

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 transparantieplichting, het -beginsel en de -vereisten	15
2.2.1	De transparantieplichting in brede zin	16
2.2.2	De Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke transparantieplichting	19
2.2.3	Het Betfair-arrest in het kort	29
2.2.4	De transparantieplichting 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 transparantieplichting 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: winkeltijdenwetontheffingen	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 transparantieverplichting naar het nationale bestuursrecht	319
12.5.2	Van Awb naar de Unierechtelijke transparantieverplichting	332
12.5.3	Van de jurisprudentie van de bestuursrechter naar de Unierechtelijke transparantieverplichting	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 transparantieverplichting, hoe kunnen deze vereisten dan alsnog worden geïntroduceerd en geborgd in het Nederlandse bestuursrecht?</i>	352
12.6.1	De transparantieverplichting 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 transparantieverplichting 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



