

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

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.¹ 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.²

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.³

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'.⁴ 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^e 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.⁵ 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.⁶ Het Nederlandse bestuursrecht kent een groot aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar geen 'transparantiebeginsel'.⁷ 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 concessies⁸ en zelfs vergunningen.⁹ 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.¹⁰ 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'.¹¹

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.¹² Daarnaast is in de Netherlands Administrative Law Library (*NALL*) een uitgebreide versie van dit artikel gepubliceerd.¹³ 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?'¹⁴ 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?'¹⁵, 'Kan het subsidierecht transparanter?'¹⁶, 'De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht'¹⁷ en 'Hoe kunnen transparantieplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?'¹⁸

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"> · Op naar een transparant(er) 2012; een overzicht van één jaar transparantierechtspraak (hoofdstuk 3 en 4). · Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd? (§3 van hoofdstuk 9)
<p>Wat is de reikwijdte van de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantieverplichting?</p>	<ul style="list-style-type: none"> · Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? (hoofdstuk 6) · Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen (hoofdstuk 5). · Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar (hoofdstuk 7)? · De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht (hoofdstuk 10).
<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"> · 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)? · In hoeverre worden transparantievereisten in acht genomen bij subsidieverstrekking? · 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? 	<ul style="list-style-type: none"> · Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd (hoofdstuk 9)? · Kan het subsidierecht transparanter (hoofdstuk 8)? · De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht (hoofdstuk 10).

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*.¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹ 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.²² 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.²³ Wolswinkel heeft hier in 2013 een vervolg aan gegeven door op zoek te gaan naar algemene regels van verdelingsrecht.²⁴ 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.²⁵ 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.