that those equal opportunities can be guaranteed.

The grounds of appeal that are submitted in proceedings on limited public decisions before the administrative courts show similarities with the grounds that are submitted in provisional relief proceedings before the civil courts against the awarding of a public contract. The civil courts will examine these for compatibility with the obligation of transparency and the principle of equal opportunities, whereas the administrative courts will examine these for compatibility with the general principles of proper administration, such as the principle of due care and the obligation to state reasons. For example, it can be derived from the case law of the Dutch Trade and Industry Appeals Tribunal (CBB) that by not including allocation rules the administrative authority, according to the CBB, has envisaged a system of allocation on a first come, first served basis.<sup>14</sup> However, such implicit choice of an allocation system is difficult to reconcile with the case law of the European Court of Justice that provides that any risk of favouritism and arbitrariness on the part of the contracting authority must be precluded by formulating all terms and modalities of the procedure in a clear, precise and unambiguous manner. In this research I therefore consider, among other things, whether the obligation of transparency could have added value for Dutch administrative law. As part of this, it is relevant that according to legal precedent of the CBB strict requirements need to be imposed on the process of making limited public decisions, *inter alia*, for reasons of legal certainty.<sup>15</sup> These strict requirements often show striking similarities with the European Union law obligation of transparency that is key in this research. The obligation of transparency may therefore be seen as a further elaboration of the 'strict requirements' formulated by the CBB. The question of what role the obligation of transparency might play in the allocation of limited public decisions in Dutch administrative law is discussed in particular in paragraphs 1.5 and 1.6 of these concluding observations.

### 1.3 SUB-QUESTION 1

*The case law of the European Court of Justice on procurement law procedures reveals that the transparency requirements must be met. What do these requirements entail?*

The first sub-question is: what specific transparency requirements have been set by the European Court of Justice? This is answered, specifically, in the articles/chapters entitled 'On to a more transparent 2012; an overview of one

---

<sup>14</sup> CBB 28 April 2010, AB 2010/186, with commentary by C.J. Wolswinkel.

<sup>15</sup> *Inter alia*, CBB 5 December 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, with commentary by C.J. Wolswinkel.

year's case law on transparency'<sup>16</sup> (Chapters 3 and 4 of this book) and paragraph 3 of 'Is transparency sufficiently guaranteed in the allocation of limited public licences?'<sup>17</sup> (Chapter 9 of this book).

I will begin by setting out the transparency requirements under European Union law following from the case law of the European Court of Justice, before going on to discuss a number of judgments – in provisional relief proceedings – of the Dutch civil law courts regarding the obligation of transparency.

### 1.3.1 The obligation of transparency under European Union law following from the case law of the European Court of Justice

Three objectives, resulting from the obligation of transparency, can be derived from the case law of the European Court of Justice. An important point here is that, according to the European Court of Justice, the application of the principle of equal treatment and the resulting obligation of transparency does not constitute an objective in itself, but must be understood in the light of the objectives that it is intended to achieve.<sup>18</sup> The first objective of the obligation of transparency is to open up the market to competition.<sup>19</sup> The second objective is to guarantee that any risk of favouritism and arbitrariness by administrative authorities is precluded.<sup>20</sup> The third and final objective is to ensure that any interested party – or any potential applicant – can decide to submit an application on the basis of all the relevant information – also described as guaranteeing equality of opportunity.<sup>21</sup>

In addition, a number of specific requirements resulting from the obligation of transparency can also be derived from the case law of the European Court of Justice. This case law mainly relates to disputes over public contracts and concessions ('procurement law'). Although I will deal with the scope of the obligation of transparency in the following paragraph, I note here that there is common ground for applying these requirements – by analogy – to limited public decisions such as licences and subsidies. The reason for this is that there is still a dearth of case law from the European Court of Justice on limited public decisions, but in what case law there is, the European Court of Justice uses identical terminology in respect of the meaning of the obligation of transparency and it also refers to earlier case law on public contracts.<sup>22</sup>

---

16 Dutch title: *Op naar een transparant(er) 2012; een overzicht van één jaar transparantierechtspraak.*

17 Dutch title: *Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?*

18 EUCJ 10 October 2013, C-336/12.

19 Inter alia, EUCJ 7 December 2000, C-324/98.

20 Inter alia, EUCJ 29 April 2004, C-496/99.

21 Inter alia, EUCJ 16 February 2012, C-72/10 and C-77/10.

22 Inter alia, General Court (EGC) 15 April 2011, T-297/05, AB 2011/285, with commentary by A. Drahmman (on transparent award of subsidies), EUCJ 3 June 2010, C-203/8, AB 2011/17, with commentary by A. Buijze, JB 2010/181, with commentary by C.J. Wolswinkel and

On the basis of the available case law of the European Court of Justice I have sub-divided the obligation of transparency into the following nine transparency requirements.

First, every potential applicant must be guaranteed *a sufficient degree of advertising*: all potential applicants must – prior to submitting their application – be able to take note of the criteria that the application must meet as well as the relative importance of each of these criteria.<sup>23</sup> In the Commission Interpretive Communication on the Community law applicable to public contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives (the ‘Interpretive Communication’)<sup>24</sup> it is emphasised that a ‘selective approach’<sup>25</sup> as well as all forms of ‘passive publicity’<sup>26</sup> are contrary to this transparency requirement. The obligation of transparency is only met by the publication of a ‘sufficiently accessible advertisement’.<sup>27</sup>

Secondly, *all the conditions and detailed rules* of the allocation procedure must be *drawn up beforehand in a clear, precise and unequivocal manner*. This therefore defines the discretionary power of the administrative authority. The administrative authority must be able to ascertain – based on the information and evid-

---

NJ 2010/491, with commentary by M.R. Mok and EUCJ 14 November 2013, C-221/12, NJ 2014/96, with commentary by M.R. Mok, TA 2014/6, with commentary by A. Drahmman and JAAN 2014/3, with commentary by A. Drahmman (both on transparent granting of authorisations).

23 Inter alia, EUCJ 25 April 1996, C-87/94 and EUCJ 7 December 2000, C-324/98.

24 Commission Interpretive Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives (2006/C 179/02).

25 This limits the contracting entity itself to contacting a number of potential tenderers. This practice is not sufficient, even if the contracting entity does not limit itself to undertakings from its own country or attempts to reach all potential suppliers.

26 This is taken to mean that a contracting entity will reply to requests for information from applicants who found out by their own means about the intended contract award.

27 Administrative authorities may themselves decide on the most appropriate medium for advertising. As part of this, according to the European Commission, they should look at the relevance of the contract to the Internal Market, in particular in view of its subject-matter and value and of the customary practices in the relevant sector. The European Commission gives the following examples of adequate and commonly used means of publication: (i) Internet, (ii) National Official Journals, national journals specialising in public procurement announcements, newspapers with national or regional coverage or specialist publications, (iii) local means of publication (contracting entities may still use local means of publication such as local newspapers, municipal announcement journals or even notice boards. However, such means ensure only strictly local publication, which might be adequate in special cases, such as very small contracts for which there is only a local market), (iv) Official Journal of the European Union/TED (Tenders Electronic Daily) (Paragraph 2.1.3 of the Commission Interpretive Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives (2006/C 179/02)). The advertisement of a limited public decision-making procedure may therefore be limited to a short description of the essential details of the limited public right, the allocation procedure and the contact details of the contracting authority, in order for it to be possible to request the further information, such as supporting documents, from it.

ence provided by the applicants – whether the applications meet the set criteria.<sup>28</sup>

The third requirement is that *all reasonably informed applicants exercising ordinary care can understand the exact significance of the criteria* and interpret them in the same way.<sup>29</sup>

Fourthly, a *final date for receipt of applications* must be set. As a result, all applicants will have the same period after publication of the tender notice (the call to compete) within which to prepare their applications.<sup>30</sup> In the Interpretive Communication, the European Commission states that the time-limits must also be appropriate. Time-limits for submission of offers should be long enough to allow undertakings from other Member States to make a meaningful assessment and prepare their offer.

The fifth transparency requirement is that *an amendment to the initial application of only one applicant must not be taken into account* because that applicant would then enjoy an advantage over his competitors.<sup>31</sup> However, an administrative authority can ask an applicant to improve or add to the submitted details, provided the request relates to details which can be objectively shown to pre-date the submission deadline. If it was expressly laid down in the allocation rules that, unless such documents or information were provided, the application would be rejected, adding to the application is no longer possible because an administrative authority must strictly comply with the criteria which it has set itself beforehand. Furthermore, that request must not unduly favour or disadvantage the applicant or applicants to which it is addressed.<sup>32</sup>

The sixth transparency requirement is that the administrative authority must interpret the *criteria in the same way throughout the procedure*.<sup>33</sup>

The seventh requirement explains that *the criteria must be applied objectively and uniformly* to all applicants *when comparing the applications*.<sup>34</sup>

---

28 Inter alia, EUCJ 29 April 2004, C-496/99, EUCJ 16 February 2012, C-72/10 and C-77/10 and EUCJ 12 September 2013, C-660/11 and C-8/12.

29 Inter alia, EUCJ 18 October 2001, C-19/00 and EUCJ 29 April 2004, C-496/99.

30 Inter alia, EUCJ 25 April 1996, C-87/94.

31 Inter alia, EUCJ 25 April 1996, C-87/94.

32 EUCJ 10 October 2013, C-336/12. Cf. also EUCJ 29 March 2012, C-599/10, in which it was ruled that to enable the contracting authority to require a tenderer whose tender it regards as imprecise or as failing to meet the technical requirements of the tender specifications to provide clarification in that regard would be to run the risk of making the contracting authority appear to have negotiated with the tenderer on a confidential basis, in the event that the tenderer was finally successful, to the detriment of the other tenderers and in breach of the principle of equal treatment and the obligation of transparency. Furthermore, in such a situation the contracting authority is not obliged to contact the tenderer concerned, since the lack of clarity of their tender is attributable solely to their failure to exercise due diligence.

33 Inter alia, EUCJ 18 October 2001, C-19/00.

34 Inter alia, EUCJ 18 October 2001, C-19/00.

According to the eighth requirement, allocation procedures must *allow for [...] review of the impartiality [of procurement procedures]*. For this reason it is necessary for the limited public decision to be reasoned. The principle of equal treatment implies an obligation of transparency in order to enable verification that it has been complied with.<sup>35</sup>

The ninth and final transparency requirement is that, in principle, *substantial amendments to essential provisions of the limited public decision are not possible*. An amendment may be regarded as substantial if it introduces conditions which, if they had been part of the original award procedure, would have allowed for the acceptance of an offer other than that originally accepted. If the administrative authority has reason to change certain provisions, conditions or obligations after the decision has been made, it must expressly provide for the possibility of making such an alteration and its method of application in the legal regulation – or further rules based thereon – on which the allocation procedure is based.<sup>36</sup>

All nine of these obligations are characterised by the fact that they ensure a transparent allocation procedure by contributing to awareness of and objectivity in all parts of the procedure and thereby to the equal treatment of all potential applicants in that procedure.

### 1.3.2 The obligation of transparency as it follows from case law of the Dutch civil courts, mostly in provisional relief proceedings

The obligation of transparency is codified in the Dutch Public Procurement Act (*Aanbestedingswet*) 2012 and its predecessor, the Public Procurement Tendering Rules Decree (*Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten, Bao*). In recent years, the Dutch civil courts have delivered many judgments – in provisional relief proceedings – on the application of the obligation of transparency in procurement law disputes. A number of examples of such cases from the year 2012 will be given in this paragraph.<sup>37</sup> These judgments give a more detailed interpretation of the obligations drawn up by the European Court of Justice and their application in the Netherlands.

With regard to the sufficient degree of advertising it is important that if there is any inconsistency in the publication, which has possibly deterred

---

35 Inter alia, EUCJ 4 December 2003, C-448/01.

36 Inter alia, EUCJ 13 April 2010, C-91/08. Cf. also EUCJ 19 June 2008, C-454/06.

37 For the case law overview in Chapters 3 and 4 I ran searches on [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) and [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) for all judgments published between 1 January 2012 and 31 December 2012, containing the words '*transparantie*' or '*doorzichtigheid*' (transparency). For this summary of concluding observations I have chosen what, in my view, are the most illustrative judgments on the obligation of transparency.

interested parties from submitting a tender, the procurement procedure must be withdrawn.<sup>38</sup>

With regard to the clarity of the requirements set, it is first of all important that, for the interpretation of the requirements from the procurement documentation, the civil courts use what is known as the 'CLA standard'. This means that requirements are interpreted according to objective criteria within the context of all procurement documentation.<sup>39</sup> A requirement that can be met by only two parties means that access to the public contract will be too limited.<sup>40</sup> If something does not follow expressly from the procurement documents, it will need to be investigated whether it should nevertheless have been clear, to a reasonably informed tenderer exercising ordinary care, from the information that was set out in the procurement documents.<sup>41</sup> Experience, or the lack of it, on the part of the tenderers may not be taken into account.<sup>42</sup> Nor may any knowledge that the contracting authority may have about whether or not a tenderer meets certain requirements or any knowledge or experience it has from the past.<sup>43</sup> What may play a role is what is customary in the industry to which the contract award relates.<sup>44</sup>

In relation to the objectivity of the requirements set, the provisional relief judge of the District Court of Haarlem ruled that the assessment of a presentation or user review is by its nature subjective. However, these criteria may be proper criteria, provided they are sufficiently connected to the performance of the public contract. Here, whether or not the assessment is made by experts does have a bearing.<sup>45</sup>

Additionally, in procurement law the summary of additional information plays a major role. If it is argued in provisional relief proceedings that a requirement is contrary to the obligation of transparency, whether or not the tenderer has asked questions in the information procedure may also be relevant. If this is not the case, it may be held that this risk is to be borne by the tenderer.<sup>46</sup>

With respect to the possibility of amending the requirements at a later stage after they have been set, the provisional relief judge of the District Court of

---

38 District Court of Leeuwarden (Provisional relief) 5 July 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2163.

39 Inter alia, Court of Appeal of Leeuwarden 20 November 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635, Dutch Supreme Court 20 February 2004, NJ 2005/493 and Dutch Supreme Court 24 February 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889.

40 District Court of Arnhem (Provisional relief) 2 August 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX7020.

41 District Court of Dordrecht (Provisional relief) 18 October 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY0431.

42 District Court of The Hague (Provisional relief) 30 August 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.

43 District Court of The Hague (Provisional relief) 30 August 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.

44 District Court of Arnhem (Provisional relief) 3 February 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312.

45 District Court of Haarlem (Provisional relief) 6 March 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7715.

46 Inter alia, Court of Appeal of Den Bosch 17 January 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1472.

Alkmaar ruled that, in principle, it is not possible to make substantial amendments to the procurement documentation shortly before the time-limit for tendering expires. Any amendment must be advertised in good time to all potential tenderers, so that they can amend their tenders accordingly. Whether the document – for example the summary of additional information – has been downloaded by all interested parties, may be relevant.<sup>47</sup>

With regard to the review of the submitted tenders, it was ruled that introducing new award criteria or sub-criteria during the review, amending the award criteria or sub-criteria set out in the procurement documents or applying weighting factors that were not advertised beforehand was contrary to the obligation of transparency.<sup>48</sup> The interpretation and evaluation of specific differences between tenders does not automatically lead to the introduction of new award criteria. This is only the case if a tenderer did not need to expect a particular specific application of the award criteria and that specific application of the award criteria – if it had been known beforehand – would also have led to other bids.<sup>49</sup> The general assumption that when reviewing the tenders the contract authority considers the tenders in the form in which they were originally received when the time-limit for submission has expired is also discussed in case law. An exception to this is made for improving or adding to tenders if it is evident that a simple alteration is needed to make them more precise, or in order to rectify obvious substantive errors, provided that this amendment does not mean that, in reality, a new tender is being submitted. Similarly, in the event of a request from a contracting authority for any such further explanation, all tenderers must be treated equally.<sup>50</sup> The possibility of asking a tenderer for additional information may also be obligatory under certain circumstances, for example if there is some ambiguity in the procurement documentation.<sup>51</sup> Review committees are often used to review the tenders, but there is no obligation to involve external parties in the review process. The composition of a technical review committee does not need to be known in advance.<sup>52</sup>

With regard to the obligation to provide reasons for the award decision it was held that, in principle, later additions to the relevant reasons for the

---

47 District Court of Alkmaar (Provisional relief) 23 August 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BY1651.

48 District Court of Rotterdam (Provisional relief) 10 May 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760.

49 District Court of Amsterdam (Provisional relief) 7 June 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7787 and District Court of Amsterdam (Provisional relief) 21 February 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8489.

50 Court of Appeal of Arnhem 7 August 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4609. Cf. District Court of The Hague (Provisional relief) 13 September 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7357 and District Court of Arnhem (Provisional relief) 24 January 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV3641.

51 District Court of Utrecht (Provisional relief) 7 September 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6236.

52 District Court of Utrecht (Provisional relief) 1 August 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3372 and District Court of Amsterdam (Provisional relief) 18 August 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6264.

decision are not possible. Further explanation is possible, but putting forward new reasons is not.<sup>53</sup> There is no obligation to make information available that might harm the commercial interests of the tenderers.<sup>54</sup>

In civil proceedings, like administrative law, the discretion of administrative authorities to set their own policy, as well as the ensuing restrained review by the courts, are addressed. Contracting authorities have a large degree of freedom when choosing award criteria, setting up a procurement procedure, defining the review system, and reviewing these criteria. The provisional relief judge is restrained in his review: except in the case of gross negligence and other evident mistakes it is not up to the provisional relief judge to interfere with the review of the tenders conducted by the contracting authority's review team. In this restrained review it is relevant whether a contracting authority has sufficiently safeguarded the review process in terms of objectivity and due diligence, for example by using a review committee, which may be external and/or made up of experts. This restraint is inappropriate if the procurement documents have to be interpreted. An assessment is needed on whether the requirements were drawn up in a clear, precise and unequivocal manner. If parties do not invoke the obligation of transparency – explicitly or otherwise – it is not *ultra petita* if the provisional relief judge adds to the legal grounds.<sup>55</sup>

According to the European Court of Justice, in principle, substantial amendments to essential provisions of public contracts, once awarded, are not possible.<sup>56</sup> The case law of the Dutch civil courts reveals that an amendment is substantial if: (1) a contracting authority introduces conditions which, had they been part of the initial award procedure, would have allowed for (a) the admission of tenderers other than those initially admitted, or (b) would have allowed for the acceptance of a tender other than the one initially accepted, (2) a contracting authority extends the scope of the public contract considerably to encompass services not initially covered, or (3) a contracting authority changes the economic balance of the contract in favour of the contractor in a manner which was not provided for in the terms of the initial contract. In

---

53 Dutch Supreme Court 7 December 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, *TBR* 2013/33, with commentary by B.J.H. Blaisse-Verkooyen.

54 District Court of Almelo (Provisional relief) 4 June 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW7664 and ECLI:NL:RBALM:2012:BW7541.

55 District Court of Amsterdam (Provisional relief) 7 June 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7787, District Court of The Hague (Provisional relief) 16 October 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5239, Court of Appeal of Arnhem 30 October 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY2248.

56 *Inter alia*, EUCJ 13 April 2010, C-91/08 (Wall). Cf. also EUCJ 19 June 2008, C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur).

this way, an alternative method of execution, even if it complies with the specifications, may constitute a substantial amendment.<sup>57</sup>

Finally, it is interesting to look at what consequence the civil courts attach to a breach of the obligation of transparency. First of all, it is possible that a demand for a renewed tender will be granted.<sup>58</sup> Instead of a renewed tender, sometimes a re-appraisal of the submitted tenders will suffice.<sup>59</sup> An order to award the public contract can also be issued, but this is only possible if it is clear to whom the public contract should be awarded, and for that reason, it is a rare occurrence.<sup>60</sup> Substitute damages are also a possibility.<sup>61</sup>

### 1.3.3 Conclusion

Based on the information above, the question of what the transparency requirements, as introduced by the European Court of Justice, entail can be answered as follows.

Two important basic principles are (i) that transparency requirements guarantee the preclusion of any risk of favouritism and arbitrariness by administrative authorities, and (ii) that transparency requirements must ensure that any potential applicant can decide to submit an application on the basis of all the relevant information. Compliance with these basic tenets is possible through various forms of advertising. These transparency requirements apply before, during and after the allocation procedure.

---

57 Inter alia, District Court of Amsterdam (Provisional relief) 21 September 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050, District Court of Amsterdam (Provisional relief) 1 June 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3758 and District Court of The Hague 3 October 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155.

58 If this demand is granted, then the contracting authority will have to completely reorganise the procurement procedure. District Court of Rotterdam (Provisional relief) 10 May 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760, District Court of The Hague (Provisional relief) 24 January 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1636 and ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1638, District Court of Haarlem (Provisional relief) 14 June 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX0160, District Court of Maastricht (Provisional relief) 27 February 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV7037 and District Court of Zutphen (Provisional relief) 1 March 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5058.

59 Inter alia, District Court of The Hague (Provisional relief) 17 February 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8342.

60 With an order like this the contracting authority must award the contract to – and conclude the accompanying agreement with – one particular party – the claimant, not the party to whom the preliminary award was given. Inter alia, District Court of Leeuwarden (Provisional relief) 3 October 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015, District Court of The Hague (Provisional relief) 25 July 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3356, District Court of The Hague (Provisional relief) 13 November 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5065, District Court of Arnhem (Provisional relief) 3 February 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312 and Court of Appeal of Arnhem 9 October 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806.

61 District Court of Amsterdam (Provisional relief) 29 May 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1677 and District Court of Utrecht 14 November 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5823.

Prior to the allocation procedure all the conditions and detailed rules thereof must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner. All reasonably informed applicants exercising ordinary care must be able to understand the exact significance of the criteria set and interpret them in the same way. A final date for receipt of applications must be set, so that all applicants will have the same period within which to prepare their application.

During the allocation procedure the administrative authority must be in a position to ascertain whether the applications meet the criteria that were set in advance. An amendment to the initial application of only one applicant may not be taken into account. The administrative authority must interpret the criteria in the same way throughout the entire procedure. When reviewing the applications, the criteria must be applied to all applicants in an objective and uniform manner.

Finally, after the allocation procedure it must be possible to review the procedure for impartiality by means of reasons given for the decision. Substantial amendments to essential provisions of the limited public decision are not possible in principle.

If the obligation of transparency is complied with, all applicants and potential applicants will have the same opportunities to be considered for the limited public right, so that the relevant market is opened up to competition and the intended objective of the obligation of transparency is achieved.

#### 1.4 SUB-QUESTION 2

*What is the scope of the obligation of transparency introduced by the European Court of Justice?*

This sub-question is answered, specifically, in the articles/chapters entitled 'Transparency and competition in Dutch administrative law: from contracts, via concessions, to licences'<sup>62</sup> (Chapter 5 of this book), 'Extending the scope of the principle of transparency: from concessions to licences?'<sup>63</sup> (Chapter 6 of this book) and 'Is the strict differentiation between subsidy and contract awards still tenable?'<sup>64</sup> (Chapter 7 of this book). The article/chapter entitled 'The importance of the principle of transparency for environmental law'<sup>65</sup> (Chapter 10 of this book) looks at the extent to which the obligation of transparency might be applied in environmental law. In this paragraph I will set out the most significant findings from these chapters. I will then consider

---

62 Dutch title: *Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen.*

63 Dutch title: *Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?*

64 Dutch title: *Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?*

65 Dutch title: *De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht.*

several recent developments, such as new Directives being adopted by the European Parliament. These developments have not been discussed in the aforementioned chapters.

First, I will briefly outline the scope of the obligation of transparency under European Union law. I will then go on to discuss two grey areas in the determining of the scope of the obligation of transparency, notably the difference between a concession and a licence and the difference between a subsidy and a contract. Finally, I will deal with the question of how the scope of the obligation of transparency might – and possibly should – be extended.

#### 1.4.1 Scope of the obligation of transparency under European Union law

The procurement law obligation of transparency under European Union law must be observed, according to case law of the European Court of Justice (i) when awarding a contract that falls within the scope of application of Directive 2004/18/EC, (ii) when awarding a services concession, (iii) for IIB services, (iv) when awarding a contract the value of which does not exceed the threshold values in Directive 2004/18/EC, (v) when granting a licence to one or more operators ‘because the effects of such a licence on undertakings established in other Member States and potentially interested in that activity are the same as those of a service concession contract’, and (vi) for European subsidies.<sup>66</sup> These six categories will be explained briefly below. I will then deal, with the following in order: Directive 2004/18/EC and the principle of non-discrimination (A), the Dutch Public Procurement Act 2012 (B), the new Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU (C), Directive 2006/123/EC (D), the granting of licences (E), European subsidies (F), the difference between works, supplies and services (G), the Charter of fundamental rights of the European Union (H), the European Administrative Procedure Act (I), and the scope of application of European Union law (J).

##### A) *Directive 2004/18/EC and the principle of non-discrimination*

Pursuant to Article 2 of Directive 2004/18/EC,<sup>67</sup> contracting authorities shall treat economic operators equally and non-discriminatorily and shall act in

---

<sup>66</sup> For the sake of completeness I am referring in this regard to ‘private tender’. In a private tender a private party voluntarily decides to organise a ‘tender’. In doing so, this party can also decide to observe the principle of transparency (inter alia, Dutch Supreme Court 3 May 2013, *TBR* 2013/118, with commentary by B.J.H. Blaisse-Verkooyen).

<sup>67</sup> Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

a transparent way.<sup>68</sup> The Directive applies to public contracts for works, supplies and services above a certain threshold value. It is beyond doubt that since the implementation of the Directive in the Netherlands, this obligation of transparency must be observed when awarding a public contract.

The scope of application of the Directive is, in addition to the aforementioned threshold value, limited in certain aspects. First, the Directive does not apply to service concessions. Secondly, the Directive does not apply to some of the services referred to in the schedule to the Directive. However, the European Court of Justice has ruled that the obligation of transparency must also be observed here because the obligation of transparency results directly from the principle of non-discrimination embodied in the TFEU.<sup>69</sup> The obligation of transparency is therefore part of primary European Union law.<sup>70</sup>

B) *Dutch Public Procurement Act 2012*

In the Netherlands, Directive 2014/18/EC was initially implemented in the Public Procurement Tendering Rules Decree (*Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten, Bao*)<sup>71</sup> and since 1 April 2013 the Directive is implemented in the Dutch Public Procurement Act 2012.<sup>72</sup> The Public Procurement Act provides that for both European and national tenders a contracting authority must act in a transparent way.<sup>73</sup> So for contracts that fall within the scope of the Public Procurement Act 2012, it is beyond doubt that the obligation of transparency must be observed.

---

68 Also relevant here is Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.

69 Articles 49 and 56 TFEU, formerly Articles 43 and 49 EC Treaty. For concessions, the European Court of Justice ruled on this in inter alia, EUCJ 7 December 2000, C-324/98, *NJ* 2001/387 (Telaustia) and EUCJ 21 July 2005, C-231/03 (Coname); for IIB services in inter alia, EUCJ 13 November 2007, C-507/03, *NJ* 2008/101, with commentary by M.R. Mok (An Post) and EUCJ 18 November 2010, C-226/09 (Commission v Ireland) and for contracts that do not exceed the threshold values in inter alia, EUCJ 21 February 2008, C-412/04, *BR* 2008/111, with commentary by P.H.L.M. Kuypers (Commission v Italy), EUCJ 18 December 2007, C-220/06, *NJ* 2008/281 (Correos).

70 On this matter, the European Commission has adopted an Interpretive Communication (the Interpretive Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 2006/C179/02).

71 Dutch Bulletin of Acts and Decrees (*Stb.*) 2005, 408.

72 Dutch Bulletin of Acts and Decrees (*Stb.*) 2012, 542.

73 Sections 1.9 and 1.12 of the Dutch Public Procurement Act 2012. The provision for 'national tenders' applies to contracting authorities to which the section on European tenders (pursuant to section 1.7) does not apply and which have advertised of their own volition.

C) *New directives: Directive 2014/23/EU and Directive 2014/24/EU*

On 28 March 2014 new directives were published in the Official Journal of the European Union. Alongside a new directive for public contracts, a directive for concessions was also adopted.<sup>74</sup> The Netherlands will have to implement these directives by 18 April 2016.

Directive 2014/24/EU relates to public procurement.<sup>75</sup> Article 18 defines the principles of procurement. The first paragraph provides that contracting authorities shall treat economic operators equally and without discrimination and shall act in a transparent and proportionate manner. Directive 2014/23/EU relates to the award of concession contracts.<sup>76</sup> The obligation of transparency is embodied in Article 3 of the Directive.

The new directives are not expected to have any consequences for the scope and meaning of the obligation of transparency. After all, in both the current and the new directives for the award of public contracts the obligation of transparency has been codified. For the granting of service concessions the unwritten obligation of transparency introduced by the European Court of Justice will be codified in the Concession Directive.

D) *Directive 2006/123/EC*

The objective of Directive 2006/123/EC, better known as the Services Directive, is to facilitate the free movement of services.<sup>77</sup>

The Services Directive contains obligations for 'authorisation schemes'.<sup>78</sup> The number of authorisations available within the meaning of the Services Directive may be limited (scarce), but that is not a prerequisite. For the scope of the obligation of transparency Articles 10 and 12 are relevant. Article 10 of the Services Directive provides that authorisation schemes must be based on criteria which preclude the competent authorities from exercising their power of assessment in an arbitrary manner. These criteria must be, inter alia, 'transparent and accessible'. Article 12 of the Services Directive provides that, if the number of authorisations available for a given activity is limited because

74 Also adopted was Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC.

75 Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC (L 94/65).

76 Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts (L 94/1).

77 See for more details on the Dutch Services Act: Wolswinkel, SEW 2009/120, Wolswinkel, REALaw 2009, pp. 61-104 and Buijze 2013, pp. 199-200 and 207-208.

78 An 'authorisation scheme' means 'any procedure under which a provider or recipient is in effect required to take steps in order to obtain from a competent authority a formal decision, or an implied decision, concerning access to a service activity or the exercise thereof' (Article 4 of the Services Directive).

of the scarcity of available natural resources or technical capacity, a selection procedure must be adopted. That means that administrative authorities must 'apply a selection procedure to potential candidates which provides full guarantees of impartiality and transparency, including, in particular, adequate publicity about the launch, conduct and completion of the procedure.'

However, the Directive does have limited scope. First, the Directive only applies to the provision of services.<sup>79</sup> The Services Directive does not relate to the free movement of goods. In a ruling on a zoning plan for the supermarket retail trade the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State (hereinafter: 'Council of State') held that the economic activities exercised did not constitute services within the meaning of the Services Directive because the freedom to provide services in this case was subordinate to the free movement of goods.<sup>80</sup> Secondly, the obligation to apply a transparent selection procedure pursuant to this Directive was limited to the scarcity of natural resources or technical capacity.<sup>81</sup> Artificial limited authorisation schemes introduced for policy reasons do not, therefore, fall under this provision. Finally, it is relevant that the Directive applies only to requirements which affect the access to, or the exercise of, a service activity. The consequence of this is that the Directive does not apply to rules concerning town and country planning.<sup>82</sup> According to settled case law of the Council of State the Services Directive therefore does not apply to zoning plans.<sup>83</sup>

In my opinion, if the Services Directive does not apply, this does not necessarily mean that the obligation of transparency cannot be relevant to the granting of authorisations. In that case, as was the case in the *Betfair* judgment for example, the obligation of transparency can result directly from the TFEU.

#### E) *Granting of authorisations*

Granting of permits, licences and other authorisations does not fall within the scope of Directive 2004/18/EC – and often not under Directive 2006/123/EC

---

79 A 'service' in the Services Directive is defined as 'any self-employed economic activity, normally provided for remuneration, as referred to in Article 50 of the Treaty' (Article 4, preamble and (1), of Directive 2006/123/EC). Article 50 of the EC Treaty is now Article 57 TFEU. The article provides that 'Services shall be considered to be 'services' within the meaning of the Treaties where they are normally provided for remuneration, in so far as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement for goods, capital and persons. 'Services' shall in particular include: a) activities of an industrial character, b) activities of a commercial character, c) activities of craftsmen, d) activities of the professions.'

80 *Inter alia*, Council of State 25 June 2014, *TBR* 2014/133, with commentary by J.C. van Oosten and I.L. Haverkate.

81 Article 12 of the Services Directive.

82 Recital 9 of the Services Directive.

83 *Inter alia*, Council of State 19 January 2011, *AB* 2011/86, with commentary by A.G.A. Nijmeijer, Council of State 2 May 2012, *AB* 2012/153, with commentary by A.G.A. Nijmeijer.

either, but the case law of the European Court of Justice reveals that with some authorisation schemes the fundamental rules of the TFEU, which include the obligation of transparency, must be observed. This relates to granting a licence to one, or a few, operators 'because the effects of such a licence on undertakings established in other Member States and potentially interested in that activity are the same as those of a service concession contract'.<sup>84</sup>

F) *European subsidies*

The award of subsidies does not fall within the scope of Directive 2004/18/EC either, but that does not mean that the obligation of transparency does not need to be observed. In the award of European subsidies to which Council Regulation (EC, Euratom) No 966/2012<sup>85</sup> – the successor to the Financial Regulation<sup>86</sup> – applies, the award of subsidies shall be subject to the obligation of transparency and the principle of equal treatment.<sup>87</sup>

The General Court of the European Union had to give a ruling on a procedure to which this Financial Regulation did not apply, but an earlier version in which these principles had not yet been explicitly mentioned did. The Court considered that, in the light of the fundamental nature of the obligation of transparency and the principle of equal treatment, they applied *mutatis mutandis* to the procedure for awarding subsidies from the Community budget.<sup>88</sup>

---

84 EUCJ 3 June 2010, C-203/8, AB 2011/17, with commentary by A. Buijze, JB 2010/181, with commentary by C.J. Wolswinkel and NJ 2010/491, with commentary by M.R. Mok (Betfair).

85 Article 125 of Council Regulation (EC, Euratom) No 966/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on the financial rules applicable to the general budget of the Union and repealing Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/2002.

86 Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/2002.

87 On the subject of the obligation of transparency in EU subsidy law see: Van den Brink 2012, pp. 172-179 and 354-363.

88 The General Court subsequently described the obligation of transparency for awarding subsidies in a manner almost identical to the European Court of Justice in procurement law procedures: 'With regard to budgetary matters, the obligation of transparency, which is the corollary of the principle of equal treatment, is essentially intended to preclude any risk of favouritism or arbitrariness on the part of the budgetary authority. It implies that all the conditions and detailed rules of the award procedure must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner, inter alia, in the call for proposals. Accordingly, all the information relevant for the purpose of a sound understanding of the call for proposals must be made available as soon as possible to all the operators who may be interested in a procedure for awarding subsidies in order, first, to enable all reasonably well-informed and normally diligent applicants to understand their precise scope and to interpret them in the same manner and, secondly, to enable the budgetary authority actually to verify whether the proposed projects meet the selection and award criteria previously announced' (EGC 15 April 2011, T-297/05, AB 2011/285, with commentary by A. Drahmman).

G) *Works, supplies and services: Directive 2004/18/EC and Directive 2006/123/EC*

In the Procurement Directive (Directive 2004/18/EC) and Services Directive (Directive 2006/123/EC) a distinction is made between works, supplies and services – or a limited number thereof. The Procurement Directive does not apply to service concessions. Added to this, the Directive contains different threshold values for works, supplies and services. To answer the question of whether a procurement procedure that meets the requirements of this Directive must be followed, the distinction between work, supply and service is therefore relevant. The Services Directive also relates to the provision of services, but only within the scope of application of the Directive.<sup>89</sup> If the Procurement Directive and Services Directive do not apply, the obligation of transparency cannot be based on these Directives. In that case one must fall back on the principle of non-discrimination as enshrined in the TFEU.<sup>90</sup>

This can be shown in a table, as follows:

	Work <sup>a</sup>	Supply <sup>b</sup>	Service <sup>c</sup>
Public contract	Article 2 Directive 2004/18/EC with additional operation of TFEU	Article 2 Directive 2004/18/EC with additional operation of TFEU	Article 2 Directive 2004/18/EC with additional operation of TFEU
Concession	Article 2 Directive 2004/18/EC with additional operation of TFEU	Article 2 Directive 2004/18/EC with additional operation of TFEU	TFEU
Authorisation	TFEU	TFEU	Articles 10 and 12 of the Services Directive with additional operation of TFEU
EU subsidy	Council Regulation No 966/2012 with additional operation of TFEU	Council Regulation No 966/2012 with additional operation of TFEU	Council Regulation No 966/2012 with additional operation of TFEU

- a A 'work' means the outcome of building or civil engineering works taken as a whole which is sufficient of itself to fulfil an economic or technical function.' (Article 1(2)(b) of Directive 2004/18/EC).
- b A 'supply' contract has as its object the purchase, lease, rental or hire purchase, with or without option to buy, of products Article 1(2)(c) of Directive 2004/18/EC).

<sup>89</sup> Article 2 of Directive 2006/123/EC.

<sup>90</sup> Article 49 and 56 TFEU, formerly Articles 43 and 49 EC Treaty.

- c 'Public service contracts' are public contracts other than public works or supply contracts having as their object the provision of services referred to in Annex II of Directive 2004/18/EC (Article 1(2)(b)-(d) of Directive 2004/18/EC). In addition a 'service' in the Services Directive is defined as 'any self-employed economic activity, normally provided for remuneration, as referred to in Article 50 of the Treaty' (Article 4, preamble and under (1), of Directive 2006/123/EC). Article 50 of the EC Treaty is now Article 57 TFEU. That article provides that 'Services shall be considered to be 'services' within the meaning of the Treaties where they are normally provided for remuneration, in so far as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement for goods, capital and persons. 'Services' shall in particular include: a) activities of an industrial character, b) activities of a commercial character, c) activities of craftsmen, d) activities of the professions.'

#### H) *Charter of fundamental rights of the European Union*

The obligation of transparency – as the main issue in this research – is not enshrined in the Charter, or at least not explicitly.<sup>91</sup> What is enshrined, in Article 21, is the principle of non-discrimination. Pursuant to paragraph 2 of this Article, within the scope of application of the Treaties and without prejudice to the special provisions of those Treaties, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited. This is in line with the settled case law of the European Court of Justice, that the obligation of transparency results directly from the principle of non-discrimination as enshrined in the TFEU.<sup>92</sup>

#### I) *Towards an European Administrative Procedure Act?*

From 2009-2014 the Research Network on EU Administrative Law, ReNEUAL worked on 'ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure'. These Model Rules aim to strengthen the general principles of European Union law and to formulate best practices. A 'Competitive award procedure' is set out in Book IV (Contracts), Chapter 2, paragraph 3. This paragraph includes, inter alia, an obligation of 'prior advertising'. Section IV-16 (Equal treatment) contains a general obligation to guarantee transparency and equal treatment during the procedure. Book III is concerned with 'Single Case Decision-Making', in other words: awarding decisions. In Chapter 2 (Article II-6.4) the 'Competitive award procedure' will be applied *mutatis mutandis* to award procedures where the number of applications that can be granted is limited. The Model Rules have no legal status. On 15 January 2013 the European Parliament adopted a resolution in which the Commission asked for a proposal to be submitted for a Regulation on a Law of Administrative Procedure of

91 If another, broader meaning of the obligation of transparency is used, then the right of access to documents (Article 42) and the right to good administration (Article 41) are relevant.

92 Inter alia, EUCJ 13 April 2010, C-91/08, NJ 2010/367 (Wall AG v Stadt Frankfurt am Main).

the European Union.<sup>93</sup> The question is, whether a section of the Model Rules will also be incorporated into this Law of Administrative Procedure of the European Union. Van Ommeren and Wolswinkel call the Model Rules a source of inspiration for Dutch administrative law, referring to, inter alia, the rule for the allocation of limited public rights that therefore applies, irrespective of whether the allocation procedure results in a contract or a decision. They expect the Model Rules to have a spin-off effect on the laws of the Member States because in future it will no longer be easy to justify why EU authorities should be bound by substantially different regulations than national authorities.<sup>94</sup> I think such a spin-off effect would be a good development.

J) *The scope of application of EU law: purely internal situations*

That the scope of the obligation of transparency is not limited to the scope of application of Directive 2004/18/EC is due to the fact that the European Court of Justice has ruled that the obligation of transparency results directly from the principle of non-discrimination as enshrined in the TFEU.<sup>95</sup> The obligation of transparency is therefore part of primary EU law.<sup>96</sup> The scope of the obligation of transparency under EU law is limited to the scope of application of EU law. The Treaty provisions on the freedom to provide services do not apply in 'purely internal situations'.<sup>97</sup> The question of when a situation is purely internal must not be answered too restrictively.<sup>98</sup> With regard to the obligation of transparency under EU law the European Court of Justice has furthermore ruled that there is a requirement to comply with 'the fundamental rules of the TFEU, the principles of non-discrimination on grounds of nationality and equal treatment, and also the obligation of transparency thereunder' where there is a contract or concession with a 'certain cross-border interest'. This certain cross-border interest 'may result, inter alia, from the financial value of the planned agreement, from the location where it is to be performed [...] or from its technical characteristics'. Furthermore, it is not necessary that an economic operator has actually manifested its interest to establish a certain cross-border interest. After all, if there is a lack of transparency economic operators established in other Member States do not have

---

93 European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INI)).

94 Van Ommeren and Wolswinkel, *NTB* 2014/23. See also, on the ReNEUAL Model Rules, Addink, *NTB* 2014/24.

95 Articles 49 and 56 TFEU, formerly Articles 43 and 49 EC Treaty.

96 The European Commission has laid down an Interpretive Communication on this (Interpretive Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 2006/C179/02).

97 See e.g. Council of State 23 November 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444.

98 See also on this matter the Opinion of Advocate General Bot of 17 December 2009 on the *Betfair* judgment (C-203/08). Cf. also EUCJ 19 July 2012, C-470/11, *AB* 2012/324, with commentary by A. Drahmman.

a genuine opportunity to manifest their interest in obtaining that concession. Once it has been established that there is certain cross-border interest administrative authorities must comply with the obligation of transparency, even when a potential tenderer is established in the same Member State as those authorities.<sup>99</sup> The European Court of Justice therefore deems whether there is any potential barrier to trade to be relevant, while the Dutch courts appear to take the actual correlations in the procedure into account.<sup>100</sup>

K) *Grey area?*

Based on the foregoing one could conclude that the scope of the obligation of transparency has been reasonably well established. But – as is often the case in law – there are grey areas. First, there is a grey area between a licence and a service concession contract. Secondly, there is a grey area between a subsidy and a contract. In paragraphs 1.4.2 and 1.4.3 below, I will deal with the difference between these legal concepts.

1.4.2 Grey area 1: the licence and the concession

With a concession the consideration for the works to be carried out consists in a right. Where there is a limited public decision, a right is also granted. For example, the prohibition on offering games of chance can be circumvented by granting one or a few operators an exploitation right.

It follows from the *Betfair* judgment that the obligation of transparency when granting licences must be observed if licences are granted to one or a few economic operators, where 'the effects of such a licence on undertakings established in other Member States and potentially interested in that activity are the same as those of a service concession contract'.<sup>101</sup>

It appears from this judgment that the European Court of Justice does not look at the form of the public intervention – contract, concession or licence – but at the effect thereof on the freedom to provide services. The moment that economic operators from various Member States are not given a genuine

---

99 EUCJ 14 November 2013, C-221/12, *TA* 2014/6, with commentary by A. Drahm and *NJ* 2014/96, with commentary by M.R. Mok. On the same day the European Court of Justice also ruled that the fact that a concession is not capable of generating substantial net revenue does not, in itself, support the inference that the concession is of no economic interest for undertakings located in Member States other than that of the contracting authority because an undertaking may take the tactical decision to seek the award in that State of a concession – albeit loss-making – since that opportunity could nevertheless enable the undertaking to establish itself on the market of that State and to make itself known there with a view to preparing its future expansion.' (EUCJ 14 November 2013, C-388/12).

100 Steyger, *SEW* 2014/24.

101 EUCJ 3 June 2010, C-203/08, *JB* 2010/171, with commentary by C.J. Wolswinkel (*Betfair*) and EUCJ 9 September 2010, C-64/08, *NJ* 2010/661 (Engelmann).

opportunity to manifest their interest, the obligation of transparency is breached. This applies to both the granting of a sole – or exclusive – right<sup>102</sup> and to special rights.<sup>103</sup>

The obligation of transparency must therefore be observed where a ‘licence’ has the same effect as a ‘service concession contract’. It is therefore interesting to look at the similarities and differences between a licence and a concession.

The definition of a public works concession in Directive 2004/18/EC specifies that a concession is a contract

‘of the same type as a public works contract except for the fact that the consideration for the works to be carried out consists either solely in the right to exploit the work or in this right together with payment.’<sup>104</sup>

The Concession Directive<sup>105</sup> adopted in 2014 defines a ‘services concession’ as

‘a contract for pecuniary interest concluded in writing by means of which one or more contracting authorities or contracting entities entrust the provision and the management of services other than the execution of works referred to in point (a) to one or more economic operators, the consideration of which consists either solely in the right to exploit the services that are the subject of the contract or in that right together with payment.’

---

102 Section 1.1. Public Procurement Act 2012 defines a sole or exclusive right as ‘a right granted to an undertaking by legal regulation or by decision of an administrative authority, where the right is reserved for that undertaking to exercise a service or activity within a specific geographical area’. Therefore, a sole or exclusive right creates a monopoly for the holder of that right.

103 Section 1.1. Public Procurement Act 2012 defines a special right as ‘special right: a right granted to a limited number of undertakings by legal regulation or by decision of an administrative authority and where, within a specific geographical area: (a) the number of these undertakings permitted to exercise a service or activity in a manner other than according to objective, proportional and non-discriminatory criteria is limited to two or more, (b) different competing undertakings permitted to exercise a service or activity in a manner other than according to these criteria are appointed, or (c) in a manner other than according to these criteria, one or more undertakings permitted to exercise a service or activity are favoured thus presenting a significant barrier to any other undertaking being able to exercise the same activities within the same geographical area under essentially the same circumstances’. A special right therefore creates an oligopoly for the holders of that right.

104 Article 1 of Directive 2004/18/EC. This Article was transposed in section 1.1 of the Dutch Public Procurement Act 2012.

105 Article 5(1)(b) of Directive 2014/23/EU.

A 'licence' or 'authorisation' is not defined in Directive 2004/18/EC.<sup>106</sup> A judgment of the European Court of Justice from November 2013 reveals that the difference between a concession and an authorisation lies in the obligation of execution. In this judgment the European Court of Justice, with reference to the *Betfair* and *Engelmann* judgments, notes:

'European Union law also imposes the same requirements on the concession-granting authority where the agreement at issue in the main proceedings did not oblige the tenderer to engage in the transferred activity, with the result that that agreement then confers authorisation to engage in an economic activity.'<sup>107</sup>

Recital (14) of Directive 2014/23/EU also reveals that a distinction should be made between concessions – within the meaning of the Directive – and authorisations or licences. The following is considered:

'In addition, certain Member State acts such as authorisations or licences, whereby the Member State or a public authority thereof establishes the conditions for the exercise of an economic activity, including a condition to carry out a given operation, granted, normally, on request of the economic operator and not on the initiative of the contracting authority or the contracting entity and where the economic operator remains free to withdraw from the provision of works or services, should not qualify as concessions. In the case of those Member State acts, the specific provisions of Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council [the Services Directive – AD] apply. In contrast to those Member State acts, concession contracts provide for mutually binding obligations where the execution of the works or services are subject to specific requirements defined by the contracting authority or the contracting entity, which are legally enforceable.'

This obligation of execution follows from the 'pecuniary interest' that a concession contract has. An 'ordinary' authorisation or licence has, in principle, no obligation of execution. Thus, a holder of an integrated environmental permit is not obliged to build. The administrative authority can often revoke an authorisation or licence if it is not being used and sometimes an authorisation or licence expires by operation of law if it is not used, or is not used promptly. The administrative authority cannot normally oblige a permit or

---

106 Article 4 of the Services Directive does, however, contain a description of an 'authorisation scheme'. This means 'any procedure under which a provider or recipient is in effect required to take steps in order to obtain from a competent authority a formal decision, or an implied decision, concerning access to a service activity or the exercise thereof'.

107 EUCJ 14 November 2013, C-221/12, *TA* 2014/6, with commentary by A. Drahmman and *NJ* 2014/96, with commentary by M.R. Mok. The European Court of Justice adds that such an authorisation is no different 'from a service concession in terms of the obligation to comply with the fundamental rules of the Treaty and the principles flowing therefrom, as the exercise of that activity is liable to be of potential interest to economic operators in other Member States'.

licence holder to use the permit or licence and perform the authorised activity. In terms of subsidy law, all that may happen is that the subsidy may be set at a lower level – down to nil – if the activity is not executed; in principle there is no obligation of execution.

When granting limited public decisions an obligation of execution is sometimes imposed because it is deemed undesirable for a limited public right to be awarded after a selection procedure to one or a few parties and subsequently for this right to not be used. In subsidy law it is possible to conclude an implementation agreement.<sup>108</sup> However, sometimes the obligation of execution is enshrined in a statutory regulation<sup>109</sup> or in a condition attached to the licence.<sup>110</sup> In my view, we are dealing with a ‘pecuniary interest’ if the execution of an authorised activity can be enforced by means of an administrative or other penalty, an order for periodic penalty payments, or an order for coercive administrative action. If the other elements of the definition of a concession are also met,<sup>111</sup> then a licence could, under certain circumstances, be considered to be a concession. As is evident from the Betfair judgment, this is not relevant to the scope of the obligation of transparency, but may well be relevant if the Concession Directive is transposed into Dutch law by 18 April 2016.

Finally, what stands out in this context is the fact that the Dutch Directives for Law-making (*Aanwijzingen voor de regelgeving*, the Ar Directives) do contain definitions of the terms licence (*vergunning*), dispensation (*vrijstelling*), exemption (*onthefing*) and recognition (*erkenning*), but not of the term concession (*concessie*). The Ar Directives state that the use of terms other than these four concepts must be avoided. From this, it appears that under certain circumstances a limited public licence with an obligation of execution can be considered a ‘concession’ within the meaning of Directive 2004/18/EC.

#### *Recommendation*

I would therefore like to make an argument for the concession decision to be added to the Ar Directives as a legal concept. This description must match the substantive concept of concession from Directive 2004/

---

108 Section 4:36(2) GALA.

109 E.g. Section 34 Dutch Passenger Transport Act 2000.

110 E.g. Article 4 of the State Lottery Order (*Beschikking Staatsloterij*) provides that the state lottery must be held at least ten times a year. The Regulation regarding the application and auction procedure for 800, 900 and 1800 MHz licences (Government Gazette (*Stcrt.*) 2012, 392, pp. 47-48) reveals that an ‘obligation to put into use’ is attached to the frequency licences.

111 In this context I would point out that it follows from the case law of the European Court of Justice that the term ‘contract’ should be interpreted substantially and broadly. Furthermore, it can be stated that in a limited public decision we are dealing with an ‘*acte négocié*’ (negotiated act). After all, it is difficult to imagine a limited public decision being awarded to an economic operator against its will.

18/EC and the future Concession Directive as closely as possible. It might read as follows:

‘a concession is a decision that has as its object the execution of works or services, the consideration of which consists in the right to exploit the works or services or in that right together with a price, and where the concessionaire is obliged to carry out the works or services’.

The obligation of transparency must also be complied with when granting limited public decisions that do not carry an obligation of execution. It will not always be easy, either for administrative authorities or potential applicants, to determine what type of licence scheme applies. This is a job for the legislature – central and decentralised – when a new licence scheme is created. For this the following two recommendations can be drawn up:

#### *Recommendation*

When introducing a limited public licence scheme, it is desirable that the explanatory notes state expressly that this is a licence scheme that facilitates the granting of an exclusive or special right and that an authorisation will only be awarded once a transparent procedure has been followed. Even if this is not the case, the administrative courts will – when ruling on disputes regarding limited public decisions – always have to ask themselves whether the licence scheme is, substantively, a concession scheme, or a licence scheme that has the same effects – because an exclusive or special right is being granted. In both cases – if there is a certain cross-border interest – the administrative authority must comply with Treaty principles such as the principle of equal treatment and the obligation of transparency and the administrative courts must assess these for compatibility.

#### *Recommendation*

When forming a licence scheme it is recommended that the following three questions be considered:

- 1) Is it necessary to limit the number of available rights by setting a ceiling?
- 2) Is there a certain cross-border interest?  
If the answer to these two questions is yes, then the obligation of transparency must be complied with. This obligation to organise a transparent allocation procedure can be termed ‘procurement light’. That means that there is no need for full procurement according to the rules of Directive 2004/18/EC – and from 18 April 2016 Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU – but that a transparent allocation procedure still needs to be followed.
- 3) Is it necessary to attach an obligation of execution to the decision – or will an authority to revoke suffice?

If an obligation of execution is attached to the decision, this may be a concession decision and, from 2016, the requirements of the Directive 2014/23/EU (the Concession Directive) must also be met.

#### 1.4.3 Grey area 2: the subsidy and the public contract

The case law of the European Court of Justice reveals that the obligation of transparency applies to the procedure for the award of subsidies from the European Union budget.<sup>112</sup>

In addition, the obligation of transparency under EU law must be complied with if a subsidy<sup>113</sup> could be classified as a public contract.<sup>114</sup> Often, it is obvious whether the provision of funding qualifies as a subsidy or as a public contract ('purchasing'), but there is also a grey area. Four substantive differences between a public contract and a subsidy can be discerned, namely (i) whether there is a pecuniary interest, (ii) who took the initiative: the contracting authority or the applicant, (iii) what the objective of the activity is: personal interest or public interest, and (iv) whether the activities are commercial: price in line with the market or partial reimbursement of the costs.<sup>115</sup>

For a public contract, just as for a concession, there needs to be a 'pecuniary interest' and an 'agreement or contract'. If an implementation agreement is also concluded along with a subsidy decision, there is a 'pecuniary interest' – i.e. the obligation of execution – and an 'agreement or contract' and therefore both elements are fulfilled. If the other three criteria are also met, then one might be dealing with the award of a contract where compliance with the obligation of transparency is required. Since both the subsidy and the public contract are substantive terms, the –administrative, or other, courts would not only have to convert a decision to enter into a contract into a subsidy decision,<sup>116</sup> but also vice versa, from a subsidy decision to a public contract where necessary.

The new Directive 2014/24/EU emphasises that the Union rules on public procurement are not intended to cover all forms of disbursement of public funds, but only those aimed at the acquisition of works, supplies or services

---

112 EGC 15 April 2011, T-297/05, AB 2011/285, with commentary by A. Drahmman.

113 A subsidy is a claim for funding from an administrative authority, provided for the purpose of specific activities of the applicant, other than as payment for goods or services provided to the administrative authority (section 4:21 GALA).

114 In Directive 2004/18/EC 'public contracts' are defined as contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more economic operators and one or more contracting authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services.

115 See the Dutch Parliamentary Documents II 1993/94, 23 700, no. 3, p. 33-34 and Ten Kate & Van den Ende, *Gst.* 2006/149, but also, for example, the Pianoo website ([www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl)) or Europa Decentraal ([www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl)).

116 See e.g. CBB 9 September 2008, AB 2008/340, with commentary by J.R. van Angeren.

for consideration by means of a public contract. It should be clarified that such acquisitions of works, supplies or services should be subject to this Directive whether they are implemented through purchase, leasing or other contractual forms. It is emphasised that

‘the mere financing, in particular through grants, of an activity, which is frequently linked to the obligation to reimburse the amounts received where they are not used for the purposes intended, does not usually fall within the scope of the public procurement rules. Similarly, situations where all operators fulfilling certain conditions are entitled to perform a given task, without any selectivity, such as customer choice and service voucher systems, should not be understood as being procurement but simple authorisation schemes (for instance licences for medicines or medical services).’

Finally, when comparing a subsidy to a contract and concession, it is relevant that if an operator or other party is precluded from receiving a subsidy – e.g. because the ceiling has been reached – this does not mean that this party may not exploit the same activity. In contrast to a concession, no exclusive right has been awarded. Obviously, this does not alter the fact that in practice it will often be difficult to carry out an activity without a subsidy, especially if a competitor has already received one. After all, a subsidy is normally awarded to provide an incentive for a certain activity that would not – or could not – be carried out without it.

On this basis, the following general recommendation can be drawn up:

#### *Recommendation*

When forming a subsidy scheme it is recommended that the following questions be considered:

- 1) Is a European subsidy scheme being implemented?  
If the answer to this question is yes, then the obligation of transparency must be complied with.
- 2) Does the ‘subsidy’ meet the definition of a ‘public contract’ and is there a certain cross-border interest?  
If the answer to this question is yes, then the obligation of transparency must be complied with.

#### 1.4.4 Possible extension of the scope of the obligation of transparency

The obligation of transparency under EU law has a broad scope because it is conferred directly by primary EU law. It therefore plays a role in all government actions that limit, in particular, the freedom to provide services by not giving economic operators from various Member States a genuine opportunity to compete. This can relate to contracts, concessions, licences or European

subsidies.<sup>117</sup> I share Buijze's view that the obligation of transparency will apply – where it does not already – to any allocation of limited public rights.<sup>118</sup> That means, first, extension of the principle to purely internal situations and, secondly, within purely internal situations, to all sub-divisions of administrative law, including environmental law.

A) *Purely internal situations*

The obligation of transparency under EU law does not apply in purely internal situations. The question is whether this is desirable. 'Voluntary' adoption of a principle of EU law is possible if a Member State deems this community principle a good complement, or in order to avoid two variations of the same principle having to be applied in the national legal system.<sup>119</sup> Having regard to the aim of the obligation of transparency, I believe that the obligation of transparency could be a complement to Dutch administrative law. Furthermore, there is the risk, otherwise, that a discrepancy in legal protection will arise between EU law disputes and national disputes. This risk will specifically affect subsidy provision, now that the European Court of Justice has ruled, where EU subsidy provision is concerned, that the award of subsidies must be undertaken with due regard for, in particular, the obligation of transparency and the principle of equal treatment.<sup>120</sup> One final advantage is that the application of the obligation of transparency in Dutch administrative law would no longer be governed by the formal preliminary questions of whether there was a contract under private law or a certain cross-border interest.

The question of whether application of the obligation of transparency in Dutch administrative law would also result in substantive changes to the law, will be dealt with when answering the following sub-question.

---

117 Szydło also considers the question of who is bound by the obligation of transparency, in particular to what extent private operators are bound by this obligation. He believes that the principle of non-discrimination does have an indirect horizontal effect, but that the obligation of transparency does not (Szydło, *ELR* 2009, pp. 720-737).

118 Buijze 2013, p. 287.

119 Widdershoven 2004, pp. 293-327, in particular pp. 307-308. If the obligation of transparency under EU law is made applicable by national law directly and unconditionally then interpretation, by the European Court of Justice, of this obligation in purely internal situations is warranted, in the Court's opinion (according to, *inter alia*, EU CJ 21 December 2011, C-482/10, *AB* 2012/254, with commentary by R.J.G.M. Widdershoven).

120 In this context the development of a 'European Law of Administrative Procedure' is also relevant because 'A European Law of Administrative Procedure could strengthen a spontaneous convergence of national administrative law' (European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INI)). See also: Meuwese, *RegelMaat* 2013, Issue 2, pp. 135-139).

B) *From licences and subsidies to other decisions: transparent environmental law*

In the context of limited public decisions, I have already dealt with licences, exemptions and subsidies in particular. If we look at environmental law, then what stands out is that there are other limited public decisions, where the aim is to allocate usable space or usable environmental space (*milieugebruiksruimte*) as efficiently as possible. To date, the obligation of transparency has played a role in the private law element of environmental law (area development). However, the competent authority can also largely regulate this use by means of public law decisions. For example, a municipal council can, by adopting a zoning plan, determine the desired or prohibited use – and the location thereof – in the context of appropriate land-use planning. The adoption of a zoning plan is not subject to classic procurement law. Nevertheless, a decision of this nature may result in only one operator acquiring development or exploitation opportunities to the detriment of others. I have already discussed above the settled case law of the Council of State from which it follows that the Services Directive does not apply to zoning plan regulations. Like Botman I do wonder, however, whether the Council of State is not attaching too much value to Recital 9 of the Preamble to the Services Directive.<sup>121</sup> The Services Directive builds on the freedom to provide services and freedom of establishment and must therefore be interpreted in conjunction with Articles 49 and 56 TFEU and the case law of the European Court of Justice on this subject. For example, the European Court of Justice has ruled that regulations in the area of land-use planning may constitute a restriction on the freedom of establishment.<sup>122</sup> Furthermore, it follows from the case law of the European Court of Justice that the obligation of transparency is conferred directly by EU law. The obligation of transparency appears to be a mandatory prior condition of the right of a Member State to award to an operator the exclusive right to carry on an economic activity, irrespective of the method of selecting that operator.<sup>123</sup> If, in environmental law, a decision is taken that grants an operator an exclusive right to the detriment of another operator, the obligation of transparency must be complied with. Most environmental law decisions, such as zoning plans, will not award such a right. However, in environmental law there is a perceptible and growing trend in the use of ceilings or the award of exclusive rights. I refer below to three environmental law concepts where the obligation of transparency could be applied and, in case of a certain cross-border interest, most likely should be applied:

---

121 Council of State 26 September 2012, *AB* 2013/63, with commentary by M.R. Botman.

122 EUCJ 24 March 2011, C-400/08, *BR* 2011/92, with commentary by G. Aarts.

123 EUCJ 3 June 2010, C-203/08, *AB* 2011/17, with commentary by A. Buijze, *JB* 2010/171, with commentary by C.J. Wolswinkel and *NJ* 2010/491, with commentary by M.R. Mok.

*Programmatic approach*<sup>124</sup>

The essence of the programmatic approach is that a package is adopted including, on the one hand, measures that create space for developments and, on the other, projects that need space. This gives rise to the idea of usable environmental space. This usable environmental space must be allocated. In my opinion, this allocation rule should comply with the obligation of transparency.

*Zoning plans with a one-in-one-out-rule*<sup>125</sup> or *zoning*<sup>126</sup>

On the grounds of the speciality rule the Council of State will assess a zoning plan purely on aspects relevant to land-use. Maximising the number of establishments in the zoning plan will, in principle, render the establishment of new establishments impossible, thus favouring a single operator over other operators. There is an argument for allocating these limited public rights, of establishment or use, transparently.

What stands out is that zoning plans are sometimes linked with decentralised single licence schemes (operating licences).<sup>127</sup> In such cases, it will be stipulated by a regulation or municipal bye-law that carrying out a particular activity without authorisation is prohibited and that only a limited number of licences – operating or otherwise – can be awarded. One of the grounds for refusal of a licence is that the activity is also in accordance with the zoning plan.

*Noise zoning*

The zone management plan of the Dutch Noise Abatement Act, and in future the Environment & Planning Act, could be used – provided it acquires clear legal status – for a transparent allocation of noise space.

In view of this, the two following recommendations can be drawn up:

*Recommendation*

In drafting the Environment & Planning Act it is recommended that attention be paid to the trend in environmental law, outlined above,

---

124 See the Dutch Government Memorandum on Environmental Law System Reform (*Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht*) dated 9 March 2012 (Parliamentary Documents II 2011/12, 33 118, no. 3). Examples of programmes with a programmatic approach are the National Air Quality Plan (*Nationale Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit*) (NSL) and the Programmatic Approach to Nitrogen (*Programmatie Aanpak Stikstof*) (PAS) in the Dutch Nature Conservation Act 1998.

125 Council of State 24 November 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4872 and Council of State 9 January 2013, BR 2013/63, with commentary by A. Drahmman.

126 Council of State 29 January 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, AB 2014/124, with commentary by A. Drahmman.

127 Cf. Council of State 9 January 2013, BR 2013/63, with commentary by A. Drahmman and Council of State 29 January 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, AB 2014/124, with commentary by A. Drahmman.

of setting ceilings or establishing exclusive rights. If a regulation for the wider use of the programmatic approach is included in the Environment & Planning Act, then it could be stipulated in the Act – or the underlying regulation – that the development space must be allocated transparently.

*Recommendation*

Operating licences that are closely linked to the zoning plan could be part of the integrated environmental permit. An allocation system could be introduced by statutory regulation – the Environment & Planning Act in conjunction with an environmental bye-law or regulation. This allocation system must be transparent, which means in particular that if operating space becomes available, this must be advertised and it must be clear who is eligible for the licence, and under what conditions. Should such integration still be considered a bridge too far, then it is recommended that the various limited public decisions be allowed to be effected in a coordinated manner, for example through simultaneous adoption of the zoning plan – or granting of the integrated environmental permit – and the operating licence.

C) *Interim conclusion*

From this information the following general recommendation can be drawn up:

*Recommendation*

Applying the obligation of transparency in purely internal situations is recommended. These include the granting of limited public licences and exemptions, subsidies and certain environmental law legal concepts.

#### 1.4.5 Conclusion

On the basis of the foregoing, the question as to what the scope of the obligation of transparency introduced by the European Court of Justice is, can be answered. The obligation of transparency under EU law must, as evidenced by the case law of the European Court of Justice, be complied with (i) when awarding a contract that falls within the scope of application of Directive 2004/18/EC, (ii) when awarding a services concession, (iii) for IIB services, (iv) when awarding a contract, the value of which does not exceed the threshold values in Directive 2004/18/EC, (v) when granting a licence to one or a few operators 'because the effects of such a licence on undertakings established in other

Member States and potentially interested in that activity are the same as those of a service concession contract', and (vi) for European subsidies.

In addition, in answering this sub-question I have drawn particular attention to the terms 'public contract' and 'concession'. The European Court of Justice itself rules on whether the definitions of these terms have been met, independent of the national definition of an agreement/contract or decision. However, for the purpose of applying the obligation of transparency this is irrelevant because with both public contracts and concessions the obligation of transparency must be complied with.

Finally, I have advocated applying the obligation of transparency in purely internal situations. These include the granting of limited public licences and exemptions, subsidies and certain environmental law legal concepts.

### 1.5 SUB-QUESTION 3

*To what extent are the transparency requirements already guaranteed in Dutch general administrative law?*

This third sub-question can be divided into two parts, namely the question of whether there are elements in GALA that correspond to, or rather are at odds with, the obligation of transparency and, alongside that, whether there are trends in the case law of the Dutch administrative courts that correspond to, or rather are at odds with, the obligation of transparency.

This sub-question is answered, in particular, in the article/chapter entitled 'Is transparency sufficiently guaranteed in the allocation of limited public licences?'<sup>128</sup> (Chapter 9 of this book).

In addition, for the purpose of answering this sub-question special attention is paid to a number of subdivisions of administrative law where limited public rights are awarded, by answering the following questions:

- To what extent are the transparency requirements complied with when awarding limited exemptions pursuant to the Opening Hours Act and the award of limited public licences and exemptions pursuant to General Municipal Bye-laws (APVs)? This question is answered, in particular, in the article/chapter 'Is transparency sufficiently guaranteed in the allocation of limited public licences?'<sup>129</sup> (Chapter 9) ;
- To what extent are transparency requirements complied with in the provision of subsidies? This question is answered, in particular, in the article/chapter 'Could subsidy law be more transparent?'<sup>130</sup> (Chapter 8); and
- To what extent should the transparency requirements be applied in environmental law – for the granting of authorisations and the adoption of

---

128 Dutch title: *Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?*

129 Dutch title: *Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?*

130 Dutch title: *Kan het subsidierecht transparanter?*

plans – and are these requirements already being applied substantively? This question is answered, in particular, in the article/chapter ‘The importance of the principle of transparency for environmental law’<sup>131</sup> (Chapter 10).

To answer this sub-question, two starting points are possible. First, it is possible to take the transparency requirements – listed in the first sub-question – as a starting point, before going on to apply national law, and the second option is to take national law as the starting point and to examine it for compatibility with the obligation of transparency. Determining which of these is the preferred option will depend on the perspective of the reader. For that reason, this sub-question will be answered both ways.

A point for consideration here is that the case law of the administrative courts often relates to a specific legal area in administrative law, for example, a subsidy, an events licence or an exemption for opening hours. Administrative authorities can decide to set a ceiling and thereby create a limit, but this is not mandatory. This research relates to limited public decisions. In these concluding observations generalisations are made regarding case law on, for example, a limited events licence or a limited subsidy, when answering the question of whether limited public decisions are assessed for compatibility with the requirements of transparency. It is possible that the administrative courts, when giving their ruling, did not envisage giving a general ruling on limited public decisions in a broader sense than the authorisation or subsidy scheme at issue. However, my starting point is that the obligation of transparency is a legal rule – or a part thereof – that must be taken into consideration in all limited public decision-making and, on that basis, generalisation should be possible.

I will start below by comparing the requirements listed when answering the first sub-question, with the case law of the administrative courts on limited public decisions and GALA. I will then go on to answer the question of whether – and if so, which – sections from GALA are at odds with the obligation of transparency. Finally, I will answer the question of whether one can highlight trends in the case law of the administrative courts that either correspond to, or rather are at odds with, the obligation of transparency, to show the extent to which the obligation of transparency is guaranteed in Dutch administrative law.

---

131 Dutch title: *De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht.*

### 1.5.1 From the obligation of transparency under EU law to national administrative law

When answering the first sub-question, in paragraph 1.3.1, nine transparency requirements were listed. These requirements will be compared below with GALA and the case law of the administrative courts.

#### A) *Every potential applicant must be guaranteed a sufficient degree of advertising*

This transparency requirement means, in particular, that all potential applicants – prior to submitting their application – must be able to take note of the criteria that the application must meet, as well as the relative importance of each of these criteria. This means that for a limited public decision-making procedure the following information, as a minimum, will have to be the subject of appropriate publication: the period within which applications can be submitted (start and end date); the criteria against which these applications will be evaluated (selection criteria); and how the decision-making will take place (rules of procedure).

If we look at GALA then two sections stand out, namely Division 3.6 GALA (publication and communication) and Title 4.2 GALA (subsidies).

In Division 3.6 GALA, section 3:42 provides that publication of such decisions must be made in the Government Gazette (*Staatscourant*) for central government, or, for decentralised authorities, in an official publication issued by the authorities or in a daily or weekly newspaper or free local paper or in any other suitable way. This provision ensures the general publication of decisions and is therefore, in principle, in accordance with this transparency requirement. The section is worded generally; it is not clear, from the section itself, what the content of the decisions should be. This means that the section must be fleshed out ‘transparently’ in the allocation of limited public decisions. Where necessary, this may be a task for the administrative courts.

In addition, the title on subsidies of GALA contains several provisions that are relevant to the adequate degree of publicity, notably section 4:23 GALA (legal basis), section 4:25 GALA (subsidy ceiling) and section 4:26 GALA (manner of allocation). With the aid of these provisions the sufficient degree of advertising in the allocation of limited subsidies is guaranteed. For example, when the subsidy ceiling is publicised the manner of allocation must also be stated. However, it is noteworthy that the provisions have been worded very generally. It will be up to the administrative courts to give further interpretation to these legal provisions.

So, the next question is how the administrative courts have fleshed out these sections from GALA to date. Case law on the general publication of limited public decisions – and the allocation thereof – shows that transparency is reasonably well guaranteed, but that one can identify five particular points for consideration.

First, it is important that the publication is a *general* publication. The case law of the CbB also reveals that selectively approaching a number of operators is not sufficient.<sup>132</sup> All applicants must be given the opportunity to compete for the limited public decision.<sup>133</sup> Awarding a limited public decision at the same time as withdrawing a previously awarded limited public decision is contrary to the requirement of transparency. The CbB also ruled that this creates a situation whereby third parties could not have been made aware of the fact that a licence had become available and the ceiling had no longer been reached.<sup>134</sup> This case law therefore sufficiently guarantees this transparency requirement (via sections 3:2 and 3:4 GALA). A point for consideration here, however, is that in its ruling the CbB appeared to consider that this was a situation in which only a limited circle of interested parties had been approached, whereas the administrative authority was aware that there were also other applicants. It follows from the case law of the European Court of Justice that it is not necessary for the administrative authority to have this knowledge. Under the transparency requirement an adequate degree of publicity that reaches all potential applicants – i.e. not only those that are known – is always necessary.

Secondly, on the basis of this transparency requirement, the way in which this allocation will take place (the allocation procedure) must be adopted and publicised beforehand. For the award of subsidies this is codified in section 4:26 GALA. A point of consideration here is that the CbB, in the context of granting exemptions under the Opening Hours Act, ruled that if no allocation procedure has been prescribed in policy or other rules, allocation on a 'first come, first served' basis is therefore not unreasonable.<sup>135</sup> The Council of State also ruled that if an administrative authority is faced with the situation whereby a choice has to be made between two applicants and the legal review framework for making that choice is lacking, the administrative courts must

---

132 CbB 24 August 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, with commentary by C.J. Wolswinkel and JB 2012/250, with commentary by L.J. Wildeboer. The CbB considered this conduct to be contrary to section 3:2 and 3:4 GALA.

133 CbB 15 May 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, with commentary by C.J. Wolswinkel. The CbB considered the decision-making process to be contrary to section 3:4 GALA. From this judgment it also appears that awarding a limited public decision for an indefinite period ignores the interests of others in being able to compete for the limited exemption in the future. In principle, extending a limited exemption that has been granted is not possible either (CbB 6 June 2012, AB 2012/374, with commentary by C.J. Wolswinkel). When converting an open-ended licence to a fixed term licence a transitional arrangement will be necessary (CbB 5 December 2012, AB 2013/293, with commentary by C.J. Wolswinkel and CbB 17 July 2013, AB 2013/294, with commentary by C.J. Wolswinkel).

134 CbB 3 June 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, JB 2009/188 and AB 2009/373, with commentary by C.J. Wolswinkel.

135 CbB 7 December 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 and ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, with commentary by C.J. Wolswinkel. See also CbB (Provisional relief) 22 April 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, with commentary by C.J. Wolswinkel.

limit themselves to the question of whether the weighing up by the administrative authority was unreasonable, or otherwise contrary to general principles of proper administration.<sup>136</sup> In my opinion, an implicit choice on an allocation method is insufficiently transparent.<sup>137</sup>

Thirdly, it is important that when introducing a new or amended allocation system pursuant to the requirement of transparency a start date for the submission of applications is set and publicised. Pursuant to section 4:27 GALA a subsidy ceiling must be publicised in advance. If a subsidy ceiling is publicised too late, this publication, in principle, will have no consequences for applications submitted before that date.<sup>138</sup> A point of consideration that follows from case law is that, from the point of view of transparency, it is difficult to argue that the start date is in the past. However, in order to determine who was first to submit their application – again, in the context of exemptions under the Opening Hours Act – the CbB seems to have no objection to a reference date being in the past.<sup>139</sup> In addition, the CbB held that if the introduction or amendment to an allocation method is generally publicised in the form of an announcement, but is not yet enshrined in a formal decision, then that notice can only be understood to mean that no further applications can be honoured prior to the new allocation. If they were, it would make the introduction of the new allocation mechanism unworkable in practice.<sup>140</sup> This standstill provision benefits transparency.

Fourthly, in the context of this transparency requirement, it is important that all potential applicants should and must be able to know which conditions

---

136 Council of State 25 September 2013, *AB* 2013/385, with commentary by A. Drahmman.

137 Especially because complications can also arise with this allocation method, such as what is known as the ‘postbag problem’. What is an administrative authority supposed to do if on a single day more completed applications arrive by post – and are therefore all received at the same time – than can be awarded? In that case it is a good idea for the administrative authority to establish, before the start of the procedure, that in that eventuality lots will be drawn as a secondary allocation method (inter alia, CbB 18 November 2010, *AB* 2011/37, with commentary by C.J. Wolswinkel and Council of State 3 April 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:BZ7542*, *AB* 2013/219, with commentary by C.J. Wolswinkel).

138 Cf. also Council of State 3 January 2007, *AB* 2007/224, with commentary by W. den Ouden.

139 See however: CbB 7 December 2011, *ECLI:NL:CBB:2011:BU8507* and *ECLI:NL:CBB:2011:BU8509*, *AB* 2012/55, with commentary by C.J. Wolswinkel – about a change of course in 2011 that was the result of an earlier appeal procedure on the award of limited exemptions, where the application from 2008 was the first application that was eligible for the award and general publication was, according to the CbB, not necessary. Cf. also CbB 13 December 2012, *ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031*, *AB* 2013/295, with commentary by C.J. Wolswinkel, from which it follows that when allocating in order of receipt a reference date in the past can be set, in principle, but that an irrevocably rejected application cannot be considered to be the first application.

140 CbB 13 March 2012, *ECLI:NL:CBB:2012:BW0415*, *AB* 2012/146, with commentary by A. Drahmman. See also the judgment in the context of provisional relief: CbB (Provisional relief) 19 September 2011, *ECLI:NL:CBB:2011:BT6359*, *AB* 2011/364, with commentary by A. Drahmman. Cf. also CbB 15 February 2012, *ECLI:NL:CBB:2012:BV797*, *AB* 2012/148 with commentary by C.J. Wolswinkel and *Gst.* 2012/65, with commentary by W.P. Adriaanse.

they must meet if the limited public decision is to be awarded to them. In administrative law these conditions are sometimes enshrined in a generally-binding regulation (for example a bye-law), but often also in conditions attached to the licence. If these conditions are contravened, enforcement action may be taken. In the allocation of a limited public decision it is therefore important for all applicants and potential applicants to know what the conditions will be. In such instances the draft award decision must also be adequately publicised.<sup>141</sup> The CbB came to a similar finding. A procedure where the exact content of an exemption is only notified once the drawing of lots has begun, meaning that the applicants can no longer file any objections to that content, is regarded by the CbB as insufficiently detailed, and contrary to sections 3:2 and 3:4 GALA.<sup>142</sup> The CbB also held that with the adoption and publication of a draft licence, as it will be awarded with the conditions and restrictions that will be attached to the licence, the content of the licence to be awarded subsequently is, to that extent, already determined. This adoption is, according to the CbB, of major importance to a potential applicant, in the context of an auction to determine the level of the bid to issue. As a result, the legal position of the potential licence holder, independent of the eventual award of a licence – to the highest bidder – is explained in more detail, so that draft licences, too, are or may be decisions that are subject to appeal.<sup>143</sup>

In the context of the publication of the relevant documentation, the role of advisory committees is also important. If an advisory committee draws up its own evaluation guidelines or evaluation forms, on the basis of which they will evaluate the applications, and these guidelines give an additional explanation of the selection criteria to be used, then these documents would, in my view, have to be advertised on the basis of this transparency requirement, even before the procedure. However, the Council of State held otherwise.<sup>144</sup> Nevertheless, the lack of such documents may lead to the conclusion that the decision is insufficiently reasoned.<sup>145</sup>

According to the fifth consideration, in addition to the content of the publication, the manner of publication is also important. Often, administrative authorities choose to lay down their allocation procedures and criteria in policy

---

141 Following on from this it can sometimes also be a good idea, prior to the allocation procedure, to publicise the draft regulation and to give all potential applicants the opportunity to respond to it. As a result objections from these potential applicants to the allocation criteria – including the conditions attached to the licence – can be known early on and, where necessary, taken into account.

142 CbB 24 August 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, with commentary by C.J. Wolswinkel and JB 2012/250, with commentary by L.J. Wildeboer.

143 CbB 24 May 2012, AB 2013/66, with commentary by C.J. Wolswinkel.

144 Council of State 10 December 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429 and Council of State 24 April 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, with commentary by C.J. Wolswinkel.

145 Council of State 16 October 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, with commentary by C.J. Wolswinkel.

rules.<sup>146</sup> However, there is a difference between policy rules and generally binding regulations and that is the inherent power of derogation under section 4:84 GALA. The application of this power of derogation negatively affects the requirement of transparency, since if the rules enshrined in the policy rule are derogated from the applicants and potential applicants are no longer being treated equally. I will discuss the tension between the inherent power of derogation and the obligation of transparency in more detail in the following paragraph. I would just like to point out here, in a general sense, that it would be preferable for the allocation procedure and criteria to be laid down in a generally binding regulation.

Finally, it is important that the sufficient degree of advertising is complied with in good time in the decision-making procedure. This is especially important in what is referred to as chain-based decision-making. This refers to a situation whereby an administrative authority organises an allocation procedure for a limited public decision, which decision is no longer eligible to everyone because a 'preselection' has already been made by virtue of an earlier decision. The question, to what extent a 'duty of competition' exists, will be left to one side in this research.<sup>147</sup> From the point of view of transparency, however, it can be noted that if the choice is made to organise a limited public decision-making procedure, it may be sensible to publicise the various decisions in the chain in a coordinated manner, thereby displaying the sufficient degree of advertising, or to organise a transparent allocation procedure for the first decision in the chain. Examples of such chain-based decision-making can be found in subsidy law<sup>148</sup> and in environmental law.<sup>149</sup>

It is evident that the requirement to guarantee a sufficient degree of advertising is already largely covered by GALA (in particular sections 3:42, 4:23, 4:25 and 4:26 GALA). The administrative courts also regard this element of the obligation of transparency as important. If a sufficient degree of advertising is not displayed, the administrative courts regard this as being contrary to the duty of care under sections 3:2 and 3:4 GALA or the principle of legal certainty. However, some fine tuning of certain aspects is possible.

---

146 Administrative authorities have a discretionary power to grant exemptions and have the leeway, when exercising that power, to develop policy. The Opening Hours Act contains the power, but not the obligation, to impose further rules. Also, according to the CBb an opening hours bye-law does not need to contain all the rules relating to the award of exemptions (CBb 29 April 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763 and CBb 1 February 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871).

147 Van Ommeren 2011a, pp. 235-265.

148 Council of State 20 October 2010, *JB* 2011/3, with commentary by M.J. Jacobs and *AB* 2011/232, with commentary by W. den Ouden (Coach4Kids).

149 Cf. Council of State 9 January 2013, *BR* 2013/63, with commentary by A. Drahmman and Council of State 29 January 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, *AB* 2014/124, with commentary by A. Drahmman.

- B) *All the conditions and detailed rules of the allocation procedure must be drawn up beforehand in a clear, precise and unequivocal manner*

Another aspect of the obligation of transparency is that the conditions and detailed rules of the allocation procedure must be drawn up beforehand in a clear, precise and unequivocal manner. The Council of State also held that, inter alia, the lack of known criteria and a known weighting when taking a limited public decision is negligent.<sup>150</sup>

This transparency requirement also means that the administrative authority – based on the information and evidence provided by the applicants – must be sufficiently able to ascertain whether the applications meet the criteria set. The Council of State also held that if reports are used for limited public decision-making, these reports must be sufficiently clear, otherwise the decision is insufficiently reasoned.<sup>151</sup>

In addition, it may be recommended that an administrative authority draws up an application form, so that all applicants state, in a similar manner, the extent to which they meet the criteria set.<sup>152</sup> This will contribute to the transparency of the procedure. The case law of the administrative courts also reveals that in such instances this form must be complete. The applicant may assume that by answering all the questions on the form and submitting all the documents that must be attached – as requested – that it has provided all the information necessary for the review of that application. The Council of State explicitly found, in that case, that clarity regarding the details to be submitted with the application is particularly important, since an applicant has in fact only one chance to submit a successful application because the ceiling – in this case the subsidy ceiling – is often reached the moment anything is added to an incomplete application.<sup>153</sup>

- C) *All reasonably informed applicants exercising ordinary care must be able to understand the exact significance of the criteria and interpret them in the same way*

A third aspect of the obligation of transparency is that all reasonably informed applicants exercising ordinary care must be able to understand the exact significance of the criteria and interpret them in the same way. In this regard it may be a good idea to give applicants the opportunity to ask questions about

---

150 Council of State 22 February 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519.

151 Council of State 8 September 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, with commentary by F.R. Vermeer.

152 If no obligation to use a standard application form is included in the subsidy scheme, then applications that are not submitted with that form cannot be overlooked (Council of State 19 January 2001, AB 2001/113, with commentary by N. Verheij).

153 Cf. Cbb 17 June 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ9603 and Council of State 29 May 2013, AB 2013/356, with commentary by A. Drahmman.

the criteria set. The administrative authority can do this by working with a 'summary of additional information'. It is not a good idea to give a single operator further information – by phone or in writing – about the criteria set because at that moment this particular operator will have at its disposal more information than the other applicants or potential applicants. Only by giving the information to everyone can the equal position of the potential applicants be guaranteed. This is possible by stating in the publication that all interested parties can raise any questions about the criteria before a certain date. These questions will then be answered at the same time in a written document, which is then generally publicised. It is also possible to organise information meetings, provided that everyone is invited *and* that a record of the information given out during the meeting is drawn up and generally publicised. This general publication, for example via the website, guarantees that all interested parties have the same information at their disposal.

D) *A final date for receipt of applications must be set, so that all applicants have the same amount of time to prepare their application*

Pursuant to the obligation of transparency a final date must be set, by which applications must be received by the administrative authority. As a result all applicants will have the same period after publication of the tender notice (the call to compete) within which to prepare their applications.

The question then is, how should the administrative authority deal with incomplete applications? Whether additions can be made to these in the primary phase is another question which often arises. Generally, it can be stated that, pursuant to this transparency requirement, any amendment or addition to the initial application is, in principle, not possible because this would mean that one applicant would receive an advantage over its competitors. What an administrative authority can do is ask an applicant to improve on – or make additions to – the information in any such file in a targeted manner, provided that the request relates to information that can be objectively found to originate from before the end of the time-limit for submission. It can also be stated that, according to the European Court of Justice, the administrative authority is not obliged to contact the applicants because the lack of clarity in the application, which is the result of a failure on the part of the applicants in their duty of care.

There is a wealth of case law available on the subject of incomplete applications. In addition, the relationship between this transparency requirement and the possibility of rectification in administrative law under section 4:5 GALA is interesting.<sup>154</sup>

---

154 On the application of section 4:5 GALA see also: Jacobs & Den Ouden 2011, Jacobs & Den Ouden, *JBplus* 2011, pp. 35-58, Drahmman 2011 and Wolswinkel, *NTB* 2014/7.

Pursuant to section 4:5 GALA an administrative authority may decide not to process an application on the grounds that it is incomplete only if the applicant has been given the opportunity to amplify the application within the time-limit set by the administrative authority. Offering a time-limit for rectification may comply with both section 4:5 GALA and the obligation of transparency, provided the basic principles drawn up for this purpose are observed. The possible tension between section 4:5 GALA and the obligation of transparency will be discussed in more detail in the next paragraph.

In addition, the case law of the administrative courts reveals that in limited public decision-making special requirements are imposed on applications, which derogate from the case law surrounding section 4:5 GALA in 'ordinary' non-limited public decisions.<sup>155</sup> For example, the Council of State ruled that 'before the end of the time-limit for receipt of applications, all information relevant to that review and ranking must be submitted, and after that date any information that is essentially an amendment or addition to that application will not be taken into account. Including information that dates from after the end of the time-limit for receipt of applications is not compatible with the simultaneous review and ranking of the submitted applications, which is key to the tender system.'<sup>156</sup> The CBB also ruled that it is possible to complement an incomplete application submitted on time after the statutory time-limit for submission has expired, but only insofar as this applies to missing documents that existed prior to the expiry of that time-limit. If that document, in this case a licence, is not yet in existence at that time, there is no basis for deciding not to process the application pursuant to section 4:5 GALA and the application must be rejected.<sup>157</sup> This case law is fully in line with this transparency requirement.

*E) In principle, any amendment to the initial application of any one applicant may not be taken into account*

It also follows from the obligation of transparency that any amendment to the initial application of any one applicant may not be taken into account because this applicant is then being favoured over its competitors. The Dutch administrative courts adopt a similar starting point. According to case law from the Council of State, including information that dates from after the end of the time-limit for receipt of applications is not compatible with the simulta-

---

155 According to case law the administrative authority, although not obliged to do so, is free to take into consideration, in its review, information that is submitted after the primary decision not to process an application and that is initially missing (inter alia, Council of State 1 October 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, AB 2009/17, with commentary by A.T. Marseille).

156 Council of State 26 September 2012, AB 2012/397, with commentary by A. Drahmman, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283.

157 CBB 18 November 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5467.

neous review and ranking of the submitted applications, which is key to the tender system. The very nature of the tender system also means that prior to the end of the time-limit for receipt of applications all information relevant to that review and ranking must be submitted, and that after that date, any information that is essentially an amendment or addition to that application may not be taken into account.<sup>158</sup> In my opinion, this starting point ought to apply not only to a comparative evaluation, but also to all limited public allocation procedures.

The CbB ruled, entirely in line with this transparency requirement, that only the substantive information provided by applicants before the end of the time-limit for receipt of applications, can be included in the review. It is therefore not for the administrative authority to inquire into that substantive information again in the review phase. What the administrative authority must do, when preparing a decision, is to ascertain whether an application is complete and, if this proves not to be the case, give the applicant the opportunity to provide the missing information (pursuant to section 4:5 GALA).<sup>159</sup>

Both the administrative courts and the European Court of Justice thereby make a distinction between, on the one hand, information that is missing but does exist, and on the other hand new and/or substantive information. Additions can be made to the first type of information, but with the second type of information that would be an impermissible amendment to the application. It will not always be simple to determine whether or not there is an 'amendment' or an impermissible amendment. The following four examples from the case law of the administrative courts may provide more clarity:

- Notice from the applicant that further inspection has revealed that VAT cannot be reimbursed or deducted is an amendment to the application.<sup>160</sup>
- Evident slips of the pen are glaringly obvious calculation errors or typos, which are, without question, immediately identifiable as mistakes.<sup>161</sup>
- 'Resubmission' of the application, but on the right application form, is possible provided that there is no new information that is substantively relevant.<sup>162</sup>
- If there is a substantial amendment to the application that is too far removed from the initial application, the request for amendment must be treated as a new application.<sup>163</sup>

---

158 Inter alia, Council of State 15 July 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654, Council of State 20 December 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815, and Council of State 25 July 2001, AB 2001/339, with commentary by N. Verheij.

159 CbB 6 November 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, with commentary by A. Drahtmann.

160 Inter alia, Council of State 15 August 2007, AB 2008/29, with commentary by J.H.A. van der Grinten and W. den Ouden.

161 CbB 7 July 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5050.

162 Council of State 12 January 2005, AB 2005/239, with commentary by N. Verheij.

163 CbB 11 August 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730.

The administrative courts also assume that a certain amount of care may be expected from an applicant when filling out and submitting a subsidy application.<sup>164</sup> This individual responsibility of the applicant to submit its application has consequences not only for the possibilities for amendment, which may be limited, but also means that the administrative authority itself, in principle, does not have to take any action in order to obtain further information from the applicant.<sup>165</sup>

F) *The administrative authority must interpret the criteria in the same way throughout the entire procedure*

Pursuant to the obligation of transparency, once the selection criteria and procedural rules have been laid down, these must be applied throughout the whole procedure. The administrative courts also ruled that changing an allocation method, pending the procedure, from comparative evaluation to order of receipt, is contrary to the principle of legal certainty.<sup>166</sup> Changing the award criteria pending the procedure is also unacceptable from the point of view of objectivity, transparency and legal certainty.<sup>167</sup>

Finally, it follows from this transparency requirement that the procedural rules must be laid down before the start of the allocation procedure and that they cannot be amended during the procedure. For Dutch administrative law this means that decisions on objections must be taken *ex tunc*.<sup>168</sup> This is therefore an exception to the classic assumption that an administrative authority decides *ex nunc*.<sup>169</sup> The Council of State found, with regard to the relevant reference date, that the applicable law is the law as it applied on the last day on which the applications could be submitted.<sup>170</sup> It would be useful – or even more useful – for the purposes of transparency if this reference date was not the last day, but the first day on which the applications could be submitted. The judgment of the Council of State makes it possible for allocation rules to be amended even during the application time-limit, but after publication of the allocation procedure. This is risky from a transparency point of view because it is uncertain whether all applicants and potential applicants would be able to take note of this amendment and adapt their application accordingly.

---

164 CbB 11 August 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730.

165 CbB 3 April 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1115.

166 CbB 8 January 2010, AB 2010/73, with commentary by I. Sewandono.

167 CbB 19 December 2007, JB 2008/67.

168 CbB 3 July 2009, AB 2009/334, with commentary by I. Sewandono and JB 2009/227, in which the CbB ruled that the review on appeal must take place according to the facts and circumstances as per the decision date of the primary decision.

169 To the extent that this applies, Cf. Verheij, *JBplus* 2003, p. 26-47.

170 Council of State 29 October 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, with commentary by M.A.Heldeweg and Council of State 6 June 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, with commentary by C.J. Wolswinkel. Otherwise: Council of State 6 April 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 and ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

If the final day is taken as the starting point, then the burden of proof should in any case rest on the administrative authority to show that all applicants and potential applicants could take note of the amendment, so that they were able to adapt their application accordingly.

- G) *The criteria must be applied objectively and uniformly to all applicants when comparing the applications*

The administrative authority must interpret the criteria in the same way throughout the entire procedure. When the applications are being evaluated the criteria must be applied in an objective and uniform manner to all applicants. It follows from the case law of the European Court of Justice that the allocation criteria must be advertised.<sup>171</sup> The relative weighting of those criteria does not need to be advertised beforehand, but must be established before the applications submitted are to be evaluated.<sup>172</sup> In this context the judgment from the CBB is interesting, with the CBB ruling that a procedure in which the committees and sub-committees that advised on the ranking of the submitted subsidy applications, advised – on the basis of the elements of the plans found in the various applications – on the valuation of those elements with a score and also participated in the application of that points system developed accordingly, was not contrary to section 4:26 GALA.<sup>173</sup> A procedure where the points system is developed only after receipt and initial study of the applications, is contrary to this requirement of transparency. The administrative authority had chosen this method so that it could take into account new insights and ideas that might emerge from the applications. Where there is such a subsidy award for innovative projects and where the administrative authority itself obviously has insufficient knowledge on what is innovative, the authority should instead choose a preliminary market consultation.

- H) *Allocation procedures must be able to be reviewed for impartiality and therefore decisions must be reasoned*

Allocation procedures must be able to be reviewed for impartiality. For this it is necessary for the limited public decision to be reasoned. The administrative authority's obligation to provide reasons can be described as a 'comparative obligation to provide reasons'.<sup>174</sup> The principle of equal treatment entails

---

171 Inter alia, EUCJ 25 April 1996, C-87/94 (Wallonia buses) and EUCJ 24 January 2008, C-532/06 (Lianakis and others).

172 EUCJ 18 November 2010, C-226/09, NJ 2011/87.

173 CBB 21 December 2011, AB 2012/63, with commentary by A. Drahmman and J.M.J. van Rijn van Alkemade.

174 J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 379ff.

an obligation of transparency, so that compliance with it can be checked. The CBB ruled that with a system of subsidy awards 'where the submitted applications are compared and then ranked according to a number of qualitative criteria, in order to promote a sufficient degree of transparency, requirements must be imposed on the way in which, after the weightings and evaluations have taken place, reporting is carried out and account is rendered.' This means that clear documentation must be available on both the development of the criteria, and the application thereof to the applications submitted. This documentation consists of insight into the composition of the committee or committees that have studied the applications, the exact task and procedure of the committee(s) the advice from the committee(s).<sup>175</sup> It may sometimes be desirable for a record to be drawn up of the procedure followed. This can be used to show that the procedure ran transparently.<sup>176</sup> The Council of State ruled that in a subsidy tender system, discretion is conferred upon the administrative authority, but that this does not alter the fact that a decision must be accompanied by comprehensible substantiation, where the evaluation criteria are respected, so that insight can be obtained into the evaluation underlying the decision and a review of the points score used by the administrative authority is possible. In this case, the experts engaged by the administrative authority had each stated on separate score sheets how many points the project had scored, based on the evaluation criteria and accompanying sub-criteria, and what the total score for the project was. The Council of State deemed this insufficient because these sheets did not give a comprehensible substantiation for the award of the points as it was not clear how the review criteria had been implemented.<sup>177</sup>

*I) Substantial amendments to essential provisions of the limited public decision are not possible in principle*

In principle substantial amendments to essential provisions of the limited public decision are not possible. An amendment may be considered 'substantial' if it introduces conditions which, had they been part of the initial award procedure, would have allowed for the acceptance of an application other than the one initially accepted. If the administrative authority has reason to amend certain provisions, conditions or obligations after a decision had been made, then the administrative authority must expressly make provision

---

<sup>175</sup> CBB 21 December 2011, AB 2012/63, with commentary by A. Drahmman and J.M.J. van Rijn van Alkemade. See also Council of State 22 September 2009, AB 2010/138, with commentary by J.M.J. van Rijn van Alkemade and Council of State 15 December 2010, AB 2011/87, with commentary by W. den Ouden.

<sup>176</sup> Cf. Opinion of the Advocate General 12 April 2005, C-231/03 and CBB 20 September 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE9952.

<sup>177</sup> Council of State 16 October 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, with commentary by C.J. Wolswinkel.

for such alteration and its method of application in the generally publicised legal regulation – or further rules based thereon – on which the allocation procedure is based.

In subsidy law too, the alteration of subsidy decisions is restricted. For example, in theory, it is not possible to increase the subsidy amount at a later stage on the basis that the subsequent adjustment of the subsidy amount would lead to inequality in respect of the other applicants.<sup>178</sup> A request to alter an activity, submitted after the publication of the subsidy ceiling, can only be honoured if this alteration falls entirely within the frameworks of a subsidy awarded prior to the publication of the ceiling and the alteration does not exceed the level of the subsidy awarded.<sup>179</sup> If there is a material derogation from what was included in the initial application, then full or partial reduction of the subsidy is not unreasonable if the alteration would have led to the application being assessed substantially differently and being ranked considerably lower.<sup>180</sup> A similar line should also be adopted for other limited public decisions.

### 1.5.2 From GALA to the obligation of transparency under EU law

In the previous paragraph a number of parallels were drawn between GALA and the case law of the administrative courts, based on the nine transparency requirements. In this paragraph GALA is taken as the starting point. Looking at the most salient sections, I will describe the extent to which these contribute to transparency and where any risks lie.

#### A) *The publication of decisions: section 3:42 GALA and sections 4:23-4:26 GALA*

Pursuant to section 3:42 GALA, decisions must be published in the Government Gazette (*Staatscourant*) (central government), in an official publication published by a public authority or in a daily or weekly newspaper or free local paper, or in another suitable manner. This provision takes care of the general publication of decisions and therefore, in principle, corresponds to the obligation of transparency. However, the section is worded generally; it is not clear, from the section itself, what the content of the decisions should be. Pursuant to the obligation of transparency, it follows that for a limited public decision-making

---

178 CbB 11 August 2010, JB 2010/243.

179 For example, a simple change of project name or other administrative amendment which would not have any substantive significance (Council of State 17 September 2008, AB 2009/77, with commentary by J.E. van den Brink). Cf. also Council of State 2 October 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1365, AB 2014/31, with commentary by M.A.M. Dieperink.

180 Council of State 25 August 2005, AB 2005/390, with commentary by J.H. van der Veen.

procedure the following information, as a minimum, must be the subject of appropriate publication: (a) the period within which applications can be submitted (start and end date), (b) the criteria against which these applications will be evaluated (selection criteria), and (c) and how the decision-making will take place (rules of procedure). These obligations must be read into section 3:42 GALA. Alternatively, a supplementary provision could be adopted. This provision could resemble the further requirements set out in the subsidy title (in particular sections 4:23-4:26 GALA). These provisions guarantee a sufficient degree of advertising in the allocation of limited subsidies. For example, the manner of allocation shall be stated when the subsidy ceiling is notified. It seems that the provisions here are very generally worded and that the application thereof by the administrative courts does not always mean that there is transparent decision-making. For example, the CBB ruled that a procedure in which an advisory committee scored the applications that had already been submitted, and subsequently applied this points system to the applications, is not contrary to section 4:26 GALA.<sup>181</sup> This procedure, where the points system is developed only after receipt and initial study of the applications is, however, contrary to the obligation of transparency.<sup>182</sup> In addition, the Council of State held that a subsidy allocation system should actually have been published in the Dutch Government Gazette (*Staatscourant*) pursuant to section 3:42 GALA, but that a brochure published on the internet could be considered to be a consistent course of action and therefore could be used as the basis for the decision-making process.<sup>183</sup>

Therefore it can be noted that these sections from GALA are not contrary to the obligation of transparency, but that it is up to the administrative authority and, where necessary, the administrative courts to give a more detailed and more transparent interpretation of these statutory provisions. As will be seen in the next paragraph, this does also happen to a large extent, but there are several points for improvement.

Finally, it is also worth exploring whether publication in a journal published by a public authority or in a daily or weekly newspaper or free local paper is 'appropriate'. According to the Dutch Public Procurement Act 2012, announcements for public contracts must be posted on the TenderNed website.

---

181 CBB 21 December 2011, AB 2012/63, with commentary by A. Drahmman and J.M.J. van Rijn van Alkemade.

182 Furthermore, it must be doubted whether the criteria set by the administrative authority were not so open that they had not been drawn up in a clear, precise and unequivocal manner. The administrative body had chosen this method so that it could take into account new insights and ideas that might emerge from the applications. Where there is a provision of a subsidy of that nature for innovative projects and where the administrative authority itself obviously has insufficient knowledge of what is innovative, the administrative authority should instead choose a preliminary market consultation.

183 Council of State 14 November 2002, ECLI:NL:RVS:2012:BY3051, AB 2013/121, with commentary by A. Drahmman.

This means that the public contracts from all the contracting authorities can be found in one place. Section 3:42 GALA does not contain an obligation for central publication of that nature. A growing number of administrative authorities now post their local publications on [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl).<sup>184</sup> This is a positive development because the use of a single central website by all administrative authorities improves transparency; especially if the option of an email alert is also linked to it.

#### *Recommendation*

On the basis of the foregoing one might consider, therefore, introducing an active, general duty of publication for limited public decisions, supplementary to the regulation on the publication of decisions in section 3:40 GALA, etc. On that basis, administrative authorities would be obliged to publicise the commencement of a procedure when a limited public decision is being awarded. The publication would have to mention the submission deadline for applications as well as where further information on the allocation procedure and rules can be found. This active, general duty of publication for administrative authorities will guarantee that all potentially interested parties can take note of the procedure and take part in it. This general duty of publication could be explicitly included in GALA or be based, by the administrative courts, on section 3:42 GALA – possibly in combination with the principle of equality or the obligation of transparency. Following on from the Public Procurement Act 2012, an alternative would be to oblige all administrative authorities to publicise decisions – or the allocation of their limited public decisions – centrally on a single website. An obligation of this nature would then have to be enshrined in GALA. Although this is not strictly necessary for a sufficient degree of advertising, this would considerably improve transparency in my view.

#### *B) Provision of advice: Division 3.3 GALA*

Division 3.3 GALA relates to the provision of advice to administrative authorities. Section 3:9 GALA relates to the duty to ascertain all the relevant facts. Administrative authorities must satisfy themselves that the investigation by an external adviser was carried out with due care. In the allocation of limited

---

<sup>184</sup> Publication of a notice via the internet may be considered appropriate within the meaning of section 3:12(1) GALA. Pursuant to section 2:14(2) and section 3:12(1) GALA however, unless otherwise provided by law, a draft decision must be communicated in at least one suitable, non-electronic means (Council of State 7 March 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4007, JB 2013/81, with commentary by G. Overkleeft-Verburg).

public decisions advisory committees of experts are often used.<sup>185</sup> These advisory committees must also comply with the obligation of transparency and the administrative authority has to satisfy itself that this has been done. I will mention a few points for consideration for advisory committees and administrative authorities using external advisers in the allocation of limited public decisions in the paragraphs below.

First, part of the objective of the obligation of transparency is to guarantee the preclusion of any risk of favouritism and arbitrariness by administrative authorities. This risk of favouritism must be addressed in the composition of these committees. For example, it would be imprudent and contrary to the prohibition on prejudice – as enshrined in section 2:4 GALA – to allow one of the current licence holders to be a member of an advisory committee that is due to advise on the future allocation of the same licence.<sup>186</sup>

Secondly, administrative authorities and advisory committees must interpret the allocation criteria in the same way throughout the entire procedure. The CBB ruled that a procedure in which the committees and sub-committees were involved in the ranking of submitted subsidy applications, on the basis of the elements of the plans found in the applications and the points system to score the participants, was not contrary to section 4:26 GALA.<sup>187</sup> It has already been explained above that a procedure where the points system is developed only after receipt and initial study of the applications, is contrary to the obligation of transparency.

Thirdly, it is important that if an advisory committee draws up its own evaluation guidelines or evaluation forms, on the basis of which they will evaluate the applications, and these guidelines give an additional explanation of the selection criteria to be used, then these documents should, in my opinion, be advertised on the basis of this transparency requirement, even before the procedure. However, the Council of State held otherwise.<sup>188</sup>

Finally, reasons must be stated for decisions and limited public decisions. For instance, the CBB ruled that requirements must be imposed on the way in which reporting is carried out and account rendered once the weighting and evaluation process has taken place. This means that clear documentation must be available on both the development of the criteria and the application

---

185 See e.g. Council of State 24 March 2010, *AB* 2010/137, with commentary by W. den Ouden, and Council of State 25 February 2009, *AB* 2009/222, with commentary by W. den Ouden and J.M.J. van Rijn van Alkemade.

186 Council of State 6 June 2012, *ECLI:NL:RVS:2012:BW7592*, *AB* 2013/73, with commentary by C.J. Wolswinkel.

187 CBB 21 December 2011, *AB* 2012/63, with commentary by A. Drahmman and J.M.J. van Rijn van Alkemade.

188 Council of State 10 December 2008, *ECLI:NL:RVS:2008:BG6429* and Council of State 24 April 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429*, *AB* 2013/327, with commentary by C.J. Wolswinkel. The absence of such documents may, however, lead to the conclusion that the decision is insufficiently reasoned (Council of State 16 October 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:1521*, *AB* 2014/40, with commentary by C.J. Wolswinkel).

thereof in relation to the applications submitted. This documentation consists of insight into the composition of the committee or committees that have studied the applications, the exact task and procedure of the committee(s) and the advice from the committee(s).<sup>189</sup>

C) *Policy rules and the inherent power of derogation: section 4:84 GALA*

Administrative authorities will often choose to lay down their allocation procedures and criteria in policy rules.<sup>190</sup> Pursuant to section 4:84 GALA, administrative authorities shall act in accordance with these policy rules unless, due to special circumstances, this would affect one or more interested parties disproportionately in relation to the objectives of the policy rule. This inherent power of derogation is not readily compatible with the obligation of transparency because if there is derogation from the rules enshrined in the policy rule not all the applicants and potential applicants are being treated equally any more. The administrative courts were therefore justified in finding grounds here for fleshing out section 4:84 GALA in the allocation of limited public decisions to create more transparency. For example, the Council of State ruled that in the allocation of subsidies via a tender system 'there is in principle no leeway for allowing exceptions in individual cases. For the purpose of section 4:84 of the General Administrative Law Act (hereinafter: GALA) the circumstances must be special, i.e. circumstances that were not accounted for when drafting the policy rule.' By choosing an tender procedure the administrative authority therefore, according to the Council of State, deliberately chose to evaluate applications based on certain objective criteria.<sup>191</sup> In addition, the CbB ruled that if no single submitted application met the allocation criteria laid down in the policy rule in the first place, all applications must

---

189 CbB 21 December 2011, AB 2012/63, with commentary by A. Drahmman and J.M.J. van Rijn van Alkemade. See also Council of State 22 September 2009, AB 2010/138, with commentary by J.M.J. van Rijn van Alkemade and Council of State 15 December 2010, AB 2011/87, with commentary by W. den Ouden. Cf. also Council of State 16 October 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, with commentary by C.J. Wolswinkel.

190 Administrative authorities have a discretionary power to grant exemptions and have the leeway, when exercising that power, to develop policy. The Opening Hours Act contains the power, but not the obligation, to impose further rules. Also, according to the CbB an opening hours bye-law does not need to contain all the rules relating to the award of exemptions (CbB 29 April 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763 and CbB 1 February 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871).

191 Council of State 24 April 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, with commentary by C.J. Wolswinkel. The CbB also ruled, for the granting of exemptions under the Opening Hours Act, that derogation from the procedural rules laid down in the policy rules – on the drawing of lots that was to be followed – was contrary to section 4:84 GALA (CbB 16 December 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942 and ECLI:NL:CBB:2011:BV0936, AB 2012/161, with commentary by J.M.J. van Rijn van Alkemade and JB 2012/59).

be rejected. The fact that every application fails to meet the set criteria is not a special circumstance within the meaning of section 4:84 GALA.<sup>192</sup>

This interpretation of section 4:84 GALA is in line with the obligation of transparency, although the Council of State is still keeping a small possibility of derogation open by ruling that 'in principle' no derogation is possible.

It can also be noted here that potential tension exists between section 4:84 GALA and the obligation of transparency. This tension may be – and has been, to a large extent, by the Council of State – removed by limiting the possibility of derogation: in the allocation of limited public decisions there can be no special circumstances that would affect one or more interested parties disproportionately in relation to the objectives of the policy rule, i.e. the organising of a transparent allocation procedure where everyone must have an equal opportunity to be considered for the limited public right.<sup>193</sup>

With respect to the above, two further comments can also be made. The first concerns whether the administrative courts 'fleshing out' of section 4:84 GALA, as outlined above, is a good idea. After all, the fleshing out does seem to be an unwritten exception to GALA. The second comment relates to the more administrative question of why administrative authorities prefer to work with policy rules instead of generally binding regulations – for example in the form of 'detailed rules'.<sup>194</sup> Having regard to the importance of known rules – which is generally greater with generally binding regulations than with policy rules – and the limited possibilities for derogation – from both generally binding regulations and policy rules – administrative authorities should consider choosing a generally binding regulation over policy rules more often in my opinion. Although not strictly necessary, if a title is inserted for the allocation of limited public decisions, an explicit exception to section 4:84 GALA – or, instead, an obligation to enshrine the allocation rules and criteria in a generally binding regulation – could therefore be included.

Finally, it is important that the inherent power of derogation is intended for special circumstances. Not all unforeseen circumstances qualify as special circumstances. On the basis of the obligation of transparency an administrative authority must lay down the allocation criteria prior to the allocation procedure. This means that administrative authorities must have sufficient knowledge to lay down these criteria. If an administrative authority has insufficient knowledge, in the allocation of limited public decisions where innovation is

---

192 Cbb 19 December 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460, JB 2008/67. In this judgment the Cbb also found that an administrative authority is not at liberty, during the decision-making phase, to make changes to the policy rules. From the point of view of objectivity, transparency and legal certainty, when applying a comparative evaluation, the criteria against which the applications are being evaluated must be laid down in advance and these criteria cannot be amended during the decision-making phase – at most, they can be clarified.

193 Cf. Wolswinkel who states that the inherent power of derogation adds to the limited nature of the right (Wolswinkel, *NTB* 2014/7).

194 See e.g. Cbb 1 February 2013, *AB* 2013/296, with commentary by C.J. Wolswinkel.

a selection criterion, then an administrative authority could consider a consultation beforehand – possibly on the internet – in which a draft regulation is published and everyone is invited to come up with ideas on how to flesh out the innovative subsidy criteria.<sup>195</sup> An alternative is to set a time-limit so that questions can be raised on the criteria set, which can then be answered in a public paper. This is comparable to the summary of additional information for ‘ordinary’ procurement procedures.<sup>196</sup> One final possibility is to include, in the allocation scheme, certain flexible options.<sup>197</sup> If some or all of these options are used by administrative authorities, then special, unforeseen circumstances will hardly ever arise, if at all, meaning that the importance of section 4:84 GALA will be reduced.

#### *Recommendation*

There is tension between section 4:84 GALA and the obligation of transparency. This can be resolved (i) by assuming that in limited public decision-making there are no special circumstances that would affect one or more interested parties disproportionately in relation to the objectives of the policy rule, (ii) if a separate title were to be included in GALA for the allocation of limited public decisions, including an exception to this section in it, or (iii) by not laying down allocation criteria and rules in a policy rule but include a generally binding regulation instead.

#### *D) Supplementing incomplete applications: section 4:5 GALA*

The basic tenet of the obligation of transparency is that all applicants will have the same period after publication of the tender notice (the call to compete) within which to prepare their applications. Pursuant to section 4:5 GALA, an administrative authority may decide not to consider an application if it is incomplete, provided that the applicant has been given the opportunity to supplement the application within a period set by the administrative authority.

---

195 In procurement law, too, over the past few years, experience has been gained in inviting tenders for complex projects where the contracting authority itself was not in a position to specify the terms of the project beforehand and could not judge beforehand what the market had to offer. For projects of this nature, the procedure known as ‘competitive dialogue’ can be followed. Part of this procedure may be a market consultation.

196 Cf. CBB 21 December 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, AB 2012/63, with commentary by A. Drahmman and J.M.J. van Rijn van Alkemade.

197 Parallels can be drawn here with the case law of the European Court of Justice (inter alia, EUCJ 13 April 2010, C-91/08 (Wall) and EUCJ 19 June 2008, C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur)) about substantial amendments: if for certain reasons, once the decision has been made, the administrative authority wishes to be able to amend certain provisions, terms or conditions, then the administrative authority must expressly provide for the possibility of making such an alteration and its method of application in the legal regulation – or further rules based thereon – on which the allocation procedure is based.

In this situation tension may also arise between section 4:5 GALA and the obligation of transparency, but this can be avoided by 'fleshing out', in a transparent manner, section 4:5 GALA in the allocation of limited public decisions.<sup>198</sup>

This transparent application of section 4:5 GALA relates to: (i) restricting the type of information that may be supplemented, and (ii) setting out the way in which section 4:5 GALA will be applied beforehand. This way, offering a time-limit for rectification will conform to the obligation of transparency, and must of course be applied equally to all applicants.

With regard to the type of information that can be supplemented, both the European Court of Justice and the administrative courts have ruled that it is possible to add to an incomplete application – that was submitted on time – after the expiry of the statutory time-limit for submission, but that this only applies to a document that existed before the expiry of the time-limit for submission and to rectify obvious mistakes.<sup>199</sup> Only the substantive information provided by applicants before the end of the application period can therefore be included in the evaluation. The administrative authority is not obliged to enquire again about that substantive information in the review phase, but the administrative authority must – when preparing a decision – ascertain whether an application is complete, and if this proves not to be the case, give the applicant the opportunity to provide the missing information.<sup>200</sup>

With regard to the second aspect – setting out the way in which section 4:5 GALA will be applied beforehand – subsidy law can be used as an example. It is customary to set out in the subsidy scheme the fact that the ranking of the submitted applications will be made on the basis of *complete* applications.<sup>201</sup> This makes it clear that, in accordance with section 4:5 GALA, supplementing an application is possible, but that submitting an incomplete application will have negative consequences on its ranking. This will also prevent participants submitting a pro forma application as quickly as possible.<sup>202</sup> Supplementary to this, it is also possible to anticipate the application of this section by stipulating in the rules of procedure that incomplete applications

---

198 In so doing, it is necessary to bear in mind that derogation from section 4:5 GALA is only possible by law in a formal sense. Administrative authorities will therefore only be able to 'flesh out' section 4:5 GALA but not derogate from it.

199 CbB 18 November 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5467. Cf. also Council of State 15 August 2007, AB 2008/29, with commentary by J.H.A. van der Grinten and W. den Ouden, CbB 7 July 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5050 and Council of State 12 January 2005, AB 2005/239, with commentary by N. Verheij.

200 CbB 6 November 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, with commentary by A. Drahmman. Cf. also CbB 3 April 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1115 and CbB 11 August 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730.

201 Inter alia, Article 58 of the Renewable Energy Production Incentive Scheme (*Besluit stimulering duurzame energieproductie*).

202 CbB 18 November 2010, AB 2011/37, with commentary by Wolswinkel. Cf. Council of State 19 January 2001, AB 2001/113, with commentary by N. Verheij.

can be submitted within the time-limit, but that all applicants with incomplete applications will be given the same opportunity to rectify their paperwork.<sup>203</sup> By offering an identical time-limit for rectification – which will be publicised beforehand to all potential applicants – the equal treatment of applicants is guaranteed, and the procedure satisfies transparency requirements.

In addition, it is important that if an applicant does not make use of the possibility of rectification, the decision may be taken not to process the application. The corollary question is then whether the missing information can still be submitted on appeal. According to case law, in the award of 'ordinary' non-limited public decisions an administrative authority, although not obliged to do so, is free to take into consideration, in its review, initially missing information that is submitted after the primary decision not to process an application. This is a discretionary power that must be subject to restrained review by the courts.<sup>204</sup> In my view this settled case law on section 4:5 GALA cannot be applied to limited public decision-making, since the Council of State also ruled that 'before the end of the time-limit for receipt of applications, all information relevant to that review and ranking must be submitted, and after that date any information that is essentially an amendment or addition to that application will not be taken into account. Including information that dates from after the end of the time-limit for receipt of applications is not compatible with the simultaneous review and ranking of the submitted applications, which is key to the tender system.'<sup>205</sup>

In the manner described above, section 4:5 GALA is applied 'transparently'. However, this is not easy to read into the section and requires sound knowledge of the case law of the administrative courts on the matter. This could be grounds for including an exception to section 4:5 GALA, if a separate title were to be included in GALA for the allocation of limited public decisions.

#### *Recommendation*

Tension exists between section 4:5 GALA and the obligation of transparency. This can be resolved (i) by applying section 4:5 GALA 'transparently' by including a regulation for it in the rules of procedure, or (ii) if a separate title were to be included in GALA for the allocation of limited public decisions, including an exception to section 4:5 in it.

---

203 Cf. Council of State 8 March 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV3886.

204 Council of State 1 October 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, AB 2009/17, with commentary by A.T. Marseille.

205 Council of State 26 September 2012, AB 2012/397, with commentary by A. Drahmman, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283. Cf. also Council of State 15 July 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654; Council of State 20 December 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815; and Council of State 25 July 2001, AB 2001/339, with commentary by N. Verheij.

E) *Relationship with the Dutch Government Information (Public Access) Act*

Under the obligation of transparency the disclosure of information is mandatory. The Dutch Government Information (Public Access) Act (*Wet openbaarheid van bestuur*, the 'WOB Act') also governs public access to information. The WOB Act contains both an active and a passive disclosure obligation. If the regulation in the WOB Act is compared to the obligation of transparency then the following stands out.

Under the obligation of transparency active disclosure is the starting point: an administrative authority must of its own accord, prior to the allocation procedure, establish and publish all terms. This active disclosure is enshrined in section 8 of the WOB Act. Pursuant to this section an administrative authority is obliged to provide, of its own accord, information 'on its policy and the preparation and implementation thereof, whenever the provision of such information is in the interests of effective, democratic governance'. At least three differences can be cited between this active disclosure obligation in the WOB Act and the obligation of transparency. First, the regulation in the WOB Act, according to the Council of State, is primarily the responsibility of the administrative authority to which it directly applies. The WOB Act does not provide for the possibility of submitting a request for active disclosure and this duty of disclosure is therefore not enforceable.<sup>206</sup> This differs from the obligation of transparency, which does impose a standard on the administrative authority. If, when a limited public decision is made, the obligation of transparency has not been complied with, the administrative courts should nullify that decision. Secondly, the grounds for rejection under the WOB Act apply to both active and passive disclosure.<sup>207</sup> The question is how this fits in with the obligation of transparency. The importance of transparency in the allocation of limited public decisions will mean that grounds for rejection will not be readily applicable.<sup>208</sup> Finally, it is important that the Council of State – in the context of passive disclosure – has ruled that the WOB Act relates to the documents held by the government and does not imply any duty to process.<sup>209</sup> However, the obligation of transparency obliges an administrative authority – factually, at least – to establish allocation rules and criteria and to publicise these. An administrative authority cannot make do with stating that there were no criteria and that these, therefore, did not need to be publicised. Even the lack of such criteria is sufficient reason to find the decision

---

206 Council of State 19 December 2012, *JB* 2013/23, with commentary by G. Overkleeft-Verburg. See also on the subject of the instruction standard under section 8 WOB Act: Daalder 2011, p. 227.

207 *Inter alia*, Council of State 15 December 2010, *JB* 2011/41, with commentary by G. Overkleeft-Verburg.

208 See also in this context E. Pietermaat and J. Muller, '*De Wob in het aanbestedingsrecht*', *TA* 2010, pp. 341-357.

209 Council of State 23 July 2014, *ECLI:NL:RVS:2014:2770*. See also Daalder 2011, p. 139.

to be contrary to the principle of equal treatment and the ensuing obligation of transparency.

Under the obligation of transparency the emphasis lies, in contrast to the WOB Act, in active disclosure. Passive disclosure plays a role, in particular, if the 'loser' of an allocation procedure tries to obtain information about the application and evaluation of a competitor. In derogation from the WOB Act<sup>210</sup> the Public Procurement Act 2012 contains a regulation that states that (i) a contracting authority shall not disclose information provided to it in confidence by an operator, and (ii) a contracting authority shall not disclose any information if that information can be used to distort competition.<sup>211</sup> Beyond the scope of the Public Procurement Act 2012, however, assessment for compatibility with the WOB Act will be needed. This is not without its problems, as is evidenced by a judgment of the CBB. This judgment related to the drawing of lots for production rights under the Dutch Fertilisers Act. After the lots had been drawn the administrative authority had published the lot numbers and the associated application numbers, but not the number of production rights for which an exemption had been awarded to each company. The appellant argued that it was necessary to obtain this information in order to be able to verify whether the ceiling had been reached and its application was rejected – rightly – for that reason. The CBB sufficed by finding that there was no reason to doubt the fact that the ceiling had actually been reached, and that the appellant had not submitted any arguments to the contrary. Wolswinkel rightly notes in his annotation that the point is accurate: the appellant cannot submit these arguments without further information. Part of the objective of the obligation of transparency is to facilitate checks on the decision-making process, so that there can be a review of whether the allocation procedure was carried out impartially.<sup>212</sup>

In summary, it can be stated that the obligation of transparency is insufficiently guaranteed by the current regulation in the WOB Act. The added value of the obligation of transparency is embodied in the fact that the obligation of transparency, in contrast to the disclosure regulation in the WOB Act, is an enforceable obligation to actively draw up and publicise information regarding the allocation of limited public decisions.

---

210 Council of State 28 August 2013, *JB* 2013/200, with commentary by J.H. Keinemans. See also Hoegge-Kjellevoid, *Gst.* 2014/64.

211 Section 2.57 of the Public Procurement Act 2012

212 CBB 30 December 2009, *AB* 2010/265, with commentary by C.J. Wolswinkel. For public access to information in a subsidy tender see: CBB (Provisional relief) 29 July 2010, *AB* 2010/303, with commentary by J.M.J. van Rijn van Alkemade. In these proceedings the petitioners argued that the administrative authority would also be obliged to provide this information under the principle of transparency. The provisional relief judge only ruled on whether one of grounds for rejection applied and did not discuss the argument on the principle of transparency. In the end, the petition was granted.

### 1.5.3 From the case law of the administrative courts to the obligation of transparency under EU law

The administrative courts have now delivered numerous judgments on limited public decision-making procedures. These are often – fortunately – completely in line with the obligation of transparency and have already been set out in the previous paragraph. If compliance with transparency is inadequate, the administrative courts often consider this to be contrary to the standards of due care under sections 3:2 and 3:4 GALA or the principle of legal certainty. According to settled case law from the CbB, strict requirements must be imposed on decision-making relating to the award of a limited public exemptions, *inter alia*, for reasons of legal certainty.<sup>213</sup> These strict requirements often show striking similarities with the obligation of transparency. I will limit myself to discussing a few judgments that could be said not to lead to transparent decision-making, or at least not as transparent as it could be. What is important, however, is that case law is always casuistic and that the scope of the proceedings is furthermore dependent on the grounds of appeal submitted.

First, I will refer to a number of judgments of the CbB that relate to the sufficient degree of advertising, the objective of which is to guarantee the obligation of transparency. The CbB ruled that, if for the award of a limited public licence, a 'first come, first served' system is applied to the applications, potential applicants ought to be aware whether the licence is, or will become, available and what procedure will be followed. This is completely in line with the obligation of transparency. However, the CbB went on to consider that the appellant – a potential applicant for a limited public licence – knew or could have known that the validity of the previously awarded licence would expire on 31 December 2007 and the procedure regarding the award of the licence was clear.<sup>214</sup> This actually imposes a duty of investigation on the potential applicants, even though the very starting point of the obligation of transparency is the active duty of publication on the part of the administrative authority. Even where allocation takes place in order of receipt of the applications, a 'call for applications' should be used. Furthermore, the CbB ruled that

---

213 *Inter alia*, CbB 5 December 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, with commentary by C.J. Wolswinkel, CbB 24 August 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, with commentary by C.J. Wolswinkel and JB 2012/250, with commentary by L.J. Wildeboer, CbB 15 May 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, with commentary by C.J. Wolswinkel and *Gst.* 2012/96, with commentary by W.P. Adriaanse, CbB 7 December 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, with commentary by C.J. Wolswinkel, Provisional relief CbB 31 March 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9683 and CbB 8 January 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, with commentary by I. Sewandono and JB 2010/75, with commentary by C.J. Wolswinkel, Provisional relief CbB 22 April 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, with commentary by C.J. Wolswinkel.

214 CbB 28 April 2010, AB 2010/186, with commentary by C.J. Wolswinkel.

in the case of a limited public decision 'other applicants – who are known to be interested in the available exemption because they also submitted an application – must in principle be given the opportunity to compete for the exemption'.<sup>215</sup> In essence the ruling was in line with the obligation of transparency. However, in my view, the CbB could have gone even further. Apart from the fact that the CbB considers exceptions possible – 'in principle' – the CbB appears – by using the phrase in the middle – to deem it important that the administrative authority was aware of there being other interested parties. However, in my view, this knowledge is not necessary. Pursuant to the obligation of transparency an administrative authority should actively publicise in a way that can reach all the potential applicants, even unknown ones. In addition, the CbB ruled that if rules or policy rules do not make provision for an allocation procedure, allocation on a 'first come, first served' basis is not unreasonable.<sup>216</sup> In my view, an implicit choice like this, in favour of a particular allocation method, is insufficiently transparent. The way in which this allocation will take place (the allocation procedure) must be established and publicised beforehand. A final point for consideration from the case law judgment is the role of documents that are drawn up supplementary to the allocation scheme. For example, advisory committees often draw up evaluation guidelines, on the basis of which they evaluate the applications. If these guidelines give an additional explanation of the selection criteria to be used then, in my opinion, these documents should be disclosed pursuant to the obligation of transparency. However, the Council of State ruled that documents of this nature are not relevant to the case, so they did not even need to be published after the event, let alone beforehand.<sup>217</sup> In 2013 the Council of State also ruled that publicising the policy rules with the evaluation criteria is sufficient; there is no need to include the 'evaluation patterns' that sets out the basis upon which the applications are evaluated for each evaluation aspect, provided the publicised evaluation criteria are clearly described and can be sufficiently clear to the applicant.<sup>218</sup> With all these judgments it can be stated that the administrative authority did not prioritise the interests of all potential applicants in having an equal opportunity to be considered for the limited public decision. The administrative authority did not publish information – or

---

215 CbB 15 May 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, with commentary by C.J. Wolswinkel. See also CBB 24 August 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, with commentary by C.J. Wolswinkel and JB 2012/250, with commentary by L.J. Wildeboer and CbB 6 June 2012, AB 2012/374, with commentary by C.J. Wolswinkel.

216 CbB 7 December 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 and ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, with commentary by C.J. Wolswinkel. See also CbB (Provisional relief) 22 April 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, with commentary by C.J. Wolswinkel. Cf. also Council of State 25 September 2013, AB 2013/385, with commentary by A. Drahmman.

217 Council of State 10 December 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429.

218 Council of State 24 April 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, with commentary by C.J. Wolswinkel.

at least not enough – about the allocation, the procedure or the criteria. In my view, the administrative courts should therefore have overturned the decision. Although the party to the proceedings was obviously not disadvantaged by the restricted public access, since it had time to resort to legal means – meaning that an appeal against this may come across as slightly formalistic – the administrative courts when examining this ground of appeal should take the interests of the absent, potential applicant, into account in their ruling.

It has already been pointed out above that the objective of the obligation of transparency is for all applicants to have an equal opportunity to be considered for the limited public decision. From this point of view, it is difficult to conceive of the start date for submission of applications being in the past. However, the CbB seems to have no objection to a reference date being in the past, in order to determine who submitted their application first.<sup>219</sup> As a corollary to this is, it is important that the allocation procedure and criteria have to be established prior to commencement of the allocation procedure and cannot be amended during the procedure. This means that decisions on objections must be taken *ex tunc*. The Council of State held, with regard to the relevant reference date, that the applicable law is the law as it applied on the last day on which the applications could be submitted.<sup>220</sup> Transparency would be improved even further if this reference date was not the last day, but the first day on which the applications could be submitted. If the final day is taken as the starting point, then the burden of proof must rest on the administrative authority to show that all applicants and potential applicants could take note of the amendment, so that they were able to adapt their application accordingly.

Another point for consideration is that the case law of the European Court of Justice reveals that the allocation criteria must be publicised.<sup>221</sup> The relative weighting of those criteria does not need to be publicised beforehand, but must be established before the evaluation of the submitted applications.<sup>222</sup> However, the CbB ruled that a procedure where advisory committees only drew up the scoring once they had received all the applications, and then went on to apply that points system, is not contrary to GALA.<sup>223</sup> This procedure, where

---

219 CbB 7 December 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 and ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, with commentary by C.J. Wolswinkel. Cf. also CbB 13 December 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031.

220 Council of State 29 October 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, with commentary by M.A.Heldeweg and Council of State 6 June 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, with commentary by C.J. Wolswinkel. Otherwise: Council of State 6 April 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 and ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

221 Inter alia, EUCJ 25 April 1996, C-87/94 (Wallonia buses) and EUCJ 24 January 2008, C-532/06 (Lianakis and others).

222 EUCJ 18 November 2010, C-226/09, NJ 2011/87.

223 CbB 21 December 2011, AB 2012/63, with commentary by A. Drahmman and J.M.J. van Rijn van Alkemade.

the points system is developed only after receipt and initial study of the applications, is contrary to the obligation of transparency.

The judgments of the administrative courts are often completely in line with the obligation of transparency. If compliance with transparency is inadequate, the administrative courts often consider this to be contrary to the standards of due care under sections 3:2 and 3:4 GALA or the principle of legal certainty. Nevertheless, the following *recommendations* can be drawn up in order to improve transparency in the allocation of limited public decisions:

- According to settled case law from the CbB, strict requirements must be imposed on decision-making relating to the award of a limited public exemption, inter alia, for reasons of legal certainty.<sup>224</sup> These strict requirements often show striking similarities with the obligation of transparency. It is recommended that the Council of State adopt this line from case law, where it is desirable for the obligation of transparency or the principle of equal opportunities to be laid down explicitly. I will consider this in more detail in the next paragraph.
- It is recommended that the administrative courts examine whether the administrative authority has displayed a sufficient degree of advertising. This means that an active duty of publication rests on the administrative authority, and there is no duty of investigation on potential applicants. The information must be generally publicised. In addition, an implicit choice in favour of an allocation method is insufficiently transparent. The above applies to all allocation systems, even a system of allocation in order of receipt of applications.
- It is recommended that evaluation guidelines or evaluation patterns, used by advisory committees to give an additional explanation of the selection criteria, be disclosed.
- It is recommended that the administrative courts check that the start date for the submission of applications is not in the past. This also applies to all allocation systems, even a system of allocation in order of receipt of applications.
- It is recommended that the administrative courts check that the allocation procedure and allocation criteria were established prior to the start of the allocation procedure and were not amended during this time. This means, with regard to the relevant reference date, that the applicable law is the law as it applied on the first day on which the applications could be submitted.<sup>225</sup>

---

224 Inter alia, CbB 5 December 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, with commentary by C.J. Wolswinkel.

225 If the last day is taken as a starting point, then the administrative authority should bear the burden of proving that all applicants and potential applicants have taken note of the amendment so that they could adjust their applications accordingly.

#### 1.5.4 Interlude: safeguarding of legal rights

The safeguarding of legal rights in the event of a breach of the obligation of transparency in the allocation of limited public decisions is not part of this research. To this end, I refer to the dissertation of Van Rijn van Alkemade, which will be published at a later date. Nevertheless, I would like to mention at this juncture a number of possible sticking points that hamper the effective safeguarding of legal rights. The reason for this is that in Dutch administrative law there is a tendency – which in itself is good – to strive for final dispute resolution. The question then is, what are the consequences of a breach of the obligation of transparency?

Since 1 January 2013 a decision may be upheld, despite breaching written or unwritten rules of law or general legal principles, if a reasonable case has been made that this has not adversely affected the interested parties.<sup>226</sup> It is in the allocation of limited public rights, in particular, that the obligation of transparency prioritises the interests of potential applicants. It is these potential applicants who must be given equal opportunity to be considered for the limited public decision. The corollary to this is that, if there is a flagrant breach of the obligation of transparency, an allocation procedure must be organised again from scratch. An example of such a breach is where an insufficient degree of advertising has been displayed. From the case law of the European Court of Justice and the civil courts in procurement disputes, it appears that it is sometimes possible to rectify the fault, for example by supplementing the statement of reasons. Furthermore, it is possible to offer substitute damages.<sup>227</sup> The Council of State also ruled that if a limited public decision or subsidy decision is wrongly rejected before going on to be awarded following a judgment of the District Court, the administrative authority is obliged to reinstate the applicant, as far as possible, to the position in which it would have been if the administrative authority had made the right decision in law at the time of the primary decision.<sup>228</sup>

It is inherent to the nature of a limited public decision that they are often the subject of legal action, since the consequences – economic and otherwise – are, after all, significant for the ‘loser’ of the allocation procedure. The question then is whether there are ways of reducing the number of actions against decisions, both positive and negative.

---

226 Section 6:22 GALA.

227 EUCJ 13 April 2010, C-91/08 (Wall AG). See, however, on the complications in such proceedings for damages: Van Rijn van Alkemade, O&A 2011/37.

228 A reasonable application of this rule means that, in this case, the date on which no investments could be made should be taken as, not the day on which the subsidy was ultimately awarded, but the day on which it should have been awarded (Council of State 11 July 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1076, AB 2013/64, with commentary by A.J. Metselaar and J.M.J. van Rijn van Alkemade).

It is interesting, in that regard, that a provision for well-founded objection and appeal procedures for subsidy law can be found in section 4:25(3) GALA. This section provides that if a decision on a subsidy is not made within the applicable time limit or is given in an objection or appeal procedure or by way of executing a judicial decision, the requirement to refuse a subsidy if providing the subsidy would cause the subsidy ceiling to be exceeded, applies only if it also applied at the time when the decision was made or should have been made at first instance. The advantage of this paragraph is that an applicant who is refused the subsidy does not need to use any means of redress against subsidies provided to third parties. The fact that these subsidies provided acquire formal legal effect does not mean that his objection can no longer be upheld and that the subsidy can still be provided. The only time the situation differs is if, on the date of the primary decision, the subsidy ceiling had already been reached. In that case it may be appealing to use means of redress against subsidies provided to a 'competing' applicant.<sup>229</sup> After all, if this subsidy decision is cancelled, then there may again be means by which new applications may be granted.<sup>230</sup> Creating an additional option for well-founded appeals has the drawback that it does not offer any real judicial remedy. This is because an additional subsidy has simply been granted but without a previous subsidy – provided erroneously but irrevocably – being withdrawn.<sup>231</sup> These drawbacks can be prevented by creating a concentration of all the decisions taken in the context of a limited public right – i.e. in a single decision or bundle of decisions – or by regarding such decisions as indivisible.<sup>232</sup> Another option is to create a general authority to revoke any irrevocable limited public decision that later proves to have been granted erroneously, i.e. contrary to the obligation of transparency.

In the foregoing, it is assumed that a party has taken note of the decision-making process, so that it was able to use this means of redress and do so within the time-limit. This will be the case, for example, if a refusal decision goes against it. However, it is also possible that – wrongly – no publication at all took place. In such a case it is highly likely that the decision has acquired formal legal effect, even though the obligation of transparency has obviously been breached. What can an economic operator do in that situation? To my

---

229 A point for consideration is that the 'competitor' must be able to be classified as an interested party within the meaning of section 1:2 GALA (inter alia, Council of State 29 May 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, AB 2013/264, with commentary by W. den Ouden).

230 Cf. Council of State 24 December 2013, AB 2014/59, with commentary by A. Drahmman, on the lack of legal interest in bringing proceedings because another mooring permit was irrevocable.

231 See on this subject my annotation to CBB 6 November 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, with commentary by A. Drahmman.

232 Council of State 29 June 2005, AB 2005/365, with commentary by R.J.G.M. Widdershoven, and *Gst.* 2006/6, issue 7243, with commentary by L.M. Koenraad, CBB 8 January 2010, *JB* 2010/75, with commentary by C.J. Wolswinkel and Council of State 24 December 2013, AB 2014/59, with commentary by A. Drahmman.

mind, there are two conceivable options. The first is when there has been an excusable failure to meet the deadline (section 6:11 GALA). In that case the party must – within two weeks of becoming aware of the decision-making process – use means of redress under administrative law. The second option is that the lack of publication is regarded as an unlawful factual act (omission), over which the civil courts have jurisdiction. The economic operator would, in that case, have to summons the legal entity to which the administrative authority belongs.<sup>233</sup>

In addition, I would refer in this regard to the fact that in the context of the allocation procedure a number of decisions are often taken.<sup>234</sup> There are no legal rights of appeal against generally binding regulations and preparatory acts within the meaning of section 6:3 GALA. This could mean that objections to an unclear selection criterion, for example, can only be submitted to the administrative courts at a late stage, i.e. after the limited public decisions are provided. This is undesirable, however, it can be solved in several ways. For example, it is also possible to make previous decisions appealable.<sup>235</sup> The second option is to introduce the concept of 'forfeiture of rights' or 'duty of complaint' into Dutch administrative law as well.<sup>236</sup> In the Grossmann judgment, the European Court of Justice ruled that a person can be regarded, once a public contract has been awarded, as having lost his right of access to the review procedures, if he did not participate in the award procedure for that contract on the grounds that he was not in a position to supply all the services for which bids were invited because there were allegedly discriminatory specifications in the documents relating to the invitation to tender, but he did not seek review of those specifications before the contract was awarded. That ruling is connected to the objectives of speed and effectiveness in the procurement directives: waiting for an award decision before challenging it on the grounds of the discriminatory nature of the specifications, in so far as it may

---

233 See also Huisman & Van Ommeren, *NTB* 2014/6.

234 Van Ommeren distinguishes between the following five decision moments: (i) ceiling and procedural decision, (ii) implementing rules: the regulations, (iii) admission/selection, (iv) award, and (v) granting (Van Ommeren 2004, p. 23ff.).

235 See for example CBB 24 May 2012, *AB* 2013/66, with commentary by C.J. Wolswinkel and CBB 8 May 2014, *ECLI:NL:CBB:2014:308*. Widdershoven and others emphasise that, given the fact that after the interlocutory decision the follow-up procedure is continued, it is necessary for the legitimacy of the decision to be able to be submitted to the administrative courts in the short term. Given the very restrained examination by the Provisional relief judge and furthermore the provisional nature of the judgment in the case of provisional relief pending the objection procedure, the objection procedure should also be bypassed and direct appeal should be possible (Widdershoven and others 2007, pp. 205-206). Van Ommeren is right in thinking that having a large number of appealable decisions is not a good idea from the point of view of procedural economics. He suggests that only the ceiling decision and the granting decision are made appealable, but not the intervening decisions (Van Ommeren 2004).

236 Cf. CBB 10 July 2014, *ECLI:NL:CBB:2014:244*, *AB* 2014/336, with commentary by A. Drahm-mann.

delay, without any objective reason, the commencement of review procedures impairs the effective implementation of the Directives.<sup>237</sup>

Furthermore, it is desirable for the applicants that clarity is created as soon as possible on the usefulness of the limited public decision that has been granted. To facilitate this, one might choose to bypass the objection procedure and make a direct appeal possible. Apart from that, in my opinion, GALA contains enough procedural means to expedite a procedure, such as a request for preliminary relief – with or without short-circuit – the expedited procedure<sup>238</sup> and the administrative loop.<sup>239</sup>

Finally, the enforcement of limited public decisions is a point for consideration. I have already discussed above the possibility of attaching an obligation of execution to limited public decisions. If this obligation of execution is imposed, then enforcement action can be taken against non-execution. If there is no obligation of execution, then often the limited public decision can be revoked.<sup>240</sup> A competitor can therefore also submit a request to an administrative authority for revocation, the revoking of a limited public decision or for enforcement, in the hope that the competitive relationships will be restored as a result.<sup>241</sup>

#### 1.5.5 Conclusion

On the basis of the foregoing, the questions, to what extent the requirements of transparency are already guaranteed in general administrative law and to what extent elements from GALA are at odds with the obligation of transparency, can be answered.

From the case law of the administrative courts it appears that transparency in the allocation of limited public rights is guaranteed up to a certain point. However, there is room for improvement on a number of points. These points for improvement relate to both GALA – and its application – and the case law of the administrative courts. These points for improvement have been described as specifically as possible above. The most important points for improvement lead to these recommendations:

---

237 EUJ of 12 February 2004, C-230/02 and DSC 26 June 2009, NJ 2009/306.

238 Section 8:52 GALA.

239 Van Rijn Van Alkemade argues in favour of assigning suspensive effect to an objection or appeal against a limited public licence, in combination with an obligation on the part of the administrative courts to give an expedited judgment in the dispute within a certain time-limit because this offers perspective on a more balanced safeguarding of legal rights, where the interests of speed, diligence and legal certainty are in better balance with each other (Van Rijn Van Alkemade, *JBplus* 2014, p. 40-53).

240 For subsidy payments, recovery is possible under section 4:57 GALA.

241 It follows from Council of State 4 May 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, AB 2011/317, with commentary by W. den Ouden, that a competitor is an interested party in a procedure to recover a subsidy.

*Recommendations for the legislature*

- It is recommended that, supplementary to the provision on the publication of decisions in section 3:40 GALA et seq., an active general duty of publication for limited public decisions be introduced. On the basis of this, administrative authorities would be obliged to generally publicise the start of a procedure in which a limited public decision will be granted. The publication would have to mention the time-limit for submission of applications and where further information on the allocation procedure and rules can be found. This active general duty of publication on the part of administrative authorities will guarantee that all potentially interested parties can take note of the procedure and take part in it.
- Administrative authorities should be obliged to publicise their decisions – and the allocation of their limited public decisions – centrally on a single website – cf. TenderNed. Although this is not strictly necessary for a sufficient degree of advertising, in my opinion it would considerably improve transparency.
- There is tension between section 4:84 GALA and the obligation of transparency. This can be resolved by including an exception to this section in GALA, if a separate title were to be included in GALA for the allocation of limited public decisions.
- There is tension between section 4:5 GALA and the obligation of transparency. This can be resolved by including in GALA an exception to section 4:5 GALA, if a separate title were to be included in GALA for the allocation of limited public decisions.

*Recommendations for administrative authorities*

- There is tension between section 4:84 GALA and the obligation of transparency. This can be resolved by using a generally binding regulation and not by not laying down allocation criteria and rules in a policy rule.
- It is recommended that administrative authorities comply with an active general duty of publication.
- There is tension between section 4:5 GALA and the obligation of transparency. This can be resolved by applying section 4:5 GALA 'transparently' by including a provision for it in the rules of procedure.

*Recommendations for the administrative courts*

- Administrative authorities must comply with a general duty of publication. The administrative courts could base this obligation on section 3:42 GALA, possibly in combination with the principle of equality or the obligation of transparency.
- There is tension between section 4:84 GALA and the obligation of transparency. This can be resolved by assuming that in limited public de-

cision-making there are never special circumstances that would affect one or more interested parties disproportionately in relation to the objectives of the policy rule.

- According to settled case law from the CbB, strict requirements must be imposed on decision-making relating to the award of a limited public exemption, *inter alia*, for reasons of legal certainty.<sup>242</sup> These strict requirements often show striking similarities with the obligation of transparency. It is recommended that the Council of State adopt this line from case law, where it is desirable for the obligation of transparency or the principle of equal opportunities to be laid down explicitly. I will consider this in more detail in the next paragraph.
- An administrative authority must display a sufficient degree of advertising. This means that an active duty of publication rests on the administrative authority, and there is no duty of investigation on potential applicants. The information must be generally publicised. In addition, an implicit choice in favour of an allocation method is insufficiently transparent. The above applies to all allocation systems, even a system of allocation in order of receipt of applications.
- It is recommended that any evaluation guidelines or evaluation patterns used by the advisory committees to give an additional explanation of the selection criteria, be disclosed.
- The start date for submission of applications cannot be in the past. This equally applies to all allocation systems, even a system of allocation in order of receipt of applications.
- The allocation procedure and criteria must be established prior to the start of the allocation procedure and cannot be amended during the procedure. This means, with regard to the relevant reference date, that the applicable law is the law as it applied on the first day on which the applications could be submitted.<sup>243</sup>

---

242 *Inter alia*, CbB 5 December 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, with commentary by C.J. Wolswinkel.

243 If the last day is taken as a starting point, then the administrative authority should bear the burden of proving that all applicants and potential applicants have taken note of the amendment so that they could adjust their applications accordingly.

## 1.6 SUB-QUESTION 4

*Insofar as the requirements of transparency are, at present, insufficiently guaranteed in Dutch general administrative law and/or there are elements from GALA that are at odds with the obligation of transparency, how can these requirements still be introduced and guaranteed in Dutch administrative law?*

This sub-question is specifically answered in the article/chapter entitled 'How can obligations of transparency be introduced into Dutch administrative law in the allocation of limited public decisions?' (Chapter 11 of this book).<sup>244</sup>

When answering the previous sub-question it was concluded that many transparency requirements are already guaranteed in Dutch administrative law or via general principles of proper administration. Nevertheless, a number of recommendations were also made to improve transparency in the allocation of limited public decisions. In order to be able to achieve these recommendations there are three conceivable options, namely:

- i) the obligation of transparency as part of acknowledged general principles of proper administration;
- ii) recognition of the obligation of transparency as an independent principle; and/or
- iii) codification of the obligation of transparency – or elements thereof – in GALA.

The three options will be elaborated upon, below.

## 1.6.1 The obligation of transparency as part of acknowledged general principles of proper administration

From case law research, it appears that administrative courts are already assessing compatibility with the requirements of transparency, via the principle of impartiality,<sup>245</sup> the formal principle of legal certainty,<sup>246</sup> the preclusion

---

244 Dutch title: *Hoe kunnen transparantieplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?*

245 Inter alia, Council of State 6 June 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, with commentary by C.J. Wolswinkel and Council of State 24 March 2010, JB 2010/119 and AB 2010/137, with commentary by W. den Ouden.

246 CBb 7 December 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 and ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, with commentary by C.J. Wolswinkel, CBb (Provisional relief) 22 April 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, with commentary by C.J. Wolswinkel, CBb 13 December 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031, CBb 8 January 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, with commentary by I. Sewandono and JB 2010/75, with commentary by C.J. Wolswinkel and Council of State 6 April 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 and ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

of arbitrariness and the material principle of due care,<sup>247</sup> the formal principle of due care,<sup>248</sup> and the obligation to state reasons.<sup>249</sup> This reveals that, through a combination of these various principles, the transparency of limited public decision-making is largely guaranteed. Insofar as the above paragraphs show that certain transparency requirements in other aspects are not yet guaranteed, they could also be introduced via these principles by a change in case law. However, the question is whether fragmentation of transparency requirements across various principles – which is actually the status quo – is a good idea.

What stands out is that the principle of equality is not used by the administrative courts as grounds to examine limited public decisions for compatibility with the requirements of transparency, even though the European Court of Justice often refers to the principle of equal treatment and the obligation of transparency in one breath, *inter alia*, by ruling that the obligation of transparency ensues from this principle of equal treatment.<sup>250</sup> This may be due to a difference between the purport of the European principle of equal treatment and the national principle of equality. In one principle the question is whether *potential applicants may* be adversely affected, while in the other one the question looks at whether, in a specific case, there is any *actual detriment* to one party compared to another.

What is interesting in this regard is the judgment from the CBB in which the CBB, in the context of a subsidy tender, considered that it endorsed the administrative authority's view 'that, *from the point of view of equal treatment*, only the substantive information provided by applicants before the end of the time-limit for submission of applications can be included in the evaluation.'<sup>251</sup> In this case, supplementary information was therefore, rightly, excluded from the evaluation. It is also unclear how the CBB would rule *had* it been included: would the 'principle of equality' – in the sense of the principle of equal treatment – have been breached as a result?

By means of a slight modification to the Dutch principle of equality the obligation of transparency can act as a means of creating equal opportunities and thus ensuring fair competition. Such an interpretation is in line with the case law of the European Court of Justice, where it is assumed that the over-

---

247 CBB 15 May 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, with commentary by C.J. Wolswinkel, CBB 6 June 2012, AB 2012/374, with commentary by C.J. Wolswinkel and CBB 24 August 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, with commentary by C.J. Wolswinkel and JB 2012/250, with commentary by L.J. Wildeboer.

248 CBB 24 August 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, with commentary by C.J. Wolswinkel and JB 2012/250, with commentary by L.J. Wildeboer and Council of State 22 February 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519.

249 Council of State 8 September 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, with commentary by F.R. Vermeer.

250 See also Van Ommeren 2011a, p. 256.

251 CBB 6 November 2013, AB 2014/112, with commentary by A. Drahmman.

arching objective of the obligation of transparency is to facilitate fair competition. Treating all potential applicants equally is, according to the European Court of Justice, necessary in order to be able to achieve real competition.<sup>252</sup> The obligation of transparency could be seen as a *means* to reach that objective and thus as a *sub-principle* of the principle of equality.<sup>253</sup>

With that, it is important to note that the obligation of transparency is – almost entirely – a ‘formal’ obligation. The obligation of transparency only imposes requirements on the way in which the allocation procedure should be designed. In that sense, then, a distinction can be drawn between a ‘formal principle of equality’, where an allocation procedure must be designed in such a way that all potential applicants must be given an equal opportunity to be considered for the limited public right, and a ‘material principle of equality’, where the question is whether a right awarded to one should also be awarded to another.

This slight modification to the principle of equality does carry a risk: although the obligation of transparency serves to achieve equality, the specific obligations ensuing from it derogate in terms of their content from the current principle of equality. This adversely affects whether it is possible for those concerned to be aware of the obligation of transparency, so that it is uncertain whether the obligation of transparency can emerge clearly enough through the principle of equality. However, this risk also applies to the obligation of transparency as part of any other principle of proper administration and could only be prevented through the recognition of a principle of transparency or its codification (which will be addressed in the following paragraphs).

In addition, one could ask whether this approach is too theoretical and too far removed from daily administrative law practice. The ground for annulment used most often by the administrative courts is the principle of due care. A breach of the obligation of transparency is therefore seen, in practice, as a lack of due care on the part of the administrative authority. Therefore, it could also be stated that the principle of due care might be a better principle to use as the basis for the obligation of transparency. However, in that case the special nature of limited public rights would be, and would remain, underexposed – wrongly, in my opinion. When answering the previous sub-question I put forward a number of specific examples of allocation procedures that were not conducted transparently, and where the administrative courts did not annul the limited public decisions. One explanation for this could be that the administrative courts are still failing to identify or recognise the special

---

252 Cf. EUCJ 10 October 2013, C-336/12 (Manova) and also EUCJ 18 December 2007, C-220/06, NJ 2008/281 (Correos).

253 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014 (Chapter 8, §3) also state that in the allocation of limited public rights everything revolves around equal opportunities and that, for that reason, a great deal of importance is attached to the transparency of the entire selection process – from announcement up to and including award.

nature of limited public decision-making sufficiently, by aligning with the standards of due care under sections 3:2 and 3:4 GALA. As stated, the obligation of transparency serves three objectives, including offering equal opportunities to potential applicants to be able to actually achieve real competition. Admittedly, it is possible to achieve this by imposing special standards of due care on administrative authorities, but in my view it is better to highlight the ratio of the obligation of transparency in the allocation of limited public rights more effectively by means of the formal principle of equality.

According to settled case law from the CbB, strict requirements must be imposed on decision-making relating to the award of limited public rights.<sup>254</sup> In this respect, the standpoint of equal opportunities for applicants is not mentioned as a basis for these strict requirements. Identifying the formal principle of equality – or principle of equal opportunities – as a fundamental principle underlying the allocation of limited public decisions may ensure that the special nature of limited public decisions is highlighted more effectively. As a corollary to this the obligation of transparency would then be introduced into Dutch administrative law, in the allocation of limited public decisions, as part of this formal principle of equality.

### 1.6.2 Recognition of the principle of transparency as an independent principle

The obligation of transparency could also be introduced into Dutch administrative law by recognising it as an independent general principle of proper administration. The principle of transparency constitutes a concretisation of how a procedure, in which limited public decisions are allocated, must be designed in order to guarantee equal opportunities for all potential applicants.

However, in the administrative courts there appears to be 'some trepidation' about referring to the principle of transparency as such.<sup>255</sup> Given the considerable number of principles of proper administration that have already

---

254 Inter alia, CbB 5 December 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, with commentary by C.J. Wolswinkel, CbB 24 August 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, with commentary by C.J. Wolswinkel and JB 2012/250, with commentary by L.J. Wildeboer, CbB 15 May 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, with commentary by C.J. Wolswinkel and *Gst.* 2012/96, with commentary by W.P. Adriaanse, CbB 7 December 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, with commentary by C.J. Wolswinkel, CbB (Provisional relief) 31 March 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9683 and CbB 8 January 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, with commentary by I. Sewandono and JB 2010/75, with commentary by C.J. Wolswinkel, CbB (Provisional relief) 22 April 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, with commentary by C.J. Wolswinkel.

255 Cf. Widdershoven, *JBplus* 2012, pp. 195-213, in particular pp. 203-204. In Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014 (Chapter 7, §2) the principle of transparency is included for the first time in the summary of general principles of proper administration, where it was noted that the number of judgments that assessed directly for compatibility with the requirement of transparency is still relatively low.

been distinguished, the question of whether yet another principle is really necessary or whether the principles mentioned in the previous paragraph will suffice, is justified.

However, there are a number of arguments for recognising the obligation of transparency as an independent principle – instead of, for example, via the principle of equality. The principle of transparency seems to have its own meaning that goes further than the principle of equality. First, the principle of transparency imposes independent requirements concerning transparency and clarity of the document in which the allocation rules and criteria are set out.<sup>256</sup> Secondly, transparency takes precedence over the principle of equality: without transparency, verifying compliance with the principle of equality is not possible. Thirdly, the principle of transparency serves a broader objective, i.e. the preclusion of any risk of favouritism and arbitrariness by the competent authority.<sup>257</sup> Fourthly, in situations where EU law applies, the principle of transparency has an independent effect, separate from the principle of equality because – irrespective of who is adversely affected by the lack of transparency – the effect is that European freedom of movement is impeded.<sup>258</sup> Recognition of the principle of transparency would also fit in with a tendency – which is being alluded to – towards *distributive* justice as a function of general administrative law.<sup>259</sup> The various objectives that the principle of transparency aims to promote all have this principle as a starting point. Finally, the major advantage of recognising the principle of transparency as an independent principle – instead of using existing principles as a vehicle for transparency requirements – is clarity. If this principle is independent the connection between the various obligations can be articulated,<sup>260</sup> creating a new – integrated – perspective that can develop its own dynamics.<sup>261</sup>

### 1.6.3 Codification of the obligation of transparency – or elements thereof – in GALA

The literature urges a restrained approach to the codification of principles in GALA.<sup>262</sup> Gerards looked at the question of when the codification of an unwritten legal principle might have added value. She believes that codification

---

256 Cf. DSC 4 November 2005, *NJ* 2006/204, with commentary by M.R. Mok.

257 Prechal 2008, Prechal & De Leeuw 2008, in particular p. 231 and Widdershoven, Verhoeven and others 2007, pp. 85-93.

258 Buijze 2013, pp. 153-157.

259 Van Ommeren 2011b, pp. 97-107.

260 Widdershoven, Verhoeven and others 2007, pp. 85-93.

261 Prechal 2008 and Prechal & De Leeuw 2008, in particular p. 241.

262 Schlössels 2012, in particular p. 96. See also Schlössels, *NTB* 2013/24, in which he states that it would be sensible, when changing major system laws such as GALA, to generate calm: 'change prudently, not too often and not too much'.

is only judicially useful if it converts a principle into a rule (transformation) or if the principle has more detail, specific elements, or clauses added to it (modification).<sup>263</sup> These two reasons in particular could yet be grounds for codifying certain specific transparency requirements in GALA.<sup>264</sup>

If a separate title were to be included in GALA for the allocation of limited public decisions then it could contain the following elements:<sup>265</sup>

- A definition of the term 'limited public decision'.
- A definition of the term 'ceiling' and the obligation on the part of the administrative authority to establish and publicise this ceiling prior to the procedure.
- A summary of the possible allocation procedures, i.e. (i) subsidy based on the order of receipt of the application, possibly with a waiting list, (ii) drawing of lots, (iii) comparative assessment, possibly in combination with a financial bid, or (iv) auction; as well as the obligation on the part of the administrative authority to choose the procedure to be followed and to publicise this prior to the procedure.
- The start of the allocation procedure to be publicised in an appropriate manner.
- An obligation to establish and generally publicise the selection criteria by statutory regulation or, possibly, policy rule.<sup>266</sup>
- An exception to section 4:84 GALA or, more generally, a ban on derogating from the established rules, unless the rules themselves contain a possibility of derogation. Once established, the criteria (and the explanatory notes to these) may no longer be amended during the procedure.<sup>267</sup>
- An exception, or a transparent alternative, to section 4:5 GALA. The starting point must be that after the time-limit for submission of applications has expired, applications can no longer be amended or supplemented.
- A provision to the effect that the administrative authority must generally publicise the award decision.
- A provision to the effect that after granting the decision, the administrative authority is not authorised to make substantial amendments to the decision, unless the decision itself contains a possibility of amendment. If the administrative authority still wishes to make such an amendment, the decision will have to be revoked and a new allocation procedure will have to be followed.<sup>268</sup>

---

263 Gerards 2012, pp. 19-38. See also Gerards 2010, pp. 787-807.

264 If one wanted to codify the obligation of transparency in another, broad sense, then codification in Chapter 2 of GALA may be an option. Cf. Gerards 2010, pp. 787-807, in particular p. 791 and Addink 2011, in particular p. 9.

265 See also Drahmman 2010.

266 Cf. Van Ommeren 2004.

267 Cf. Widdershoven, Verhoeven and others 2007, pp. xvi and 85-93.

268 Cf. Den Ouden 2010, pp. 689 – 715.

- A description of the decisions and/or interlocutory decisions that are appealable.
- Making a direct appeal to the administrative courts possible – bypassing the objection phase.

In my opinion, a provision of this nature is not necessary in order to guarantee the obligation of transparency in Dutch administrative law, but it may well add value by clarifying the difference between limited and non-limited public decisions. However, it seems unrealistic to expect the legislature to bring such a provision into effect in the short term.<sup>269</sup> An alternative might be therefore to include, in the Ar Directives, directives for a transparent allocation scheme, or to draft separate 'Ar Directives for the allocation of limited public rights'.<sup>270</sup>

#### 1.6.4 Preferred option

On the basis of the foregoing, the question of how the obligation of transparency can be introduced and guaranteed in Dutch administrative law, can be answered. It has been observed that in the current situation there is a fragmentation of the obligation of transparency across various principles of proper administration. This observation is reassuring, on the one hand because administrative authorities already have to comply – or are complying – to a great extent with the obligation of transparency. On the other hand, the case law research that has been carried out has revealed that the obligation of transparency is not yet fully guaranteed. This is a shame because the obligation of transparency contributes to better decision-making in the allocation of limited public decisions in my opinion. A possible cause for this is that the requirements of transparency are so fragmented that, as a result, the objective of the obligation of transparency – and with it the special nature of limited public decisions – is insufficiently identified and/or recognised.

I set out above three possible options, which could further guarantee the requirements of transparency: (i) setting up the obligation of transparency as an element of the formal principle of equality, (ii) recognition of the obligation of transparency as an independent principle, and/or (iii) codification of the obligation of transparency – or elements thereof – in *GALA*.

In setting out these options I endeavoured to present the advantages and disadvantages of each one as objectively as possible, in particular by describing how the options have been previously described in the literature. However,

---

269 The fourth tranche of *GALA* was also finally submitted to the Dutch Lower House on 22 July 2004 but did not come into effect until five years later, on 1 July 2009.

270 Ideally these Ar Directives would then be suitable for both central and decentralised government.

now is the time to choose one of those options as preferred option. By mere virtue of the fact that all the options have advantages and disadvantages, I did not find the choice to be self-evident. Earlier, I argued in favour of the recognition of the obligation of transparency as an unwritten principle of proper administration, possibly combined with the codification of sub-elements of the obligation of transparency.<sup>271</sup> This preference was based, in particular, on practical reasons: it is a clear choice that introduces the various transparency requirements into administrative law in a relatively simple way. I still find that a valid reason. However, due to the further research that I have done since then, I have now come up with a different preference. In so doing I am giving the underlying objective of the obligation of transparency a heavier weighting than the practical reasons. In my opinion, transparency is a means that serves the principle of equal opportunities. I would therefore prefer to see the obligation of transparency as an element – or sub-principle – of the formal principle of equality. I will begin by looking at the question of why the obligation of transparency, in my view, should not become an independent principle. I will then go on to give my reasons against codification. I will end by explaining why guaranteeing transparency via the principle of equality wins my vote.

A) *Why not an independent principle?*

My main objection to recognising the obligation of transparency as an independent principle is that I feel that it will not contribute to a further clarification of the obligation of transparency in the allocation of limited public decisions. This is due to the fact that 'transparency' is used to mean various things and is particularly associated with the passive obligation to disclose documents.

Alemanno, for example, just recently argued that the obligation of transparency is part of the principle of openness. This principle of openness consists of an obligation of transparency and an obligation of participation. The obligation of transparency in that case affects the – mainly passive – obligation to disclose documents, on request or otherwise. The obligation of participation is an obligation to actively include citizens in decision-making. The principle of openness thereby contributes to democratic decision-making within the European Union.<sup>272</sup> This is just one example that shows how many different meanings the obligation of transparency can have.

According to Prechal and De Leeuw, an independent principle of transparency would be able to articulate better the connection between the various elements of existing principles and, as such, ensure a new – integrated –

---

271 In my preliminary report for the Young Association for Administrative Law (Jonge VAR-reeks 8) and my contribution in Van Ommeren, Den Ouden and Wolswinkel (Ed.) 2011.

272 Alemanno, ELR 2014, p. 72-90.

perspective that, in turn, would be able to develop its own dynamics.<sup>273</sup> However, in my opinion, the concept of 'transparency' is too broad – or too vague – to be able to act as a clear, independently-functioning standard. Buijze also indicated that – depending on the context – the 'principle of transparency' can acquire a different meaning.<sup>274</sup> In itself, it is not unusual for a principle of proper administration to acquire some added colour within a particular special area of administrative law. However, this means that, with the recognition of an independent principle of transparency, limited public decisions would have to be seen as a special area of administrative law, with the new principle of transparency being given an interpretation that contains all the aforementioned requirements of transparency, including the active ones. Wolswinkel states – and I believe he is right – that the allocation of limited public rights falls somewhere between the special areas of administrative law and general administrative law: limited public rights crop up in all sorts of policy areas, but a few elements keep recurring, such as the ceiling and the allocation procedure.<sup>275</sup> This also means that it is uncertain whether the recognition of a principle of transparency would actually contribute to the guaranteeing of transparency requirements in the allocation of limited public decisions.

Buijze does not regard the broad scope of the obligation of transparency as problematic because general principles interpret the more specific underlying principles, thus contributing to the interpretation of those underlying principles.<sup>276</sup> Here, she assumes that transparency is the general standard that is the basis of democratic decision-making. In itself, I agree with Buijze's reasoning. However, I do wonder whether transparency can be considered to be such a general principle. An explanation for the fact that transparency takes on a different meaning depending on the context is – I believe – the fact that transparency is not an end in itself. Alemanno – who assumes a different meaning of transparency – stresses the instrumental nature of an obligation of transparency. Transparency in the meaning of the disclosure of documents contributes to democratic decision-making. Transparency in the allocation of limited public decisions contributes to the equal treatment of all potential applicants. If transparency is not an end in itself, but rather the means to reach a different and overarching objective, in my view it should not be elevated to the status of independent principle.

According to Prechal and De Leeuw, some aspects of transparency go further than the legal principles that already exist.<sup>277</sup> If one looks at the con-

---

273 Prechal 2008 and Prechal & De Leeuw 2008.

274 Buijze, NtER 2011, no. 7, p. 240-248. Widdershoven, Verhoeven and others even refer to it as a 'vague collective term that differs somewhat in content, depending on the area in which the term is used.' (Widdershoven, Verhoeven and others 2007, p. 85).

275 Wolswinkel, *NTB* 2014/7.

276 Buijze 2013, p. 74.

277 Prechal 2008 and Prechal & De Leeuw 2008, in particular p. 231.

nection between transparency and the principle of equality they argue first that the principle of transparency appears to have its own specific meaning, which goes further than the principle of equality. In stating this, they point to independent requirements regarding the clarity of the procurement documentation. These requirements can be breached without there being any question of a breach of the principle of equality. Buijze adopts a similar stance. She points out that the obligation for administrative authorities to establish selection criteria beforehand, to publicise them and no longer amend them, has little to do with equal treatment, but with enabling all applicants to submit an application that is as economically favourable to them as possible.<sup>278</sup> In a contrast to Buijze's assertion, I feel that all the transparency requirements contribute to guaranteeing the equal treatment of potential applicants. I will go into this again in more detail below, under (C). In my opinion, the fact that independent transparency requirements can be drawn up, does not mean that an independent principle should be created out of these requirements. Following the example of the European Court of Justice, it can also be stated that the principle of equality must be observed and that this means that a decision must satisfy certain transparency requirements.

Secondly, Prechal and De Leeuw argue that the independence of the principle of transparency lies in the fact that transparency takes precedence over the principle of equality: without transparency, verifying compliance with the principle of equality is not possible. In my view, the instrumental nature of the obligation of transparency stems from the very fact that transparency makes it possible to check compliance with the principle of equality: transparency is a means of guaranteeing the equal treatment of applicants and potential applicants.

Thirdly, Prechal and De Leeuw argue that the principle of transparency also serves a broader objective than equality, and that is guaranteeing the preclusion of any risk of favouritism and arbitrariness by the contracting authority. However, the fact that transparency serves several objectives, is not a reason, in my opinion, to recognise it as an independent principle; quite the opposite. Again, the instrumental nature of the obligation of transparency stems from this. It is also important that, in the context of the allocation of limited public decisions, it can be stated that, if the equal treatment of potential applicants is guaranteed by transparency, this will also preclude favouritism and arbitrariness by the administrative authority concerned. It is precisely with this broad and formal interpretation of the principle of equality that potential applicants can also be protected.

Buijze has also provided a fourth argument for recognising the principle of transparency. She believes that in situations where EU law applies the principle of transparency has an independent effect, separate from the principle of equality because regardless of who is adversely affected by this lack of trans-

---

278 Buijze 2013, pp. 154-155.

parency, the effect is that European freedom of movement is impeded. She thereby points to the internal market and the Treaty freedoms as the overarching principle underlying transparency. What is more, she argues that transparency lowers transaction costs for all economic operators, thus contributing independently to increasing market efficiency.<sup>279</sup> Transparency in this sense, however, seems to me to be a policy objective rather than a legal standard.

As a corollary to this, Van Ommeren has argued, at a national level, in favour of an obligation to create room for competition (hereinafter referred to as the duty of competition).<sup>280</sup> In so doing, he also pointed to *distributive* justice as a function of general administrative law.<sup>281</sup> In my view, the question of whether a duty of competition exists is a preliminary question. It will have to be seen whether there is any question of a limited public right. If there is, a duty of competition will apply in principle, unless there is a ground for justification – an overriding reason relating to the public interest. If there is such ground for justification, granting a limited public decision without a call to compete must also be an appropriate and proportionate means of fulfilling the ground for justification. If this preliminary question is answered in the affirmative (yes, there is a duty of competition), a procedure for the allocation of the limited public right will have to be commenced. That procedure will have to satisfy a large number of obligations. The obligation of transparency is undoubtedly one of those obligations, but that is still not a reason to introduce an independent principle of transparency. A similar result can be achieved with a principle of equality, considered in the context of the duty of competition.

I have come to the conclusion that the arguments for recognising the obligation of transparency as an independent principle of proper administration, whilst valid, are insufficiently convincing. I doubt whether the recognition of a principle of transparency will clarify which transparency requirements must be complied with in the allocation of limited public decisions. This is caused by the varying meanings which can be given to the notion of 'transparency', depending on the context. In addition, I have a more fundamental objection, and that is that transparency requirements, in my opinion, have in particular an instrumental nature. They contribute to an underlying objective, i.e. – in the context of the allocation of limited public decisions that is being discussed here – the guaranteeing of the equal treatment of all potential applicants. I will go into this again in more detail under (C) below, but first I would like to briefly touch on the possibility of codifying the obligation of transparency.

---

279 Buijze 2013, p. 156 and pp. 272-273.

280 Van Ommeren 2011a, pp.235-265.

281 Van Ommeren 2011b, pp. 97-107.

B) *Why not codify?*

In the context of the third evaluation of GALA, Widdershoven, Verhoeven and others presented a number of arguments as to why an obligation of transparency might be codified in GALA.<sup>282</sup> First, like Prechal and De Leeuw, they point to the clarity that being defined in GALA would give the obligation, instead of using existing principles as a vehicle for transparency requirements. I have already explained above that, given the broad meaning of transparency, I have my doubts about whether this is the best way to achieve the desired clarity. Instead of codifying the principle of transparency as a whole, I would prefer certain specific transparency requirements to be codified.

Secondly, Widdershoven, Verhoeven and others also state that the principle of transparency appears to impose requirements that go beyond those that can be inferred from Dutch principles of proper administration or GALA. In saying so, they give the example that GALA does not have a general obligation for administrative authorities to explicitly establish and generally publicise rules used for the exercise of their powers.<sup>283</sup> Section 4:81 GALA only contains a power to establish policy rules. Furthermore, section 4:84 GALA contains an inherent power of derogation. In paragraph 1.5.2 I dealt with the tension between section 4:84 GALA and the obligation of transparency. In my view, this tension can be resolved by assuming that in limited public decision-making there are no special circumstances that would affect one or more interested parties disproportionately in relation to the objectives of the policy. But if a separate title were to be included in GALA for the allocation of limited public decisions, then it is certainly a good idea to include an exception to this section in GALA. Incidentally, I would also prefer the allocation criteria and rules not to be laid down in a policy rule but rather in a general binding regulation.

I see the possibility of codifying certain specific transparency requirements as a good 'carrot-and-stick' approach. As shown in the previous paragraph, there are no provisions in GALA that run counter to the obligation of transparency. However, it is necessary to flesh out certain provisions for the allocation of limited public decisions, and to do so transparently. If it transpires in future that this fleshing out is still not being added satisfactorily, for example because the administrative courts are not checking whether a decision by an administrative authority satisfies the obligation of transparency – whether or not as an independent principle or through the link with the principle of equality – only then, in my opinion, does it become a task for the legislature. In that case it would be a good idea for there to be a provision in GALA on limited public decisions.

---

282 Widdershoven, Verhoeven and others 2007, pp. 91-92.

283 In the same vein: Van Ommeren 2004, pp. 49-50.

C) *So: transparency as an element of the principle of equality*

I would prefer to see the obligation of transparency as an element of the principle of equality, more precisely the 'formal' principle of equality. The fact is, a distinction can be made between formal, material and procedural equality, as described at length in the dissertation by Gerards. She clarifies the difference between the three forms of equality by giving the following example. The participants in a speed skating race differ in all kinds of respects, for example, talent, level of training, and quality of equipment. Formal equal treatment means that all participants are allowed to turn up at the start and that the same rules apply to all. Procedural equal treatment attaches value to a few differences between the skaters, so that the chance of winning is the same. This could be achieved, for example, by giving a training course to all participants and prescribing and supplying equipment of a certain quality. With this procedural equality there can still be a winner because the differences in talent and speed still exist. With material equal treatment the other differences between the participants will also have to be minimised, for example by giving the slower participants a head start, to produce an equal result – i.e. finishing at the same time.<sup>284</sup>

There is competition in limited public decision-making as well. There will be potentially more applicants than available decisions, so a selection must take place. Applying a material principle of equality is therefore not an option: the very aim of the selection procedure is to appoint a 'winner'. With the obligation of transparency the emphasis lies on establishing and publicising the information relevant for potential applicants at the outset. The emphasis lies on creating equal rules from the beginning. Thus, the circumstance that one of the applicants has little experience of procurement cannot be taken into account, precisely because every applicant must be treated in the same way.<sup>285</sup> Any form of inequality compensation, in principle, is not required under the obligation of transparency, nor is it desirable.<sup>286</sup> For this reason

---

284 Gerards 2002, pp. 12-16. On the matter of procedural equality, Gerards draws attention to the creation of equal opportunities to win. In limited public decision-making I don't believe it is necessary to create procedural equality: all the applicants may be so different that they do not need to have an equal opportunity to win, but they do have a right to equal treatment during the course of the procedure (the rules).

285 According to the District Court of The Hague (Provisional relief) 30 August 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.

286 Here, at the very least, a 'level playing field' must be created. A particular point for consideration here is the position of the tenderer holding the existing contract. If a tenderer already holds the existing contract, it needs to be investigated whether this party has necessary information from the previous concession period, which the other tenderers do not have. If this information is not shared with other potential tenderers it can be ruled that the principle of equality has been breached. Not all potential differences between tenderers can be removed, but a sufficient degree of level playing field does need to be

I regard the obligation of transparency as an element of the formal principle of equality.

I am not the first to regard transparency as an element of the principle of equality. Back in 2004 Van Ommeren pointed out that the principle of equality was a fundamental principle to be complied with in all allocation procedures. The function of the principle of equality in allocation procedures is, according to Van Ommeren, to treat unequal cases – the various applicants – equally. He also pointed out the other formal function that the principle of equality can and must fulfil in the allocation of limited public rights, more so than is ordinarily the case in administrative law: to avoid equal cases being treated unequally.<sup>287</sup> Nevertheless, in his inaugural lecture he does draw a distinction between the principle of equality and the principle of transparency.<sup>288</sup> In 2011 Van Ommeren noted that it is remarkable that in the Dutch administrative courts the principle of equality is almost never, if ever, regarded as a possible basis for creating a duty of competition, even though this is *the* fundamental principle in the allocation of limited public decisions. Even he gives, as a possible explanation, the fact that in Dutch administrative law an appeal on the principle of equality is seen as extremely tiresome and seldom succeeds.<sup>289</sup>

Furthermore, according to Wolswinkel, the obligation of transparency is a 'direct consequence' of the principle of equal treatment. If certain potential applicants are not given the opportunity to submit an application for a limited public decision, then those applicants are being treated unequally compared to other, well-informed potential applicants.<sup>290</sup> I completely agree with this argument. It is all the more notable, then, that Wolswinkel distinguishes between the obligation of a call to compete on the one hand and the substance and timing of this call on the other. He does not categorise these last two elements under the principle of equality, but under the principle of legal certainty.<sup>291</sup> Obviously, a call to publicise that is unclear about which rights are being allocated and the time when applications can be submitted, is contrary to legal certainty. In a case like this, however, there is also a breach or potential breach of the principle of equality because this non-transparent conduct fails to guarantee that all potential applicants can submit an application. Therefore, I also see these aspects as an element of the obligation of transparency and thus the principle of equality.

My preferred option is also in line with Drijber and Stergiou. They believe that it would be clearer if Articles 49 and 56 TFEU served as the only basis for

---

created, according to the District Court of Dordrecht (Provisional relief) 24 January 2008, *TBR* 2008/182, with commentary by B.J.H. Blaisse-Verkooyen and D.C. Orobio de Castro.

287 Van Ommeren 2004, p. 45.

288 Van Ommeren 2004, pp. 49-50.

289 Van Ommeren 2011a, p. 256.

290 Wolswinkel 2013, pp. 329 and 339-342.

291 Wolswinkel 2013, pp. 349-351.

review in the European Court of Justice, with this basis having to be interpreted in the light of the fundamental principle of equal treatment. Transparency should not be seen as a separate legal principle, but as a means of guaranteeing equal treatment.<sup>292</sup> Bovis also describes the obligation of transparency as a concrete and specific expression of the principle of equal treatment. Transparency contributes to this equal treatment because it guarantees the conditions for real competition.<sup>293</sup>

As stated, I would prefer the obligation of transparency to be regarded as an element of the formal principle of equality. The obligation of transparency is instrumental in nature and, in the context of limited public decision-making, contributes to the equal treatment of potential applicants. Also, this option directly gives further interpretation to the special nature of limited public decisions.

This approach also aligns with the case law of the European Court of Justice, which has ruled that 'EU law applies, inter alia, the principle of the equal treatment of tenderers and the corollary obligation of transparency'.<sup>294</sup> In addition, with this, the proposed change to Dutch administrative law is not significant. Instead of arguing in favour of an entirely new principle – the scope of which is unclear – all that is being proposed is a slight modification to the principle of equality. As Van Ommeren has already written, the function of the principle of equality is also to treat *unequal cases equally* so that all potential applicants have an equal opportunity to be considered for the limited public decision. I share Gerards' view that, in order to review compliance with the principle of equality, it must be assessed whether there are two groups that are being treated differently to each other.<sup>295</sup> In limited public decision-making there is also the key question of whether *potential applicants may* be adversely affected by non-transparent conduct.

It can be stated that this option means that transparency requirements will not be sufficiently known because they are only expressed via another principle. However, I have stated above that this risk also exists with the recognition of a general – broad – principle of transparency, and is possibly even greater. If transparency is given another meaning, depending on the context, it will be just as unclear which obligations of transparency apply and when. By choosing the principle of equality as a basis, the risk of more limited awareness is compensated by placing the objective of the obligation of transparency at centre stage: the guaranteeing of equal opportunities.

---

292 Drijber & Stergiou, CMLR 2009, pp. 845-846. They refer in this context to the Opinion of the Advocate General of 17 December 2008, C-250/07, ECLI:EU:C:2008:734.

293 Bovis, CMLR 2012, pp. 247-390, in particular p. 286.

294 EU CJ 10 October 2013, C-336/12.

295 It is not necessary to look again at the differences between the two groups (Gerards 2004, p. 54). There may be an objective and reasonable justification for the difference in treatment. In that case the principle of equality is not breached.

### 1.6.5 Conclusion

Of the three options set out above, for guaranteeing the transparency requirements (i.e.: (i) establishing the obligation of transparency as an element of the formal principle of equality, (ii) recognition of the obligation of transparency as an independent principle, and/or (iii) codification of the obligation of transparency – or elements of it – in GALA) my preference is towards establishing the obligation of transparency as an element of the formal principle of equality.

All of the outlined options have advantages and disadvantages. For the person seeking justice it matters little – putting it rather bluntly – which of these three options is chosen: first and foremost it is important for administrative authorities to comply with the obligation of transparency and that the administrative courts review compliance, so that the person seeking justice is protected from favouritism and arbitrariness.

In my view, it is primarily up to the administrative courts to review compliance with the obligation of transparency. There is nothing standing in the way of an appeal being upheld on the grounds of a breach of the obligation of transparency. Annulment on the grounds of a breach of the principle of due care is the closest in current legal practice. This is now the most frequently used ground for annulment in limited public decisions. Nevertheless, in the previous paragraphs a number of areas for improvement were also set out. Evidently, these are not currently being read into the principle of due care, by the administrative authorities or the administrative courts. That is why my preference is to establish the obligation of transparency as an element of the formal principle of equality. Identifying the principle of equality – or principle of equal opportunities – as a fundamental principle underlying the allocation of limited public decisions could ensure that the special nature of limited public decisions is highlighted more effectively. As a corollary to this the obligation of transparency would then be introduced into Dutch administrative law, as an element of this principle of equality, in the allocation of limited public decisions.

I am therefore primarily calling on administrative authorities to comply with the obligation of transparency when awarding limited public decisions and on administrative courts to review these decisions for compliance with the principle of equality, with the obligation of transparency as part of that. Should it transpire, in future, that the application of the obligation of transparency in Dutch administrative law is still inadequate, only then, in my opinion, does it become a task for the legislature to codify the obligation of transparency – or elements thereof – in GALA.

## 1.7 MAIN QUESTION

*Which transparency requirements should be complied with by Dutch administrative authorities in the allocation of limited public rights in administrative law, to what extent are these requirements already being complied with in Dutch administrative law practice and, if this is not being done satisfactorily, how could these transparency requirements be better guaranteed in Dutch administrative law?*

In this research, the main question is which transparency requirements should be complied with by Dutch administrative authorities in the allocation of limited public rights in administrative law, to what extent these requirements are already being complied with in Dutch administrative law practice and, if this is not being done satisfactorily, how these transparency requirements could be better guaranteed in Dutch administrative law.

This main question will be answered in paragraph 1.7.1 below. Then, in paragraph 1.7.2 I will give a summary of the recommendations drawn up in these concluding observations.

### 1.7.1 Towards a better guarantee of transparency requirements via the formal principle of equality

With regard to the first part of the main question, it can be concluded that the obligation of transparency under EU law applies not only to the granting of contracts and concessions, but is also already applicable to the granting of limited public decisions. The obligation of transparency must be complied with by administrative authorities in both the granting of licences and the provision of subsidies, but only insofar as there is a certain cross-border interest. If that cross-border interest is not present, EU law does not apply. In this respect, it is important that the question of whether there is a cross-border interest is not answered too restrictively.

In my opinion, there are good reasons to introduce the obligation of transparency into Dutch administrative law as well, if EU law does not apply or does not apply directly. The objectives served by the obligation of transparency are also a useful complement to Dutch administrative law in the allocation of limited public decisions. Furthermore, any difference in legal protection between EU law and national disputes that is difficult to justify must be prevented.

Three objectives and nine specific requirements may be inferred from the case law of the European Court of Justice on the obligation of transparency. The first objective is to open up the market to competition. The second objective is to guarantee the preclusion of any risk of favouritism and arbitrariness by administrative authorities. The third and final objective is to ensure that any interested party – or any potential applicant – may decide to submit an

application on the basis of all the relevant information – also defined as guaranteeing equality of opportunity. The nine transparency requirements are: (1) each potential applicant must be guaranteed a sufficient degree of advertising, (2) all conditions and detailed rules of the allocation procedure must be drawn up beforehand in a clear, precise and unequivocal manner, (3) all reasonably informed applicants exercising ordinary care must be able to understand the exact significance of the criteria set and interpret them in the same way, (4) a final date for receipt of applications must be set, so that all applicants have the same period within which to prepare their applications, (5) in principle, any change to the initial application of a single applicant may not be taken into account, (6) the administrative authority must interpret the criteria in the same way throughout the entire procedure, (7) when reviewing the applications, the criteria must be applied to all applications in an objective and uniform manner (8) allocation procedures must be able to be reviewed for impartiality and for that reason decisions must be reasoned, and (9) substantial amendments to essential provisions of the limited public decision are, in principle, not possible.

If the obligation of transparency under EU law does not yet have to be complied with in purely internal situations, but compliance with it is desirable, the logical follow-up question is to what extent the obligation of transparency is already guaranteed in another way in Dutch administrative law. Case law research reveals that – fortunately – in Dutch administrative law the allocation of limited public decisions is already largely transparent. Via general principles of proper administration, such as the principles of due care, proportionality, obligation to state reasons, and the principle of legal certainty, the requirements of transparency are imposed on administrative authorities in the allocation of limited public decisions.

However, certain elements of the obligation of transparency could still be improved. These improvements notably relate to a number of sections from GALA that in principle, can be applied transparently. But, as is also evidenced by the case law, this transparent interpretation is not always adhered to by administrative authorities. This concerns in particular section 3:42 GALA – and, for subsidies, sections 4:23-4:26 GALA – on the publication of decisions, section 4:5 GALA on incomplete applications and section 4:84 GALA on the inherent power of derogation from policy rules. In addition, there are a number of trends in case law that require a certain amount of nuancing. This especially concerns case law relating to the sufficient degree of advertising that the obligation of transparency is intended to guarantee. The obligation of transparency assumes, for example, an active duty of publication by the administrative authority. Publication that is restricted to the known potential applicants is insufficient. An implicit choice in favour of one allocation method is also insufficiently transparent. In addition, the objective of the obligation of transparency is that all applicants must be given an equal opportunity to be considered for the limited public decision. From this point of view, it is difficult

to conceive of a start date for submission of applications being in the past. This has consequences for the way in which applications must be reviewed by the administrative authority in both the primary phase and in the decision-making process. After the time-limit for submission of applications has expired, there is little possibility of supplementing the applications. Finally, it is important that the relative weighting of the allocation criteria for the evaluation of the submitted applications is established.

These limited improvements could be introduced into Dutch administrative law in several ways: the obligation of transparency as an element of already generally recognised general principles of proper administration; recognition of the obligation of transparency as an independent principle; and/or codification of the obligation of transparency – or elements of it – in GALA. My preference is for establishing the obligation of transparency as an element of the formal principle of equality. Identifying the principle of equality – or principle of equal opportunities – as the fundamental principle underlying the allocation of limited public decisions could ensure that the special nature of limited public decisions is highlighted more effectively. As a corollary to this the obligation of transparency would then be introduced into Dutch administrative law in the allocation of limited public decisions as part of this principle of equality.

#### 1.7.2 List of recommendations drawn up

In this dissertation a number of recommendations have been made. The most important general recommendations are also included in these concluding observations. For other recommendations, which often have a high level of detail, please refer to the previous chapters. A list of the recommendations from the concluding observations is set out below. For a quick overview, these have been subdivided into recommendations for the legislature, the administrative authority and the administrative courts.

##### A) *Recommendations for the legislature in a formal sense*

- 1) The concession decision must be added as a legal concept to the Ar Directives. This description must match, as closely as possible, the material concept of concession from Directive 2004/18/EC and the future Concession Directive. This might read as follows: 'a concession is a decision that has as its object the execution of works or services, the consideration of which consists in the right to exploit the works or services or in that right together with a price, and where the concessionaire is obliged to carry out the works or services'.
- 2) In drafting the Environment & Planning Act attention must be paid to the allocation of limited public rights. If a regulation is included in the Environ-

ment & Planning Act for the wider use of the programmatic approach, then it could be stipulated in the Environment & Planning Act – or the underlying regulation – that the development space must be allocated in a transparent manner. In addition, operating licences that are closely linked to the zoning plan, could become part of the integrated environmental permit. An allocation system could be introduced by statutory regulation – the Environment & Planning Act in connection with an environmental regulation or bye-law. This allocation system must be transparent, which means in particular that if operating space becomes available, this must be generally publicised and it must be clear who is eligible for the licence, and what conditions apply. Should such integration still be considered a bridge too far, then it is recommended that the various limited public decisions be allowed to be effected in a coordinated manner, for example through simultaneous adoption of the zoning plan – or granting of the integrated environmental permit – and the operating licence.

- 3) Supplementary to the regulation regarding publication of decisions in section 3:40 GALA et seq., an active general duty of publication for limited public decisions must be introduced. On that basis, administrative authorities would be obliged to generally publicise the commencement of a procedure when a limited public decision is being awarded. The publication would have to mention the submission deadline for applications and where further information on the allocation procedure and rules can be found. This active general duty of publication for administrative authorities will guarantee that all potentially interested parties can take note of the procedure and take part in it.
- 4) Administrative authorities should be obliged to publicise their decisions – and the allocation of their limit public decisions – centrally on a single website – cf. TenderNed. Although this is not strictly necessary for a sufficient degree of advertising, in my opinion it would considerable improve transparency.
- 5) If a separate title were to be included in GALA for the allocation of limited public decisions, an exception must be made to section 4:84 GALA. This would resolve the tension that exists between the inherent power of derogation in the application of policy rules (section 4:84 GALA) and the obligation of transparency. This tension exists because, if there is derogation from the rules enshrined in the policy rule, not all applicants and potential applicants are being treated equally any more.
- 6) If a separate title were to be included in GALA for the allocation of limited public decisions, an exception must be made to section 4:5 GALA. This will resolve the tension that exists between the obligation on the part of an administrative authority to give an applicant the opportunity to supplement an incomplete application (section 4:5 GALA) and the obligation of transparency that assumes that all applicants will have the same period after

publication of the tender notice (the call to compete) within which to prepare their application.

- B) *Recommendations for central and decentralised government bodies that determine those limited allocation schemes*
- 7) Allocation criteria and rules must not be laid down in a policy rule but in a generally binding regulation. This will resolve the tension that exists between the inherent power of derogation in the application of policy rules (section 4:84 GALA) and the obligation of transparency. This tension exists because, if there is derogation from the rules enshrined in the policy rule, not all applicants and potential applicants are being treated equally any more.
  - 8) It must be stated in the allocation scheme how section 4:5 GALA will be applied 'transparently'. This will resolve the tension that exists between the obligation that an administrative authority has to give an applicant the opportunity to supplement an incomplete application (section 4:5 GALA) and the obligation of transparency that assumes that all applicants will have the same period after publication of the tender notice (the call to compete) within which to prepare their applications.
  - 9) In the creation of a limited allocation scheme, the following should be reviewed:
    - a) whether it is necessary to limit the number of available public rights by establishing a ceiling. If no ceiling is established, the obligation of transparency does not apply;
    - b) whether EU law applies because there is a certain cross-border interest or because the basis for the scheme is a European scheme e.g. a subsidy scheme. If this is the case then the obligation of transparency under EU law must be complied with. In purely internal situations the formal principle of equality and the ensuing transparency requirements must be complied with; and
    - c) whether it is necessary to attach an obligation of execution to the decision. If this is necessary, then it cannot be ruled out that the decision may also be designated as a concession or contract. The formal principle of equality and the ensuing obligation of transparency have to be complied with when granting subsidies and licences and the European Directives must be complied with in the award of a contract and – from 2016 – the award of a concession if there is a cross-border interest.

The above considerations must be explicitly reasoned in the explanatory notes, including the conclusion that decision-making cannot take place until a transparent procedure has been followed.

C) *Recommendations for administrative authorities that make limited public decisions*

- 10) Administrative authorities must, in the allocation of limited public rights, comply with the formal principle of equality and the ensuing obligation of transparency. This also applies to purely internal situations where EU law does not apply, as well as, to the granting of limited public licences or exemptions, subsidy provision and certain environmental law legal concepts.
- 11) Administrative authorities must display a sufficient degree of advertising. This means that:
  - a) administrative authorities must comply on time with an active general duty of publication. This obligation ensues from section 3:42 GALA, possibly in combination with the formal principle of equality and the ensuing obligation of transparency;
  - b) there is no duty of investigation on potential applicants, but rather an active duty of publication for administrative authorities, which results in general publication of the allocation procedure;
  - c) an implicit choice in favour of one allocation method is insufficiently transparent;
  - d) evaluation guidelines or evaluation patterns, used by the advisory committees to give an additional explanation of the selection criteria to be used. must be disclosed;
  - e) the start date for submission of applications must be publicised in advance and therefore cannot be in the past;
  - f) the allocation procedure and criteria must be established before the start of the allocation procedure and cannot be amended during the procedure. With regard to the relevant reference date, the applicable law is the law as it applied on the first day on which the applications could be submitted.<sup>296</sup>

The above applies to all allocation systems, even a system of allocation in order of receipt of applications.

- 12) Administrative authorities must assume that in limited public decision-making there can be no special circumstances that would affect one or more interested parties disproportionately in relation to the objectives of the policy rule. This will resolve the tension that exists between the inherent power of derogation in the application of policy rules (section 4:84 GALA) and the obligation of transparency. This tension exists because, if there is derogation from the rules enshrined in the policy rule, not all applicants and potential applicants are being treated equally any more.

---

296 If the last day is taken as a starting point, then the administrative authority should bear the burden of proving that all applicants and potential applicants have taken note of the amendment so that they could adjust their applications accordingly.

D) *Recommendations for the administrative courts*

- 13) The administrative courts must check, when reviewing whether a limited public decision is contrary to any general legal principle, that the decision is not contrary to the formal principle of equality and the ensuing obligation of transparency. If this is the case, it will be evidenced by, inter alia, the aforementioned recommendations, in particular recommendation (11).
- 14) According to settled case law from the CBB, strict requirements must be imposed on decision-making relating to the award of a limited public decision, inter alia, for reasons of legal certainty.<sup>297</sup> These strict requirements often show striking similarities with the obligation of transparency. The CBB should establish the obligation of transparency – as an element of the formal principle of equality (or the principle of equal opportunities) – as the basis for these strict requirements. The other highest administrative courts, in particular the Council of State, should adopt this line of case law.

## 1.8 CONCLUDING STATEMENT

The obligation of transparency under EU law was central to this research. The objective of this obligation is to facilitate competition for limited public decisions, thereby precluding any risk of favouritism and arbitrariness by administrative authorities, and guaranteeing equality of opportunity for each potential applicant. This objective also strikes me as being worth striving for in the allocation of limited public decisions in Dutch administrative law.

In Chapter 1 an example was given of an administrative authority switching from a completely closed licence scheme to a limited licence scheme, and in so doing giving everyone the opportunity to compete for this licence by publicising the fact that the licences would be allocated, and how this would be done. With this transparent conduct the administrative authority ensured that even newcomers were given an equal opportunity to be considered for an operating licence.

If there is a certain cross-border interest, the obligation of transparency must be complied with in the allocation of limited public decisions pursuant to EU law. In my opinion, in purely internal situations administrative authorities must comply with the formal principle of equality and the ensuing transparency requirements, in the allocation of limited public rights.

It appears from case law research that transparency in the allocation of these limited public decisions is guaranteed to a significant extent, but that in several areas useful improvement is still possible. These improvements are

---

<sup>297</sup> Inter alia, CBB 5 December 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, with commentary by C.J. Wolswinkel.

set out in this research paper. The improvements could be introduced into Dutch administrative law in several ways: the obligation of transparency as an element of already generally recognised general principles of proper administration, recognition of the obligation of transparency as an independent principle, and/or codification of – elements of – the obligation of transparency in GALA. My preference is for establishing the obligation of transparency as an element of the formal principle of equality – or principle of equal opportunities. Identifying the formal principle of equality as a fundamental principle underlying the allocation of limited public decisions could ensure that the special nature of limited public decisions is highlighted more effectively. As a corollary to this, the obligation of transparency – as part of this formal principle of equality in Dutch administrative law – would then have to be complied with in the allocation of limited public decisions by administrative authorities.



## Lijst van aangehaalde literatuur<sup>1</sup>

Addink 1999

G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999.

Addink 2011

G.H. Addink, 'De doorbraak van het beginselenrecht in het bestuursrecht; enkele opmerkingen over een conceptueel beginselenrecht', in: A.A.J. de Gier, H.F.M.W. van Rijswijk, J. Robbe e.a. (red.), *Goed verdedigbaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 3-16.

Addink, *NTB* 2014/24

G.H. Addink, 'Europees bestuursrecht in ontwikkeling: op weg naar een Europese Awb', *NTB* 2014, afl. 7, p. 197-206.

Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert, *NJB* 2010, p. 1900-1907

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en S.C.G. van den Bogaert, 'Nederlandse kansspelregulering aan de Europese maat', *NJB* 2010, afl. 29, p. 1900-1907.

Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert 2011

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en S.C.G. van den Bogaert, 'Verdeling van schaarse kansspelvergunningen' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 159-174.

Alemanno, *ELR* 2014, p. 72-90

A. Alemanno, 'Unpacking the Principle of Openness in EU Law: Transparency, Participation and Democracy', *ELR* 2014, afl. 39, p. 72-90.

Van Angeren & Fransen 2010

J.R. van Angeren en D.S.P. Fransen, 'Bestaan er meer kansen voor verhandelbare ontwikkelingsrechten onder de Wet ruimtelijke ordening', in: M.N. Boeve en R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 15-30.

Van Angeren 2011

J.R. van Angeren, 'Emissiehandel en schaarse publieke rechten' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 95-114.

Arrowsmith 2005

S. Arrowsmith, *The Law of public and utilities procurement*, Londen: Sweet & Maxwell 2005.

---

<sup>1</sup> Deze lijst is opgesteld op basis van de Leidraad voor juridische auteurs 2013. De hoofdstukken bevatten echter de voetnoten zoals eerder gepubliceerd in diverse tijdschriften. De weergave van literatuur in de hoofdstukken kan hierdoor afwijken van deze lijst.

- Van den Assem & Van Berlo, *TBR* 2012/106  
F.A. van den Assem en M. van Berlo, 'Gebruik van keurmerken bij aanbestedingen', *TBR* 2012, afl. 6, p. 613.
- Backes, Keessen & Van Rijswick 2012  
Ch. Backes, A. Keessen en M. van Rijswick, *Effectgerichte normen in het omgevingsrecht. De betekenis van kwaliteitseisen, instandhoudingsdoelstellingen en emissieplafonds voor de bescherming van milieu, water en natuur*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.
- Barents & Brinkhorst 2012  
R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012.
- Barkhuysen 2006  
T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2006.
- Bastmeijer 2011  
C.J. Bastmeijer, *Ieder voor zich en de natuur voor ons allen. Over de relatie tussen mens en natuur en de toekomst van het natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.
- Van der Beek, *NtER* 2010, p. 305-317  
J.C.M. van der Beek, 'Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga', *NtER* 2010, afl. 9, p. 305-317.
- Van der Beek & Kroon, *NtER* 2013, p. 115-122  
J.C.M. van der Beek en F.A. Kroon, 'De volgende fase in de goksaga: Quis custodiet ipsos custodes?', *NtER* 2013, nr. 4, p. 115-122.
- Bergevoet, *NtER* 2008, p. 113-118  
J.W.A. Bergevoet, 'De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereguleerde opdrachten nader beschouwd', *NtER* 2008, afl. 4, p. 113-118.
- Blaisse-Verkooyen & Orobio de Castro, *TBR* 2012/44  
B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, 'Voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 1)', *TBR* 2012, afl. 3, p. 236-245.
- Blaisse-Verkooyen & Orobio de Castro, *TBR* 2012/69  
B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, 'Voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 2)', *TBR* 2012, afl. 4, p. 382-388.
- Blaisse-Verkooyen & Orobio de Castro, *TBR* 2012/161  
B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht', *TBR* 2012, afl. 9, p. 895-906.
- Boot & Van Haersolte, *TBR* 2012/179  
A.A. Boot en J.C. van Haersolte, 'Projectontwikkeling in de vuurlinie van aanbestedingsrecht en staatssteun', *TBR* 2012, afl. 10, p. 992-1003.
- Botman, *JBplus* 2013, p. 103-114  
M.R. Botman 'De Dienstenrichtlijn in de bestuursrechtspraak: van lex silencio tot winkeltijden', *JBplus* 2013, afl. 3, p. 103-114.

- Bovis, *CMLR* 2012, p. 247-390  
Ch.H. Bovis, 'Public procurement in the EU: jurisprudence and conceptual directions', *CMLR* 2012, afl. 49, p. 247-390.
- Brans 2011  
M.C. Brans, 'Het gebiedsontwikkelingsplan; de nieuwe rekbaarheid in het milieu-recht', in: M.C. Brans, F. Spijker, M. Lurks en A.G. Bregman, *Hoofdstuk 2 Crisis- en herstelwet, de experimenteerfase voorbij?* (Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht 2011, nr. 39), Den Haag: IBR 2010, p. 3-71.
- Bregman, *BR* 2002, afl. 1, p. 10-20  
A.G. Bregman, 'Zelfrealisatie of aanbesteding; een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest', *BR* 2002, afl. 1, p. 10-20.
- Bregman & De Wolff 2011  
A.G. Bregman en H.W. de Wolff, *Herverkaveling op Ontwikkelingslocaties*, Den Haag: IBR 2011.
- Van den Brink 2010  
J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel' in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink en A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Jonge VAR-reeks 8), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, 63-141.
- Van den Brink 2012  
J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, Deventer: Kluwer 2012.
- Buijze & Widdershoven 2010  
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*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 589-607.
- Buijze, *NtER* 2011, nr. 7, p. 240-248  
A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', *NtER* 2011, nr. 7, p. 240-248.
- Buijze 2013  
A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), Utrecht: Utrecht University 2013.
- Buijze, *ULR* 2013, afl. 3, p. 3-25  
A.W.G.J. Buijze, 'The Six Faces of Transparency', *Utrecht Law Review* 2013, afl. 3, p. 3-25.
- Chalmers, Davies & Monti 2010  
D. Chalmers, G. Davies en Monti 2010, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.
- Chen, *TBR* 2012/199  
T.H. Chen, 'Eerst offertes beoordelen en dan geschiktheid vaststellen? – een riskante vernieuwing', *TBR* 2012, afl. 11, p. 1117-1125.
- Coudray 2014  
L. Coudray, 'La transparence et l'accès aux documents' in: J-B. Auby en J. Dutheil de la Rochère (red.), *Traité de droit administratif européen*, Brussel: Groupe Larcier 2014.

Craig & De Búrca 2011

P. Craig en G. de Búrca, *EU Law. Tekst, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Daalder 2011

E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.

Damen, *Gst.* 1988, p. 151-152

L. Damen, 'Gelimiteerde vergunningstelsels, of ruimer: beschikkingstelsels en het gelijkheidsbeginsel (Ingezonden bijdrage)', *Gst.* 1988, afl. 6853, p. 151-152.

Dankers-Hagenaars 2000a

D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2000.

Dankers-Hagenaars 2000b

D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, 'Het rechtskarakter van de concessie in Nederland', in: *De concessie, 'revival' van een oud instrument? Opstellen inzake de geschiedenis, het rechtskarakter en de toepassing van de concessie, in het bijzonder in de sfeer van Verkeer en Waterstaat*, Den Haag: Ministerie van Verkeer Waterstaat 2000.

Dieperink, *BR* 2009/143

M.A.M. Dieperink, 'Bij heffing gebaat', *BR* 2009, afl. 9, p. 718-725.

Dieperink 2010

M.A.M. Dieperink, *Verhandelbare ontwikkelingsrechten; grondbeleidsinstrument voor baatafoming en verevening*, Den Haag: IBR 2010.

Drahmann 2010

A. Drahmann, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink en A. Drahmann, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie (Jonge VAR-reeks 8)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-197.

Drahmann 2011

A. Drahmann, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 267-292.

Drahmann, *Gst.* 2011/115

A. Drahmann, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *Gst.* 2011, afl. 7362, p. 620-631.

Drahmann, *Gst.* 2011/124

A. Drahmann, 'Kan het subsidierecht transparanter?', *Gst.* 2011, afl. 7363, p. 672-684.

Drahmann, *NALL* 2012, DOI 10.5553/NALL/.000007

A. Drahmann, 'Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen', *NALL* 2012, DOI 10.5553/NALL/.000007.

Drahmann, *NTB* 2012/25

A. Drahmann, 'Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?', *NTB* 2012, afl. 7, p. 184-193.

Drahmann, *JBplus* 2013, p. 141-170

A. Drahmann, 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?', *JBplus* 2013, afl. 3, p. 141-170.

Drahmann, *NTB* 2014/11

A. Drahmann, 'Hoe kunnen transparantieplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?', *NTB* 2014, afl. 4, p. 86-95.

Drijber & Stergiou, *CMLR* 2009, p. 805-846

B.J. Drijber en H. Stergiou, 'Public procurement law and internal market law', *CMLR* 2009, afl. 3, p. 805-846.

Van Eijk & Hins 2011

N.A.N.M. van Eijk en A.W. Hins, 'Verdeling van radiofrequenties' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 45-70.

Estevan de Quesada, *PPLR* 2014, p. 229-224

C. Estevan de Quesada, 'Competition and Transparency in Public Procurement Markets', *PPLR* 2014, afl. 23, p. 229-224.

Fernandez Esteban, *MJ* 1997, p. 143-151

M.L. Fernandez Esteban, 'National Judges and Community law: The Paradox of the Two Paradigms of Law', *MJ* 1997, afl. 4, p. 143-151.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers B.V. 2002.

Gerards 2004

J.H. Gerards, 'Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht' in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, H.J.A.M. van Geest e.a. (red.), *In beginsel; over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 45-66.

Gerards 2010

J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 787-807.

Gerards 2012

J.H. Gerards, 'Beginselrecht 'in de regel'; de juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok en S.D.P. Kole e.a. (red.), *In de regel; over kenmerken, structuur en samenhang in geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 19-36.

't Hart, *TA* 2012, afl. 3, p. 256-267

G. 't Hart, 'Voorstel voor een concessierichtlijn: niet zonder water bij de wijn', *TA* 2012, afl. 3, p. 256-267.

Hebly 2010

J.M. Hebly, 'Bewust kiezen voor een nationaal aanbestedingsbeleid' in: J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel*

- Aanbestedingswet* (Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht 2010, nr. 38), Den Haag: IBR 2010, p. 3-46.
- Hebly & Klijn, *TBR* 2008/157  
J.M. Hebly en M.B. Klijn, 'Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht', *TBR* 2008, afl. 9, p. 822-830.
- Hessel, *Gst.* 2007/28  
B. Hessel, 'Gemeenten en de dienstenrichtlijn (1)', *Gst.* 2007, afl. 7269, p. 113-125.
- Heijnsbroek 2013  
P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid – Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid* (diss. Utrecht), Den Haag: IBR Bouwrecht Monografieën, 2013.
- Hoegge-Kjellehold, *Gst.* 2014/64  
L.A. Hoegge-Kjellehold, 'De wet openbaarheid van bestuur – uitgangspunten en recente ontwikkelingen', *Gst.* 2014/64
- Te Hofsté, *BR* 2009/55  
S. te Hofsté, 'Dienstenrichtlijn: screening van de gemeentelijke bouwregelgeving', *BR* 2009, afl. 4, p. 285-293.
- Hofmann, Rowe & Türk 2012  
H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe, en A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: Oxford University Press (online, januari 2012), DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199286485.001.0001.
- Huisman 2012  
P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.
- Huisman & Van Ommeren, *NTB* 2014/6  
P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: op zoek naar een scherp criterium; feitelijk bestuurshandelen bij de bestuursrechter', *NTB* 2014, afl. 2/3, p. 50-57.
- Van Hulsteijn, *TA* 2012, p. 43-52  
C. van Hulsteijn, 'Uitsluitend recht: uitsluitend onder exceptionele omstandigheden', *TA* 2012, afl. 1, p. 43-52.
- Jacobs 1999  
M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten*, Den Haag: Elsevier 1999.
- Jacobs & Den Ouden 2011  
M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 203-233.
- Jacobs & Den Ouden, *JBplus* 2011, p. 35-58  
M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011, afl. 1, p. 35-58.

Jans, Prechal & Widdershoven 2011

J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Janse 2012

W.M. Janse, *De verdeling van schaarse waterrechten. Een nader onderzoek naar de verdeling van schaarse waterrechten op grond van de waterplannen en het systeem van vergunningverlening* (scriptie UU), Utrecht: Kennispunt Recht, Economie, Bestuur en organisatie 2012.

Janssen & Orobio de Castro, *TBR* 2010/126

J.G.J. Janssen en D.C. Orobio de Castro, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht (2010-1)', *TBR* 2010, afl. 7, p. 686-695.

Judmaier, *TN* 2003, afl. 7, p. 4-5

C. Judmaier, 'Het Europese aanbestedingsrecht is altijd van toepassing', *Tender Nieuwsbrief* 2003, afl. 7, p. 4-5.

Ten Kate & Van den Ende, *Gst.* 2006/149

B.S. ten Kate en T.A.M. van den Ende, 'Subsidie of opdracht. Het moeizame onderscheid tussen de publiekrechtelijke subsidie en de privaatrechtelijke opdracht', *Gst.* 2006, afl. 7261, p. 583-591.

Kortmann 2012

P.P.T. Bovend'Eert e.a., C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008

Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, *The Law of the European Union and the European Communities*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Kleijn, *Gst.* 1988, p. 73-78

G.P. Kleijn, 'Het zorgvuldigheidsbeginsel en gelimiteerde vergunningstelsels', *Gst.* 1988, afl. 6850, p. 73-78.

Koeman 2010

N.S.J. Koeman, *Een wereld te winnen. Enkele beschouwingen over de toekomst van het omgevingsrecht* (afscheidsrede UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2010.

Kuypers & Simon, *BR* 2010/104

P.H.L.M. Kuypers en F.H. Simon, 'Gebiedsontwikkeling en aanbesteding: Het Hof ploegt het veld maar zaait ook twijfel', *BR* 2010, afl. 7, p. 571-582.

Lenaerts, *CMLR* 2004, p. 317-343

K. Lenaerts, "'In the Union we trust": trust-enhancing principles of community law', *CMLR* 2004, afl. 41, p. 317-343.

Lenaerts & Van Nuffel 2011

K. Lenaerts en P. Van Nuffel, *European Union Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2011.

Manunza 2001

E.R. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, Deventer: Kluwer, 2001.

- Manunza 2006, p. 71-89  
E.R. Manunza, 'Alle aanbestedingen zijn interstatelijk', in: E.R. Manunza en L.A.J. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- Manunza 2010  
E.R. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten' in: J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet* (Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht 2010, nr. 38), Den Haag: IBR 2010, p. 47-119.
- Mellenbergh & Schueler, BR 2006/193  
R. Mellenbergh en B.J. Schueler, 'De mogelijkheden van afschaffing of beperking van het zelfrealisatiebeginsel', BR 2006, afl. 10, p. 885-896.
- Meuwese, *RegelMaat* 2013, afl. 2, p. 135-139  
A.C.M. Meuwese, 'Het Europees Parlement op de bres voor een "Europese Awb"', *RegelMaat* 2013, afl. 2, p. 135-139.
- Mulder, *LIEI* 2011, p. 243-262  
J. Mulder, 'A New Chapter in the European Court of Justice Gambling Saga: A Stacked Deck?', *LIEI* 2011, afl. 3, p. 243-262.
- Nicolai 1990  
P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990.
- Nijhof 2000  
M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2000.
- Nijholt 1996  
H. Nijholt, *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw*, Deventer: Kluwer 1996.
- Van Ommeren 2004  
F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
- Van Ommeren 2011a  
F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 235-265.
- Van Ommeren 2011b  
F.J. van Ommeren, 'Bestuursrecht is verdelingsrecht; Iets over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht', in: A.A.J. de Gier, H.F.M.W. van Rijswijk, J. Robbe e.a. (red.), *Goed verdedigbaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 97-107.
- Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011  
F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.
- Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel, *NJB* 2011/1470  
F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011, afl. 28, p. 1858-1866.

- Van Ommeren & Vermont, *Gst.* 2007/7  
F.J. van Ommeren en J. Vermont, 'Uit- en aanbesteden in het publiek- en privaatrecht? De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen', *Gst.* 2007, afl. 7266, p. 29-37.
- Van Ommeren en Wolswinkel, *NTB* 2014/23  
F.J. van Ommeren & C.J. Wolswinkel, 'Naar een Algemene wet bestuursrecht voor de EU', *NTB* 2014, afl. 7, p. 189-196.
- Orobio de Castro & Blaisse-Verkooyen, *TBR* 2011/180  
D.C. Orobio de Castro en B.J.H. Blaisse-Verkooyen, 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht (2010-1)', *TBR* 2011, afl. 11, p. 1016-1027.
- Den Ouden 2002  
W. den Ouden, *De subsidieverplichting: wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2002.
- Den Ouden 2010  
W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 689-715.
- Parlevliet, *BR* 2012/63  
W.H.E. Parlevliet, 'Kroniek van het Aanbestedingsrecht', *BR* 2012, afl. 5, p. 325-334.
- Peeters 2011  
M.G.W.M. Peeters, 'Schaarse broeikasgasruimte in de EU. De verdeling over en uitvoering door lidstaten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 71-93.
- Pennarts 2008  
H.F.T. Pennarts, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2008.
- Pietermaat & Muller, *TA* 2010, p. 341-357  
E. Pietermaat en J. Muller, 'De Wob in het aanbestedingsrecht', *TA* 2010, afl. 5, p. 341-357.
- Prechal, *SEW* 2008/145  
S. Prechal, 'De emancipatie van 'het algemene transparantiebeginsel'', *SEW* 2008, afl. 9, p. 316-322.
- Prechal & De Leeuw, *REALaw* 2007 p. 51-61  
S. Prechal en M.E. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?', *REALaw* 2007, afl. 1, p. 51-61.
- Prechal & De Leeuw 2008  
S. Prechal en M.E. de Leeuw, 'Transparency: A General Principle of EU Law' in: U. Bernitz, J. Nergelius en C. Cardner (eds.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Deventer: Kluwer 2008, p. 201-242.
- Prenen, *Gst.* 2009/69  
E.C.L. Prenen, 'Subsidiëtering; In de greep van de beginselen van het aanbestedingsrecht', *Gst.* 2009, afl. 7320, p. 315-321.

- Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009  
E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009.
- Remme & Buwalda 2014  
H. Remme en W. Buwalda, *Transparante gunningsprocedures voor (schaarse) kansspelvergunningen in Europa; Onderzoek in opdracht van de Kansspelautoriteit*, 2014, <http://www.kansspelautoriteit.nl>.
- Roffel & Van den Hof, *NtER* 2012, p. 252-256  
K. Roffel en G.J.K. van den Hof, 'Het concessiebegrip in het Commissievoorstel betreffende de gunning van concessieopdrachten', *NtER* 2012, afl. 7, p. 252-256.
- Van Rijn van Alkemade 2011  
J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 379-409.
- Van Rijn van Alkemade, *O&A* 2011/37  
J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Overheidsaansprakelijkheid voor schade ontstaan door onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten', *O&A* 2011, afl. 2 p. 69-83.
- Van Rijn Van Alkemade, *JBplus* 2014, p. 40-53  
J.M.J. van Rijn Van Alkemade, *JBplus* 2014, afl. 1, p. 40-53.
- Van Rijswick 2011  
H.F.M.W. van Rijswick, 'De verdeling van schaarse waterrechten' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 133-158.
- Van de Sanden, *TO* 2008, p. 3-12  
C.A.H. van de Sanden, 'Wonderpil of placebo? Het zonebeheerplan in de nieuwe Wet geluidhinder', *TO* 2008, afl. 1, p. 3-12.
- Van de Sanden, *TO* 2012, p. 45-49  
C.A.H. van de Sanden, 'Van placebo naar nieuwe wonderpil? Toetsing van vergunningaanvragen aan het zonebeheerplan', *TO* 2012, afl. 2, p. 45-49.
- Schlössels, *JBplus* 2012, p. 87-100  
R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht: tevreden met een codificatie 'light'?', *JBplus* 2012, afl. 2, p. 87-100.
- Schlössels, *NTB* 2013/24  
R.J.N. Schlössels, 'Ondergewaardeerde wetgeving', *NTB* 2013/24.
- Schlössels & Zijlstra 2010  
R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.
- Schueler 2011  
B.J. Schueler, 'Bestuursrechtelijke beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011, p. 363-378.

- Stalenberg, *BR* 2005/194  
E.J. Stalenberg, 'De zaak Co.Na.Me. Voorlopig eindpunt in een campagne van de Europese Commissie met als doelstelling: meer aanbesteden', *BR* 2005, afl. 10, p. 882-891.
- Stergiou, *NtER* 2011, p. 77-87  
H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel. Een bespreking van het arrest Engelmänn (zaak C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', *NtER* 2011, afl. 3, p. 77-87.
- Steyger, *NTB* 2008/1  
E. Steyger, 'De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2008, afl. 1, p. 1-10.
- Steyger, *SEW* 2014/24  
E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie', *SEW* 2014, afl. 2, p. 66-74.
- Szydło, *ELR* 2009, p. 720-737  
M. Szydło, 'Contracts beyond the scope of the EC procurement Directives – who is bound by the requirement for transparency?', *ELR* 2009, p. 720-737.
- Van Tilborg, *BR* 2012/31  
D. van Tilborg, 'Schaarste en mededinging bij gronduitgiftes en ander privaatrechtelijk handelen door gemeenten', *BR* 2012, afl. 3, 168-175.
- Tjepkema 2010  
M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel*, Deventer: Kluwer 2010.
- Türk 2006  
A. Türk, *EU Administrative Governance*, Cheltenham, UK : E. Elgar. 2006.
- Van den Bogaert & Cuyvers, *CMLR* 2011, p. 1175-1213  
S. van den Bogaert en A. Cuyvers, "'Money for nothing": the case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling', *CMLR* 2011, afl. 48, p. 1175-1213.
- Verheij, *JBplus* 2003, p. 26-47  
N. Verheij, 'Tussen toen en nu; het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', *JBplus* 2003, p. 26-47.
- Widdershoven 2004  
R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbeginselen in het Europese recht', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, H.J.A.M. van Geest e.a. (red.), *In beginsel; over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 293-327.
- Widdershoven, *JBplus* 2012, p. 195-213  
R.J.G.M. Widdershoven, 'Back to the future: de Europese Unie en het algemeen bestuursrecht', *JBplus* 2012, afl. 2, p. 195-213.
- Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007  
R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb (Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006)*, Den Haag: WODC 2007, p. 85-93.

- Wolswinkel, *REALaw* 2009, p. 61-104  
C.J. Wolswinkel, 'The allocation of a Limited Number of Authorities, Some General Requirements from European Law', *REALaw* 2009, afl. 2, p. 61-104.
- Wolswinkel, *SEW* 2009/120  
C.J. Wolswinkel, 'Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009, afl. 7, 287-299.
- Wolswinkel 2011  
C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 177-201.
- Wolswinkel 2013  
C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten; Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.
- Wolswinkel, *JBplus* 2013, p. 62-80  
C.J. Wolswinkel, 'De verdeling van schaarse vergunningen. Convergence in de jurisprudentie?', *JBplus* 2013, afl. 2, p. 62-80.
- Wolswinkel, *NTB* 2014/7  
C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd', *NTB* 2014, afl. 2/3, p. 58-66.
- Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014  
W. Konijnenbelt en R.M. van Male, Van Wijk, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.
- Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011  
W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Van Wijk. Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011.
- Zijlstra, *NTB* 2009/1  
S.E. Zijlstra, 'Burgerplichten en burgerlasten in het bestuursrecht', *NTB* 2009, afl. 1, p. 1-9.

## Lijst van aangehaalde jurisprudentie<sup>1</sup>

*Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen/Hof van Justitie van de Europese Unie*

- HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257.  
HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, AB 1996/249, m.nt. F.H. van der Burg, JB 1996/121 en NJ 1997/145.  
HvJ EU 25 april 1996, C-87/94, ECLI:EU:C:1996:161.  
HvJ EG 10 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525, AB 1999/31, m.nt. F.H. van der Burg, Gst. 1999/4, m.nt. I.L. Kortenbach-Buys en NJ 1999/519.  
HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98, ECLI:EU:C:1999:534, NJ 2000/528 en BR 2000, p. 984.  
HvJ EG 18 november 1999, C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567.  
HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, NJ 2001/387.  
HvJ EU 12 juli 2001, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401, NJ 2002/11.  
HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553.  
HvJ EG 3 december 2001, C-59/00, ECLI:EU:C:2001:654.  
HvJ EU 18 juni 2002, C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379, NJ 2003/122.  
HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, NJ 2003/465.  
HvJ EU 27 februari 2003, C-327/00, ECLI:EU:C:2003:109, NJ 2003/653.  
HvJ EG 11 september 2003, C-6/01, ECLI:EU:C:2003:446.  
HvJ EG 4 december 2003, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, NJ 2004/234.  
HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93.  
HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236.  
HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, NJ 2006/171, m.nt. M.R. Mok.  
HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, NJ 2006/226, m.nt. M.R. Mok.  
HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31, NJB 2007/768.  
HvJ EG 19 april 2007, C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227, NJ 2007/417, m.nt. M.R. Mok.  
HvJ EG 26 april 2007, C-195/04, ECLI:EU:C:2007:248.  
HvJ EU 18 juli 2007, C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445.

---

<sup>1</sup> Deze lijst is opgesteld op basis van de Leidraad voor juridische auteurs 2013. De hoofdstukken bevatten echter de voetnoten zoals eerder gepubliceerd in diverse tijdschriften. De weergave van jurisprudentie in de hoofdstukken kan hierdoor afwijken van deze lijst. Zo zijn bijvoorbeeld in deze lijst de LJV-nummers vervangen voor de ECLI-nummers.

- HvJ EG 13 september 2007, C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508, NJ 2008/40 en BR 2008/29, m.nt. A.E. Broesterhuizen.
- HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676, NJ 2008/101, m.nt. M.R. Mok.
- HvJ EG 18 december 2007, C-220/06, ECLI:EU:C:2007:815, NJ 2008/281 en BR 2008/60, m.nt. A. ter Mors en G.J. van de Wetering.
- HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40, NJ 2008/307, BR 2008/61, m.nt. G. 't Hart en AB 2008/81, m.nt. E. Steyger.
- HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102, BR 2008/111, m.nt. P.H.L.M. Kuypers.
- HvJ EG 15 mei 2008, C-147/06, ECLI:EU:C:2008:277, NJ 2008/445, m.nt. M.R. Mok, BR 2008/142, m.nt. P.H.L.M. Kuypers.
- HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, BR 2009/19, m.nt. E.E. Zeelenberg.
- HvJ EG 17 juli 2008, C-347/06, ECLI:EU:C:2008:416.
- HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621.
- HvJ EU 10 september 2009, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540.
- HvJ EU 10 december 2009, C-299/08, ECLI:EU:C:2009:769.
- HvJ EG van 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168.
- HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182, NJ 2010/367.
- HvJ EU 22 april 2010, C-423/07, ECLI:EU:C:2010:211.
- HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307, NJ 2010/490, m.nt. Mok, AB 2011/17, m.nt. A.W.G.J. Buijze, JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en NJB 2011/880.
- HvJ EU 8 september 2010, C-316/07, ECLI:EU:C:2010:504, NJ 2010/645, m.nt. M.R. Mok.
- HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506, NJ 2010/661.
- HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, ECLI:EU:C:2010:697, NJ 2011/87.
- HvJ EU 22 december 2010, C-338/09, ECLI:EU:C:2010:814, NJ 2011/249.
- HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, EHRC 2011/65, m.nt. J.R. Groen.
- HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130.
- HvJ EU 24 maart 2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172, BR 2011/92, m.nt. G. Aarts.
- HvJ EU 21 december 2011, C-482/10, ECLI:EU:C:2011:868, AB 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.
- HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80, AB 2012/189, m.nt. C.J. Wolswinkel en NJ 2012/308, m.nt. M.R. Mok.
- HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191.
- HvJ EU 24 april 2012, T-554/08, ECLI:EU:T:2012:194.
- HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, M en R 2012/105 en NJB 2012/1420.
- HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, ECLI:EU:C:2012:505, AB 2012/324, m.nt. A. Drahmman en NJ 2012/623, m.nt. M.R. Mok.
- HvJ EU 24 januari 2013, C-186/11, ECLI:EU:C:2013:33, NJ 2013/271, m.nt. M.R. Mok.

HvJ EU 12 september 2013, C-660/11 en C-8/12, ECLI:EU:C:2013:550, NJ 2014/17, m.nt. M.R. Mok.  
HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647.  
HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, NJ 2014/96, m.nt. M.R. Mok, TA 2014/6, m.nt. A. Drahmman en JAAN 2014/3, m.nt. A. Drahmman (Belgacom).  
HvJ EU 14 november 2013, C-388/12, ECLI:EU:C:2013:734.

GEA 9 september 2009, T-437/05, ECLI:EU:T:2009:318.  
GEU 20 mei 2010, T-258/06, ECLI:EU:T:2010:214.  
GEU 15 april 2011, T-297/05, ECLI:EU:T:2011:185, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman.

*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*

ABRvS 3 april 1991, ECLI:NL:RVS:1991:AN2074, AB 1991/555.  
ABRvS 3 april 1991, ECLI:NL:RVS:1991:AN2239, AB 1992/46.  
ABRvS 28 oktober 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AN5242, BR 1997, p. 269, Gst. 1997/3, m.nt. E. Brederveld en AB 1997/17, m.nt. F.C.M.A. Michiels.  
ABRvS 16 april 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5537, AB 1998/75.  
ABRvS 4 november 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN6169, AB 1999/479, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.  
ABRvS 3 april 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6327, AB 2000/203, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.  
ABRvS 19 januari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AC0097, AB 2001/113, m.nt. N. Verheij.  
ABRvS 25 juli 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6780, AB 2001/339, m.nt. N. Verheij.  
ABRvS 12 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776, AB 2001/335, m.nt. N. Verheij.  
ABRvS 26 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD4360, AB 2001/356, m.nt. N. Verheij.  
ABRvS 19 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AL2366, JB 2002/46 en BR 2002/79, m.nt. M.A.A. Soppe en J.W. Weerkamp.  
ABRvS 5 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3643, AB 2003/124, m.nt. N. Verheij.  
ABRvS 13 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF0298, AB 2003/135, m.nt. N. Verheij.  
ABRvS 20 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1204, AB 2003/404, m.nt. N. Verheij.  
ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer.  
ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2201, AB 2005/239, m.nt. N. Verheij.  
ABRvS 29 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT8432, AB 2005/365, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, en Gst. 2006/6, m.nt. L.M. Koenraad.  
ABRvS 25 augustus 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU2849, AB 2005/390, m.nt. J.H. van der Veen.

- ABRvS 19 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU4565, *JB* 2006/6, *AB* 2006/59, m.nt. F.R. Vermeer.
- ABRvS 8 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV3886.
- ABRvS 20 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815.
- ABRvS 3 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5491, *AB* 2007/224, m.nt. W. den Ouden, *JB* 2007/31, m.nt. A.J. Bok en *NJB* 2007/280.
- ABRvS 7 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7984, *AB* 2008/86, m.nt. N. Verheij.
- ABRvS 14 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0670, *AB* 2007/212, m.nt. J.H. Jans en *NJB* 2007/731.
- ABRvS 4 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2263, *AB* 2007/163, m.nt. A. Tollenaar.
- ABRvS 4 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8722, *AB* 2008/99, m.nt. N. Verheij.
- ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9794, *JB* 2007/168 en *AB* 2008/28, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden.
- ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831, *AB* 2007/302, m.nt. J.H. Jans en *NJB* 2007/1603.
- ABRvS 15 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB1756, *AB* 2008/29, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden.
- ABRvS 14 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1483.
- ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3618, *AB* 2008/228, m.nt. F.R. Vermeer en *JB* 2008/165.
- ABRvS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF1012, *AB* 2009/77, m.nt. J.E. van den Brink.
- ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, *AB* 2009/17, m.nt. A.T. Marseille.
- ABRvS 8 oktober 2008, *AB* 2009/223, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, *JB* 2009/6, m.nt. M.A.Heldeweg.
- ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429.
- ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3950, *AB* 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade.
- ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248, *AB* 2009/369, m.nt. M. Nijhuis en W. den Ouden.
- ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654.
- ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7186, *AB* 2010/87, m.nt. W. den Ouden, *BA* 2009/239.
- ABRvS 22 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3416, *AB* 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.
- CBb 30 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BN5532, *AB* 2010/265, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- ABRvS 6 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK8364.
- ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3327, *AB* 2010/214, m.nt. W. den Ouden en *JB* 2010/80, m.nt. A.J. Bok.
- ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8723, *JB* 2010/119, *AB* 2010/137, m.nt. W. den Ouden en *NJB* 2010/750.
- ABRvS 30 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9639, *NJB* 2010/1424.
- ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6988.

- ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, *JB* 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en *AB* 2011/232, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 24 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4872.
- ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7358, *AB* 2011/87, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 15 december 2010 ECLI:NL:RVS:2010:BO7333, *JB* 2011/41, m.nt. G. Overkleeft-Verburg en *AB* 2011/33, m.nt. P.M.J. de Haan.
- ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1354, *AB* 2011/86, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.
- ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8768, *AB* 2011/230, m.nt. C.J. Wolswinkel, *JB* 2011/131, m.nt. redactie en *NJB* 2011/880.
- ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297.
- ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.
- ABRvS 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2679, *BR* 2011/151, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker en *Gst.* 2011/61, m.nt. G.H.J. Heutink.
- ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, *AB* 2011/317, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195, *JB* 2011/210 en *AB* 2011/316, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3124, *BR* 2012/33, m.nt. C.A.H. van de Sanden, M en R 2012/25, m.nt. T. Brouwer en *JM* 2011/132, m.nt. F. Arents.
- ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5443.
- ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444.
- ABRvS 28 november 2011, *AB* 2008/73, m.nt. K.F. Bolt.
- ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519.
- ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4538, *AB* 2012/153, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *TBR* 2012/127, m.nt. I.L. Haverkate en *NJB* 2012/1334.
- ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, *AB* 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel en *BA* 2012/155.
- ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1076, *AB* 2013/64, m.nt. A.J. Metselaar en J.M.J. van Rijn van Alkemade.
- ABRvS 22 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5285.
- ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8314, *AB* 2013/63, m.nt. M.R. Botman.
- ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, *AB* 2012/397, m.nt. A. Drahmman.
- ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2502, *BR* 2013/12, m.nt. E.J. van Baardewijk en *TBR* 2013/30, m.nt. J.B. Mus.
- ABRvS 14 november 2002, ECLI:NL:RVS:2012:BY3051, *JB* 2013/5 en *AB* 2013/121, m.nt. A. Drahmman.
- ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4464.
- ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6659, *JB* 2013/23, m.nt. G. Overkleeft-Verburg.
- ABRvS 9 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY7991, *BR* 2013/63, m.nt. A. Drahmman.

- ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9910, *JB* 2013/61, m.nt. G. Overkleeft-Verburg en *AB* 2013/302, m.nt. A.M. Klingenberg.
- ABRvS 7 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4007, *JB* 2013/81, m.nt. G. Overkleeft-Verburg en *NJB* 2013/819.
- ABRvS 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7542, *AB* 2013/219, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7782, *AB* 2013/214, m.nt. A. Drahmman.
- ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, *AB* 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, *AB* 2013/264, m.nt. W. den Ouden, *BA* 2013/146 en *JB* 2013/147.
- ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1381, *AB* 2013/356, m.nt. A. Drahmman.
- ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888, *JB* 2013/200, m.nt. J.H. Keinemans en *AB* 2013/421, m.nt. P.J. Stolk.
- ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1228, *AB* 2013/385, m.nt. A. Drahmman.
- ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1365, *AB* 2014/31, m.nt. M.A.M. Dieperink.
- ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, *AB* 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2546, *AB* 2014/59, m.nt. A. Drahmman.
- ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, *AB* 2014/124, m.nt. A. Drahmman.
- ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2286, *TBR* 2014/133, m.nt. J.C. van Oosten en I.L. Haverkate.
- ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495 en ECLI:NL:RVS:2014:2488.
- ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2770.

*College van Beroep voor het bedrijfsleven*

- CBb 17 mei 1995, *RBA* 1994/95, p. 211, m.nt. L.J.A. Damen.
- CBb 3 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1115.
- CBb 20 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE9952.
- CBb 15 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO9139, *AB* 2004/231, m.nt. J.H. van der Veen.
- CBb 24 februari 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT1735, *AB* 2005/165, m.nt. J.H. van der Veen en *JB* 2005/225, m.nt. A.J. Bok.
- CBb (vz.) 17 oktober 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU4408, *AB* 2006/46, m.nt. J.H. van der Veen.
- CBb 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460, *JB* 2008/67.
- CBb 20 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC1621, *AB* 2008/31, m.nt. I. Sewandono.
- CBb 9 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, *AB* 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

- CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, *JB* 2009/188, *NJB* 2009/1299, *BR* 2011/7, m.nt. E.W.J. de Groot en M.J. Gruppen en *AB* 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI7334 en *AB* 2009/374, m.nt. C.J. Wolswinkel, *Gst.* 2009/132, m.nt. R. Kooper en *NJB* 2009/1298.
- CBb 3 juli 2009, ECLI:NL:CBB:2009:bj6164, *AB* 2009/334, m.nt. I. Sewandono, *NJB* 2009/1539 en *JB* 2009/227.
- CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, *AB* 2010/73, m.nt. I. Sewandono, *NJB* 2010/511, en *JB* 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb (vz.) 31 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9683.
- CBb 28 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM4375, *AB* 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel en *JB* 2010/189.
- CBb (vz.) 29 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4119, *AB* 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en *BA* 2010/230.
- CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4727, *JB* 2010/243.
- CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730, *JB* 2010/244.
- CBb 10 november 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BP0447.
- CBb 18 november 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO5764, *AB* 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel, *JB* 2011/15, m.nt. M.J. Jacobs en *NJB* 2011/3.
- CBb 26 november 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO6539, *AB* 2011/38, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 22 januari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP3265.
- CBb 4 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP4812, *AB* 2011/89, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 2 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP7228.
- CBb 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ1786, *AB* 2011/164, m.nt. W. den Ouden en *BA* 2011/102.
- CBb 21 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3751, *AB* 2011/192, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade.
- CBb (vz.) 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, *AB* 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3759.
- CBb 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763, *AB* 2011/180, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 20 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ9551.
- CBb 17 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ9603, *NJB* 2011/1505, *AB* 2012/110, m.nt. W. den Ouden en *JB* 2011/205, m.nt. G. Overkleeft-Verburg.
- CBb (vz.) 7 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, *AB* 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 7 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5050, *AB* 2012/111, m.nt. W. den Ouden en *JB* 2011/204.
- CBb (vz.) 19 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6359, *AB* 2011/364, m.nt. A. Drahmman.
- CBb 11 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5338.
- CBb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5467, *JB* 2012/20 en *AB* 2012/109, m.nt. W. den Ouden.
- CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507.

- CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, *AB* 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0936, *AB* 2012/161, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade, *NJB* 2012/554 en *JB* 2012/59.
- CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0940.
- CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942.
- CBb 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, *AB* 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.
- CBb 15 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV7097, *AB* 2012/148, m.nt. C.J. Wolswinkel en *Gst.* 2012/65, m.nt. W.P. Adriaanse.
- CBb 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0420, *AB* 2012/147, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, *AB* 2012/146, m.nt. A. Drahmman.
- CBb 9 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6496, *AB* 2013/202, m.nt. J.E. van den Brink en S. Pereth en *NJB* 2012/1387.
- CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, *AB* 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel en *Gst.* 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse.
- CBb 24 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7152, *AB* 2013/66, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 25 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6988, *AB* 2013/203, m.nt. J.E. van den Brink en S. Pereth.
- CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946, *AB* 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb (vz.) 25 juli 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX3086, *NJB* 2012/1719.
- CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, *AB* 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel, *NJB* 2012/1966, *JB* 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer en *JIN* 2012/210, m.nt. L.J. Wildeboer.
- CBb 5 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8344.
- CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, *AB* 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031, *AB* 2013/295, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871, *AB* 2013/296, m.nt. C.J. Wolswinkel.
- CBb 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, *AB* 2013/294, m.nt. C.J. Wolswinkel en *NJB* 2013/2031.
- CBb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, *AB* 2014/112, m.nt. A. Drahmman.
- CBb 8 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:308.
- CBb 10 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:244, *AB* 2014/336, m.nt. A. Drahmman.

*Centrale Raad van Beroep*

- CRvB 17 oktober 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AE8520, *RSV* 2001/16.
- CRvB 12 juni 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AB3262, *JB* 2001/198.
- CRvB 11 december 2002, *RZA* 2003/56.

*Hoge Raad*

- HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, *NJ* 2004/35, m.nt. M.A.M.C. van den Berg, *BR* 2003/190, m.nt. H. de Nijholt en *AB* 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren.
- HR 23 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4610, *AB* 2004/157, m.nt. F.J. van Ommeren, *Gst.* 2003/137, m.nt. M.A. Heldeweg en *NJ* 2003/495.
- HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron.
- HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806, *BR* 2006/36, m.nt. H. Nijholt en *NJ* 2006/204, m.nt. M.R. Mok.
- HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0467, *NJ* 2009/306, *NJB* 2009/1344 en *BR* 2009/182.
- HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900, *NJ* 2012/111, m.nt. M.R. Mok en *NJB* 2011/2154.
- HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, *NJ* 2012/142 en *NJB* 2012/600.
- HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6696, *RvdW* 2012/545.
- HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkoooyen, *NJB* 2013/16, *RvdW* 2013/12 en *TA* 2013/119, m.nt. J.M. Dijkman-Uulders en S.G. Tichelaar.
- HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, *TA* 2013/119, m.nt. J.M. Dijkman-Uulders en S.G. Tichelaar, *NJB* 2013/15 en *BR* 2013/48, m.nt. M.A. de Jong.
- HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543, *NJ* 2013/317, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2013/108, m.nt. A.J. Metselaar en W. den Ouden, *NJB* 2013/248 en *O&A* 2013/20.
- HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, *TBR* 2013/118, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkoooyen, *NJB* 2013/1307 en *NJ* 2013/572, m.nt. C.E.C. Jansen.
- HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, *NJB* 2014/1021 en *RvdW* 2014/687.

*Gerechtshoven*

- Hof Arnhem 25 juni 1996, ECLI:NL:GHARN:1996:AS5606, *BR* 1996, p. 753.
- Hof Arnhem 24 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ1985.
- Hof Amsterdam 25 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ3705, *NJF* 2011/186.
- Hof Den Bosch 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY3289.
- Hof Den Bosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1472.
- Hof Den Haag 21 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV6808.
- Hof Arnhem 7 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4609.
- Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806.
- Hof Arnhem 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY2248.
- Hof Leeuwarden 20 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635.

*Rechtbanken*

- Rb. Den Haag 8 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ6335.
- Rb. Arnhem 20 juli 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB1054.

- Rb. Arnhem 21 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC2707, *AB* 2008/46, m.nt. F.C.M.A. Michiels en *JB* 2008/51, m.nt. R.J.N. Schlössels.
- Rb. Dordrecht (vz.) 24 januari 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC2882, *TBR* 2008/182, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro
- Rb. Arnhem 31 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC3256.
- Rb. Utrecht (vz.) 28 januari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH1082.
- Rb. Haarlem (vz.) 2 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9497.
- Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1302, *Gst.* 2009/123, m.nt. A.R. Neerhof.
- Rb. Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852.
- Rb. Arnhem (vz.) 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451, *BR* 2011/28, m.nt. J.M. Dijkman-Uulders.
- Rb. Rotterdam 6 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP0013.
- Rb. Amsterdam (vz.) 8 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP5163, *RVR* 2011/53.
- Rb. Amsterdam (vz.) 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6264.
- Rb. Zwolle (vz.) 13 december 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BV9362.
- Rb. Den Haag (vz.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1636.
- Rb. Den Haag (vz.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1638.
- Rb. Arnhem (vz.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV3641.
- Rb. Den Haag (vz.) 26 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV7044.
- Rb. Groningen (vz.) 1 februari 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BV3104.
- Rb. Arnhem (vz.) 3 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312.
- Rb. Rotterdam (vz.) 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091.
- Rb. Rotterdam (vz.) 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV7050.
- Rb. Den Haag (vz.) 13 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV7746.
- Rb. Arnhem (vz.) 17 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV7084.
- Rb. Den Haag (vz.) 17 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8342.
- Rb. Amsterdam (vz.) 21 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8489.
- Rb. Maastricht (vz.) 27 februari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV7037.
- Rb. Den Haag 29 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5722, *Gst.* 2013/62, m.nt. F.H.K. Theissen en R.J.M.H. de Greef.
- Rb. Zutphen (vz.) 1 maart 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5058.
- Rb. Haarlem (vz.) 6 maart 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7715.
- Rb. Rotterdam (vz.) 26 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5773.
- Rb. Den Haag (vz.) 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018.
- Rb. Den Bosch (vz.) 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW0035.
- Rb. Assen (vz.) 2 april 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW4855.
- Rb. Den Bosch 27 april 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW6321.
- Rb. Rotterdam (vz.) 10 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760.
- Rb. Den Haag (vz.) 11 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6061.
- Rb. Arnhem (vz.) 11 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7823.
- Rb. Zutphen (vz.) 22 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW6294, *BR* 2012/145, m.nt. M. Dijkman.
- Rb. Amsterdam (vz.) 29 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1677, *BR* 2012/146, m.nt. W.H.E. Parlevliet.

- Rb. Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185, *BR* 2012/127, m.nt. A. Drahmman.
- Rb. Amsterdam (vz.) 1 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3758.
- Rb. Almelo (vz.) 4 juni 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW7541.
- Rb. Almelo (vz.) 4 juni 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW7664.
- Rb. Amsterdam (vz.) 7 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7787.
- Rb. Arnhem (vz.) 13 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX3549.
- Rb. Arnhem (vz.) 13 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX3550.
- Rb. Arnhem (vz.) 13 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX3551.
- Rb. Haarlem (vz.) 14 juni 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX0160.
- Rb. Den Bosch (vz.) 18 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8668, *RVR* 2012/97.
- Rb. Den Haag (vz.) 19 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW9894.
- Rb. Zwolle (vz.) 27 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW9819.
- Rb. Den Bosch (vz.) 10 juli 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX2394.
- Rb. Den Haag (vz.) 25 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3356.
- Rb. Utrecht (vz.) 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3372.
- Rb. Arnhem (vz.) 2 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX7020.
- Rb. Den Haag (vz.) 14 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7535.
- Rb. Amsterdam (vz.) 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6264.
- Rb. Alkmaar (vz.) 23 augustus 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BY1651.
- Rb. Den Haag (vz.) 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.
- Rb. Utrecht (vz.) 7 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6236.
- Rb. Den Haag (vz.) 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8643.
- Rb. Den Haag (vz.) 13 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7357.
- Rb. Amsterdam (vz.) 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050.
- Rb. Den Haag (vz.) 2 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5226.
- Rb. Den Haag 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155, *RVR* 2012/120.
- Rb. Leeuwarden (vz.) 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015.
- Rb. Den Haag (vz.) 16 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5239.
- Rb. Breda (vz.) 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY0511.
- Rb. Breda (vz.) 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY1183.
- Rb. Dordrecht (vz.) 18 oktober 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY0431.
- Rb. Groningen (vz.) 2 november 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY2168.
- Rb. Zwolle (vz.) 12 november 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY3162.
- Rb. Den Haag (vz.) 13 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5065.
- Rb. Utrecht 14 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5823, *NJF* 2013/40.
- Rb. Utrecht (vz.) 16 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY3469.



## Trefwoordenregister

### **A**

Aanbestedingsprocedure | 7.2.1; 7.2.3;  
7.3; 12.4.1(B); 12.4.1(C)  
Aanwijzingen voor de regelgeving  
| 5.5; 6.9; 12.4.2  
Afvalinzameling | 5.6.5  
Algemene beginselen van behoorlijk  
bestuur | 12.6.1  
Algemene Plaatselijke Verordening  
| 9.4.2

### **B**

Beleidsregel | 12.5.2(C)  
Beoordelingsvrijheid | 4.3.2  
Bestemmingsplan | 10.4.4; 12.4.4(B)  
Bezwarende titel | 5.4.2(A); 6.7.1;  
7.3.2; 12.4.2  
Bijzonder recht | 5.3.4(B); 6.5

### **C**

CAO-norm | 3.3  
Codificatie | 11.6; 12.6.3; 12.6.4(B)  
Commissie (beoordelings-, advies-)  
| 4.2.4; 8.3.3; 12.5.2(B)  
Concessie | 5.3.3; 5.3.4; 5.4.2; 5.5; 6.4;  
6.7; 12.4.1(A); 12.4.2  
Criteria  
· Selectie- | 2.3.2  
· Gunnings- | 2.3.2  
· Uitleg van | 3.3.5; 12.5.1(F)  
· Formulering van de | 3.3.4; 3.3.6;  
12.5.1(C)  
· Wijziging van de | 3.3.7; 4.2.1;  
9.4.1(D)  
· Openbaarmaking van de | 8.3.1;  
9.4.1(C); 9.4.2(B); 12.5.1(G)

### **D**

Dienstenrichtlijn | 2.2.2(C); 12.4.1(D);  
12.4.1(G)

### **E**

Exclusief recht | 5.3.4(B); 6.5  
Exploitatierisico | 5.3.4(A)

### **F**

Fair play | 11.4.1(A)  
Frequentievergunning | 5.6.2

### **G**

Gelijkheidsbeginsel | 11.4.2; 12.6.1;  
12.6.4(C); 12.7.1

### **H**

Herstelmogelijkheden | 4.3.5; 8.4.2;  
12.5.4

### **K**

Kansspelvergunning | 2.2.3; 5.2; 5.6.1;  
6.2

### **L**

Loting | 2.3.2; 7.2.2

### **M**

Mededinging | 9.4.1(E)  
Milieugebruiksruimte | 10.4.2  
Motiveringsverplichting | 4.3.1; 8.4.1;  
11.4.1(E); 12.5.1(H)

### **N**

Non-discriminatieverbod | 12.4.1(A)

### **O**

Omgevingswet | 10.4.1(C); 10.4.5(C);  
10.4.5(D); 12.4.4(B)  
Onvolledige aanvragen | 8.3.2;  
9.4.2(D); 12.5.1(E); 12.5.2(D)  
Opdracht | 5.3.2; 5.3.4; 6.3; 7.3.1; 7.3.2;  
12.4.1(A); 12.4.1(B); 12.4.1(C); 12.4.3  
Openbaar vervoer | 5.6.2

Openbaarheid van bestuur | 12.5.2(E)  
 Openbaarmaking (actieve en passieve)  
 | 12.5.2(E)  
 Oplaadpunten voor elektrische auto's  
 | 5.6.3

**P**

Passende mate van openbaarheid  
 | 3.3; 3.3.3; 8.2; 9.4.1(A); 12.5.1(A);  
 12.5.2(A)  
 Periode (om aanvragen in te dienen)  
 | 8.3.2; 12.5.1(D)  
 Plafond | 2.3.1; 8.2.2  
 Programmatische aanpak | 10.4.1;  
 12.4.4(B)

**R**

Rechtsbescherming | 12.5.4  
 Rechtshandeling, Eenzijdige en  
 meerzijdige | 5.4.2(B); 6.7.2; 7.3.1  
 Rechtszekerheidsbeginsel | 11.4.1(B)

**S**

Schaars recht | Zie schaars besluit  
 Schaars besluit | 2.3.1; 12.2.1  
 Staatssteun | 7.4.3  
 Subsidie  
 · procedure | 7.2.2; 7.2.3; 7.3  
 · kenmerken | 7.3.2; 12.4.3  
 · Europese | 7.4.3; 12.4.1(F)  
 · Wettelijke grondslag | 8.2.1  
 · Plafond | 8.2.2

**T**

Tender | 2.3.2; 7.2.2  
 Toetsing door de rechter | 4.3.2; 4.3.3;  
 4.3.5  
 Transparantiebeginsel | 2.2; 11.5;  
 12.2.2; 12.6.2; 12.6.4(A); zie trans-  
 parantieverplichting  
 Transparantievereisten | 2.2; 12.2.2; zie  
 transparantieverplichting  
 Transparantieverplichting | 2.2; 12.2.2  
 · categorieën van | 2.2.1  
 · Unierechtelijke – | 2.2.2; 12.3.1  
 · Aanbestedingsrechtelijke –  
 | 2.2.2

· Doelstelling van de | 2.2.2(A);  
 11.3.1  
 · Vereisten – | 2.2.2(A); 7.4.2; 9.3;  
 11.3.2; 12.3.1; 12.5.1  
 · Reikwijdte van de | 2.2.2(B);  
 2.2.2(C); 7.4.1; 10.3; 12.2.3; 12.4.1;  
 12.4.4

**U**

Uitsluitend recht | 5.3.4(B); 6.5  
 Uitvoeringsplicht | 5.4.2(A); 6.7.1;  
 12.4.2

**V**

Veiling | 2.3.2; 7.2.2  
 Verbod van vooringenomenheid  
 | 9.4.2(C); 11.4.1(A)  
 Verdeelprocedure | 2.3.2; 8.2.3;  
 9.4.1(B); 9.4.1(D); 9.4.2(A); 12.5.1(B)  
 Verdeling op volgorde van  
 binnenkomst | 2.3.2; 7.2.2  
 Vergelijkende toets | 2.3.2; 7.2.2  
 Vergunning | 5.4; 6.6; 12.4.1(D); 12.4.2  
 Volledige heroverweging | 8.4.2

**W**

Wijziging  
 · van de criteria | 3.3.7; 4.2.1;  
 12.5.1(F)  
 · van de ingediende aanvragen  
 | 4.2.3; 12.5.1(E)  
 · Van het schaarse besluit | 4.3.4;  
 8.3.4; 12.5.1(I)  
 Willekeurverbod | 11.4.1(C); 11.4.1(C)  
 Winkeltijdenwetontheffing | 5.6.4;  
 9.4.1; 10.4.5(B)

**Z**

Zonering | 10.4.3; 12.4.4(B)  
 Zorgvuldigheidsbeginsel | 11.4.1(C);  
 11.4.1(D)  
 Zuiver interne situatie | 2.2.2(B);  
 12.4.1(J); 12.4.4

## Curriculum vitae

*Annemarie Drahmman* is geboren op 12 september 1981 te Amsterdam. In 1999 deed zij eindexamen VWO (Atheneum) aan het Oostvaarders College in Almere. Hierna ging zij rechten studeren aan de Vrije Universiteit, alwaar zij in 2004 haar master voor de afstudeerrichtingen staats- en bestuursrecht en criminologie cum laude behaalde.

Van 2004 tot 2009 heeft Annemarie als advocaat gewerkt bij Stibbe op de praktijkgroep Administrative law. Na een uitstap van een jaar, waarin zij werkte als senior juridisch adviseur bij de provincie Noord-Holland, is Annemarie in 2010 begonnen met haar promotieonderzoek. Dit heeft zij gecombineerd met een functie als senior professional support lawyer (PSL) bij Stibbe.

Na afronding van haar dissertatie zal Annemarie in 2015 haar praktijk als bestuursrechtadvocaat bij Stibbe hervatten.

Voor een uitgebreider curriculum vitae en een overzicht van haar publicaties, wordt verwezen naar <https://nl.linkedin.com/in/drahmann/>



In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2013 en 2014 verschenen:

- MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013
- MI-215 A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPRESS 2013, ISBN 978 90 8891 597 0
- MI-216 V.S. Bouman, *De baai geblokkeerd: piraten in het nauw? Een onderzoek naar de toelaatbaarheid en het effect van het blokkeren van The Pirate Bay*, (Jongbloed scriptieprijs 2012), Den Haag: Jongbloed 2013, ISBN 978 90 7006 268 2
- MI-217 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*. BWKJ nr. 28, Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1311 482 9
- MI-218 J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren & P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht. Een onderzoek naar doel, grondslag, karakter, strekking en functie van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop (artikel 57-63 Sr)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, ISBN 978 90 8974 843 0
- MI-219 J. Nijland, *De overheidsonderneming. Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPRESS 2013, ISBN 978 90 8891 719 6
- MI-220 K.M.P. Setiawan, *Promoting Human Rights. National Human Rights Commissions in Indonesia and Malaysia*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2013, ISBN 978 90 8728 203 5, e-isbn 978 94 0060 166 6 (pdf), e-isbn 978 94 0060 167 3 (ePub)
- MI-221 J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk absteren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1312 059 2
- MI-222 D.A. Dam-de Jong, *International law and governance of natural resources in conflict and post-conflict situations*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 475 4
- MI-223 W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvoorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeïseerde rechtsorde*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1312 132 2
- MI-224 A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering: tussen publiek en privaat. Een beschrijving, analyse en waardering van de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2014, ISBN 978 90 8728 205 9, e-ISBN 978 94 0060 170 3
- MI-225 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312, e-ISBN 978 90 1312 041 7 040 0
- MI-226 H. Duffy, *The 'War on Terror' and International Law*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 493 8
- MI-227 A. Cuyvers, *The EU as a Confederal Union of Sovereign Member Peoples. Exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 500 3.
- MI-228 M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 232 9
- MI-229 C. Chamberlain, *Children and the International Criminal Court. Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 519 5
- MI-230 R. de Graaff, *Something old, something new, something borrowed, something blue? Applying the general concept of concurrence on European sales law and international air law*, (Jongbloed scriptieprijs 2013), Den Haag: Jongbloed 2014, ISBN 978 90 7006 271 2
- MI-231 H.T. Wermink, *On the Determinants and Consequences of Sentencing*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 90 7006 271 2

- MI-232 A.A.T. Ramakers, *Barred from employment? A study of labor market prospects before and after imprisonment*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 178 3
- MI-233 N.M. Blokker et al. (red.), *Vijftig juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, ISBN 978 90 8974 962 8
- MI-234 S.G.C. Van Wingerden, *Sentencing in the Netherlands. Taking risk-related offender characteristics into account*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma 2014, ISBN 978 94 6236 479 0
- MI-235 O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom/Lemma 2014, ISBN 978 94 6290 013 4
- MI-236 L.M. Raijmakers, *Leidende motieven bij decentralisatie. Discours, doelstelling en daad in het Huis van Thorbecke*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 7772 0
- MI-237 A.M. Bal, *Taxation of virtual currency*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 690 1
- MI-238 S.M. Ganpat, *Dead or Alive? The role of personal characteristics and immediate situational factors in the outcome of serious violence*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 422 7
- MI-239 H.R. Wiratraman, *Press Freedom, Law and Politics in Indonesia. A Socio-Legal Study*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 733 5
- MI-240 H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, ISBN 978 94 6290 031 8
- MI-241 A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015, ISBN 978 90 1312 911 3

Zie voor de volledige lijst van publicaties: [www.law.leidenuniv.nl/onderzoek](http://www.law.leidenuniv.nl/onderzoek)