

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

## 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>, Telaustria<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 transparantieplichting 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 transparantieplichting bij de verdeling van schaarse rechten

De hiervoor beschreven transparantieplichting 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 transparantieplichting 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 transparantieplichting), 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.

