

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

9 | Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?¹

In het Unierecht is een 'transparantiebeginsel' tot ontwikkeling gekomen. Dit beginsel is in het bijzonder van belang bij de verdeling van schaarse vergunningen. Dit artikel beschrijft de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie over het transparantiebeginsel en van de nationale bestuursrechter over twee soorten schaarse vergunningstelsels, namelijk winkeltijdenwettentheffingen en schaarse vergunningstelsels in APV's. Op basis daarvan wordt bezien in hoeverre de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende is geborgd.

9.1 INLEIDING

De laatste jaren wordt in de literatuur aandacht besteed aan het 'transparantiebeginsel' (ook wel aangeduid als het 'doorzichtigheidsbeginsel'), in het bijzonder bij de verdeling van schaarse vergunningen. In dit artikel wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) op dit moment al (indirect) aan het transparantiebeginsel toetsen via algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het rechtszekerheids-, zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Hiertoe zal eerst een beschrijving van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) over het transparantiebeginsel worden gegeven (paragraaf 9.3). Vervolgens wordt ingegaan op jurisprudentie van het CBb over winkeltijdenwettentheffingen en jurisprudentie van de Afdeling over schaarse vergunningstelsels opgenomen in APV's (paragraaf 9.4). Ten slotte zal aan de hand van deze jurisprudentieanalyse antwoord worden gegeven op de vraag in hoeverre door toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur het transparantiebeginsel afdoende wordt geborgd (paragraaf 9.5). Kort samengevat zal uit deze jurisprudentieanalyse blijken dat de bestuursrechter vaak via toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de Awb tot een oordeel komt dat ook in lijn is met het transparantiebeginsel. In een aantal gevallen is echter sprake van een handelwijze van een bestuursorgaan die niet transparant genoemd kan worden,

¹ Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *JBplus* 2013, afl. 3, p. 141 e.v. De inhoud ervan is afgerond op 7 augustus 2013.

maar die niet tot vernietiging van het bestreden besluit leidt. Daarom worden in paragraaf 9.5 enkele aanbevelingen gedaan die tot een vergroting van de transparantie zouden kunnen leiden.

9.2 UITGANGSPUNTEN

9.2.1 Terminologie: transparantie en schaarse vergunningen

Voordat in de volgende paragraaf ingegaan wordt op de jurisprudentie van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel, wordt eerst nog kort de context besproken die ik in dit artikel als uitgangspunt neem. Dit artikel heeft betrekking op het 'transparantiebeginsel' bij de verdeling van 'schaarse vergunningen'.

Met betrekking tot het 'transparantiebeginsel' is van belang dat het begrip 'transparantie' in verschillende betekenissen wordt gebruikt. Buijze gaat in haar recente dissertatie in op al deze betekenissen die het beginsel in het Unierecht kan hebben.² In haar dissertatie heeft zij een systeem ontwikkeld om alle verschillende betekenissen te kunnen duiden. Zo onderscheidt zij zes verschillende categorieën van transparantieverplichtingen. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om al deze zes categorieën te beschrijven, maar één van de categorieën heeft (kort samengevat) betrekking op het recht van burgers (door Buijze 'citoyen' genoemd) tot de toegang van documenten. Het transparantiebeginsel in deze betekenis wordt in het Nederlandse bestuursrecht genoemd als grondslag voor de Wet bescherming persoonsgegevens³ en de Wet openbaarheid van bestuur. In dit artikel staat echter een ander door Buijze beschreven categorie van het transparantiebeginsel centraal, en wel het transparantiebeginsel dat ten doel heeft de 'homo economicus' betere beslissingen te laten nemen en bestuursorganen te kunnen controleren. Deze transparantieverplichting heeft in het Unierecht als doel het functioneren van de interne markt te verbeteren en de homo economicus te beschermen tegen marktverstrend optreden door bestuursorganen. De jurisprudentie van het Hof van Justitie over deze categorie van het transparantiebeginsel zal in de volgende paragraaf nader worden beschreven.

De reden waarom ik heb gekozen voor deze betekenis van het transparantiebeginsel, heeft betrekking op het andere uitgangspunt van dit artikel, namelijk de beperking tot 'schaarse vergunningen'.⁴ In de vorige aflevering van

2 A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), 2013. Zie ook A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', NtER 2011, nr. 7, p. 240-248.

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

4 Zie voor de rol van het transparantiebeginsel op een andere terrein, namelijk gebiedsontwikkeling: P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid – Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid* (diss. Utrecht), 2013.

dit tijdschrift heeft Wolswinkel de algemene regels die bij de verdeling van schaarse vergunningen moeten worden toegepast, beschreven.⁵ In dit artikel wordt – waar mogelijk – dezelfde terminologie gehanteerd. Dat betekent dat onder een ‘vergunning’ wordt verstaan: iedere publiekrechtelijke toestemming van een bestuursorgaan om een bepaalde activiteit te verrichten die anders verboden zou zijn. Hieronder vallen dus zowel vergunningen als ontheffingen of concessies.⁶ Een vergunning is ‘schaars’ als het aantal aanvragers groter is dan het aantal beschikbare vergunningen. Deze schaarste zal tot uiting komen door het vaststellen van een ‘vergunningenplafond’ dat aangeeft hoeveel vergunningen maximaal kunnen worden verleend. Wanneer een vergunning schaars is, zal een verdeelprocedure moeten worden vastgesteld die bepaalt hoe de verdeling van de schaarse vergunning(en) zal plaatsvinden. Bekende verdeelprocedures zijn een loting, een veiling, een vergelijkende toets (tendersysteem) of verdeling op volgorde van binnenkomst.

In andere publicaties wordt soms ook het begrip ‘schaarse publieke rechten’ gehanteerd.⁷ Dit begrip is ruimer, omdat daaronder niet alleen schaarse vergunningen vallen, maar ook andere publiekrechtelijke besluiten met een plafond, zoals subsidies. In dit artikel blijven deze andere schaarse publieke rechten buiten beschouwing.⁸ Hetgeen in dit artikel wordt gesteld over transparante vergunningverlening, geldt echter *mutatis mutandis* ook voor de verdeling van andere schaarse publieke rechten.

In het kader van de verdeling van schaarse vergunningen is in het bijzonder Buijzes eerdergenoemde categorie van het transparantiebeginsel van de ‘*homo economicus*’ van belang, omdat door de beperking van het aantal beschikbare vergunningen er een vorm van competitie ontstaat tussen de verschillende aanvragers. In het Unierecht komt deze competitie met name voor in het aanbestedingsrecht, maar ook bij andere beperkingen van het recht op vrij verkeer, zoals de regulering van kansspelen waar het aantal exploitanten vaak

5 C.J. Wolswinkel, ‘De verdeling van schaarse vergunningen. Convergentie in de jurisprudentie?’, *JBplus* 2013, afl. 2, p. 62 e.v. (hierna: Wolsinkel 2013a)

6 Zie hierover ook: A. Drahmman, ‘Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen?’, *NALL* 2012, november, DOI 10.5553/NALL/.000007 (hierna: Drahmman 2012a) en A. Drahmman, ‘Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het *Betfair*-arrest’, *NTB* 2012/25 (hierna: Drahmman 2012b).

7 Zie bijv. F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

8 Zie over schaarse subsidieverlening het artikel van Jacobs en Den Ouden in dit tijdschrift over de verdeling van de subsidiepot (M.J. Jacobs & W. den Ouden, ‘Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot’, *JBplus* 2011, p. 35 e.v.). Zie voor een vergelijking tussen het Nederlandse subsidierecht (en jurisprudentie van het CbB en de ABRvS) en het Europese transparantiebeginsel ook: A. Drahmman, ‘Kan het subsidierecht transparanter?’, *Gst.* 2011/124.

wordt beperkt door een monopolie- of concessiestelsel.⁹ Het Hof van Justitie beschermt door middel van het transparantiebeginsel partijen uit verschillende lidstaten tegen favoritisme en willekeur. Het is interessant om te bezien of de bestuursrechter een vergelijkbare norm hanteert bij de verdeling van schaarse vergunningen. Wolswinkel analyseert in zijn artikel in dit tijdschrift – en uitgebreider in zijn recente dissertatie¹⁰ – aan de hand van vier algemene verdelingsvraagstukken (plafond, uitnodiging tot indiening van aanvragen, verdelingscriteria en looptijd) de inhoud van de door hem ontwikkelde algemene regels. In het kader van het tweede vraagstuk – de uitnodiging tot indiening van aanvragen – komt het Unierechtelijke transparantiebeginsel aan de orde. De door het Hof van Justitie geformuleerde elementen van het beginsel zullen in dit artikel meer in detail worden beschreven en vervolgens worden vergeleken met de jurisprudentie van de nationale bestuursrechters.

9.2.2 De essentie van het transparantiebeginsel

In het vervolg van dit artikel wordt dus uitsluitend ingegaan op de hiervoor beschreven betekenis van het transparantiebeginsel en de mogelijke rol die het beginsel zou kunnen spelen bij de verlening van schaarse vergunningen. Het Hof van Justitie omschrijft het transparantiebeginsel in dat kader als volgt:

‘Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.

Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of

9 O.a. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel (Betfair) en HvJ EU 24 januari 2013, C-186/11, *NJ* 2013/271, m.nt. M.R. Mok. Zie tevens J.C.M. van der Beek en F.A. Kroon, ‘De volgende fase in de goksaga: Quis custodiet ipsos custodes?’, *NtER* 2013, nr. 4, p. 115-122.

10 C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten; Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.¹¹

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het transparantiebeginsel rechtstreeks voortvloeit uit het primaire Unierecht.¹² Dit heeft tot gevolg dat de werkingssfeer van het beginsel niet beperkt is tot de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen.¹³ Het Hof van Justitie heeft het transparantiebeginsel daarom al toegepast bij opdracht-, concessie- en vergunningverlening.¹⁴ Het Unierecht is echter in beginsel niet van toepassing op zuiver interne situaties. Als sprake is van een zuiver interne situatie toetst de bestuursrechter niet aan Unierechtelijke beginselen, zoals het transparantiebeginsel.¹⁵ In de volgende paragraaf zal nader ingegaan worden op de inhoud en de doelstellingen van het (Unierechtelijke) transparantiebeginsel. Eén van de doelstellingen is het uitbannen van favoritisme en willekeur door bestuursorganen en het creëren van eerlijke mededinging door het bieden van gelijke kansen aan alle potentieel geïnteresseerde partijen. Dit zijn doelstellingen die naar mijn mening niet uitsluitend van waarde zijn in grensoverschrijdende situaties, maar ook van waarde zijn bij de verdeling van schaarse vergunningen in een zuiver interne situatie. Daarom zal hierna worden gezien of het transparantiebeginsel al door

11 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta) en vervolgens aangehaald in HR 4 november 2005, NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok (B.V. Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom/Staat en N.V. Nederlands Inkoopcentrum) en HR 7 december 2012, TBR 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en NJ 2013/154, m.nt. M.R. Mok, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 en ECLI:NL:HR:2012:BW9233.

12 In het arrest Wall (HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, Wall AG/ Stadt Frankfurt am Main, NJ 2010/367) overweegt het Hof: 'De transparantieplichting vloeit rechtstreeks voort uit de artikelen 43 EG en 49 EG, die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde van de lidstaten en primeren op elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht.' Artikel 49 VWEU (voorheen artikel 43 EG) betreft de vrijheid van vestiging. Beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat zijn verboden. Artikel 56 VWEU (voorheen artikel 49 EG) betreft de vrijheid van dienstverrichting. Beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie zijn verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

13 Dat het transparantiebeginsel voortvloeit uit het Unierecht en niet (uitsluitend) uit de aanbestedingsrichtlijnen heeft tot gevolg dat het in acht moeten nemen van het transparantiebeginsel niet betekent dat een aanbestedingsprocedure zoals omschreven in de aanbestedingsrichtlijnen moet worden gevolgd. O.a. HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (Coditel Brabant).

14 Zie hierover ook: Drahmman 2012a, Drahmman 2012b en Drahmman 2011. Voor de toepassing van het transparantiebeginsel op vergunningverlening wijs ik in het bijzonder op het Betfair-arrest (HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel) en het Engelman-arrest (HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, NJ 2010/661).

15 O.a. ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5443 en ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2502. Zie tevens HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543, over het ontbreken van een grensoverschrijdend belang. Zie o.a. het Coname-arrest (HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03) voor de vraag wanneer mag worden aangenomen dat ondernemingen in een andere lidstaat niet geïnteresseerd zijn in (in dat geval) een concessie.

de bestuursrechter voldoende wordt geborgd door toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, oftewel: is door het creëren van voldoende transparantie elk risico van favoritisme en willekeur door het bestuursorgaan uitgebannen en krijgen alle (potentiële) aanvragers gelijke kansen bij de verlening van schaarse vergunningen?

9.3 WELKE VERPLICHTINGEN VLOEIEN VOORT UIT HET TRANSPARANTIE-BEGINSEL?

In deze paragraaf wordt beschreven welke (concrete) verplichtingen voortvloeien uit het transparantiebeginsel blijkens jurisprudentie van het Hof van Justitie.¹⁶

Eén van de eerste arresten van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel is het Waalse bussen-arrest.¹⁷ In dit arrest oordeelde het Hof dat de procedure van vergelijking van de aanbiedingen steeds in overeenstemming dient te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als het beginsel van doorzichtigheid, opdat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben. Deze *gelijkheid van kansen* wordt gewaarborgd door een *uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen* te stellen, zodat alle inschrijvers na de bekendmaking van de oproep tot mededinging over evenveel tijd beschikken om hun aanbieding voor te bereiden. Als een aanbestedende dienst rekening houdt met een wijziging in de oorspronkelijke aanbieding van één enkele inschrijver, wordt deze inschrijver bevoordeeld tegenover zijn concurrenten, hetgeen indruist tegen het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en afbreuk doet aan de doorzichtigheid van de procedure.

Verder heeft de verplichting om in het bestek of *in de oproep tot mededinging alle gunningscriteria te vermelden* die de aanbestedende dienst voornemens is te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht, tot doel, potentiële inschrijvers in kennis te stellen van de elementen die in aanmerking zullen worden genomen. Op deze wijze zijn alle inschrijvers op de hoogte van de gunningscriteria waaraan hun aanbiedingen moeten voldoen, alsmede van *het relatieve belang van die criteria*.

In het arrest Telaustria¹⁸ oordeelt het Hof dat de op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie inhoudt dat aan elke *potentiële* inschrijver een *passende mate van openbaarheid* wordt gegarandeerd, zodat de

16 Zie tevens H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel; Een beginsel van het arrest Engelmann (C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', *NtER* 2011, nr. 3, p. 77-87.

17 HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94, Commissie/België. Vgl. ook HvJ EG 18 november 2009, zaak C-275/98 (Unitron Scandinavia).

18 HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98. Vgl. ook het arrest Bent Moustén Vestergaard, HvJ EG 3 december 2001, zaak C-59/00.

dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.¹⁹ In het arrest *Universale-Bau*²⁰ oordeelt het Hof in aanvulling daarop dat daaruit volgt dat de procedure voor de gunning van een overheidsopdracht *in alle fasen*, en met name in de fase van de selectie van de gegadigden in een niet-openbare procedure, in overeenstemming dient te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers als met het beginsel van transparantie, opdat allen bij het formuleren van hun aanvraag tot deelname of hun aanbieding dezelfde kansen hebben. Het is in dit perspectief dat *bekendmakingsvereisten* gelden ten aanzien van de criteria voor zowel de selectie van de gegadigden als voor de gunning van de opdracht. De aanbestedende dienst is verplicht om in het bestek of in de aankondiging van de opdracht *alle gunningscriteria en afwegingsregels* te vermelden die hij voornemens is te hanteren.

In het arrest *SIAC Construction*²¹ oordeelde het Hof dat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie omvat, *opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd*. Dit betekent in het bijzonder dat de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig moeten zijn geformuleerd, dat *alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers* in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren. De verplichting tot transparantie impliceert eveneens dat de aanbestedende dienst *de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen*. Ten slotte moeten de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers.²² In het *Wienstrom-arrest*²³ wordt over de controleerbaarheid van de naleving geoordeeld dat dit met name inhoudt dat de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid moet kunnen worden getoetst. Voor een objectieve en transparante beoordeling

19 Vgl. ook de arresten *Coname* (HvJ EU 21 juli 2005, zaak C-231/03), *Correos* (HvJ EU 18 december 2007, zaak C-220/06) en *Commissie/Italië* (HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04).

20 HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99. Vgl. ook het arrest van 18 juni 2002 (*Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) / Stadt Wien*, C-92/00).

21 HvJ EG 18 oktober 2001, *SIAC Construction*, zaak C-19/00. In het arrest wordt verder overwogen dat de inschakeling van een deskundige door een aanbestedende dienst ter beoordeling van een gegeven dat pas in de toekomst precies bekend zal zijn, in beginsel geschikt is om de eerbiediging van deze voorwaarde verzekeren. Dit betekent dat het deskundigenrapport op alle wezenlijke punten moet worden gebaseerd op objectieve factoren die volgens de heersende vakinzichten relevant en passend voor de betrokken beoordeling worden beschouwd.

22 Vgl. ook HvJ EU 10 december 2009, zaak C-299/08 (*Commissie/Frankrijk*) en HvJ EU 22 april 2010, zaak C-423/07 (*Commissie/Spanje*).

23 HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01. In het arrest wordt overwogen dat wanneer een aanbestedende dienst een gunningscriterium vaststelt en daarbij opmerkt dat hij noch bereid, noch in staat is na te gaan of de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen juist zijn, hij het beginsel van gelijke behandeling schendt aangezien dat criterium de transparantie en de objectiviteit van de aanbestedingsprocedure niet waarborgt. Vgl. ook het arrest *Lianakis* e.a. (HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06).

van de verschillende aanbiedingen is vereist dat de aanbestedende dienst op basis van de door de inschrijvers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanbiedingen van deze laatste voldoen aan de gunningscriteria. Een gunningscriterium waarbij geen verplichtingen worden opgelegd die het mogelijk maken de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk te controleren, voldoet hier niet aan. In het arrest *Commissie/Ierland*²⁴ wordt verder nog geoordeeld dat in strijd met het transparantiebeginsel wordt gehandeld als de weging van de gunningscriteria na afloop van een eerste onderzoek van de offertes door de leden van een evaluatiecomité wordt gewijzigd, omdat dit neerkomt op een wijziging van de criteria op grond waarvan het eerste onderzoek is verricht.

Het arrest *Wall*²⁵ gaat over de wijziging van een (na een aanbestedingsprocedure gesloten) concessieovereenkomst, in die zin dat een van de onderaannemers werd vervangen. Het Hof oordeelt dat ter verzekering van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers *wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst* voor diensten in bepaalde gevallen de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst kunnen vereisen. Dit is het geval wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die van de oorspronkelijke overeenkomst en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst. De wijziging van een nog lopende concessieovereenkomst kan worden aangemerkt als 'wezenlijk' wanneer hierbij voorwaarden worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot toelating van andere dan de oorspronkelijk toegelaten inschrijvers of tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen offerte. Het gaat hierbij dus niet om wijzigingsmogelijkheden die in de oorspronkelijke overeenkomst zijn voorzien. Als een rechter oordeelt dat één van de essentiële elementen van de concessieovereenkomst is gewijzigd, dan zou hij alle noodzakelijke maatregelen, daaronder begrepen een nieuwe aanbestedingsprocedure, moeten gelasten om de transparantie van de procedure te herstellen.

In het in paragraaf 9.2.2 al aangehaalde *Succhi di Frutta*-arrest²⁶ omschrijft het Hof van Justitie het transparantiebeginsel als corollarium van het beginsel van gelijke behandeling. In het arrest wordt een omschrijving van het transparantiebeginsel gegeven waarin alle elementen uit eerdere arresten worden samengevoegd. Volgens het Hof heeft het beginsel in essentie ten doel te waarborgen dat *elk risico van favoritisme en willekeur* door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat *alle voorwaarden en modaliteiten* van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden

24 HvJ EU 18 november 2010, zaak C-226/09.

25 HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08. Vgl. over de wezenlijke wijziging van een overeenkomst ook HvJ EU 19 juni 2008 (Presstext Nachrichtenagentur), zaak C-454/06.

26 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99.

geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad *na te gaan* of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een offerte die niet in overeenstemming is met de gestelde voorwaarden dient te worden uitgesloten. Ook is het de aanbestedende dienst niet toegestaan om de algemene opzet van de inschrijving te veranderen door nadien eenzijdig één van de essentiële voorwaarden ervan te wijzigen, in het bijzonder een bepaling die, als zij in het inschrijvingsbericht had gestaan, de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een inhoudelijk andere offerte in te dienen. Als de aanbestedende dienst om bepaalde redenen, nadat de opdrachtnemer is aangewezen, bepaalde inschrijvingsvoorwaarden wil kunnen wijzigen, dan dient hij deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het door hem zelf opgestelde inschrijvingsbericht. Als niet uitdrukkelijk in een dergelijke *wijzigingsmogelijkheid* is voorzien en de aanbestedende dienst niettemin in de fase na de toewijzing van de opdracht van één van de vastgestelde wezenlijke voorwaarden wil afwijken, kan hij de procedure onmogelijk geldig voortzetten door andere dan de aanvankelijk bepaalde voorwaarden toe te passen.

In het arrest *Costa en Cifone*²⁷ uit 2012 wordt ook het transparantiebeginsel in algemene zin omschreven, maar net anders dan in het *Succhi di Frutta*-arrest uit 2004. Het Hof van Justitie oordeelt dat het transparantiebeginsel, dat een logisch uitvloeisel is van het gelijkheidsbeginsel, in dat verband in wezen tot doel heeft te verzekeren dat *elke geïnteresseerde exploitant kan beslissen in te schrijven op de aanbestedingen op basis van het geheel van relevante informatie* en dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgesloten. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de aanbesteding duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en anderzijds, *de discretionaire bevoegdheid van de concessieverlenende overheid wordt afgebakend* en ze in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken procedure van toepassing zijn.

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

9.3.1 Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er enkele concrete verplichtingen voortvloeien uit het transparantiebeginsel. Daarnaast geeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook nadere duiding aan het doel van het beginsel. Hierna zullen deze doelstellingen en verplichtingen kort worden samengevat, waarbij ze bovendien worden 'vertaald' naar de Nederlandse bestuursrechtpraktijk.

De doelstellingen van het transparantiebeginsel bij de verdeling van schaarse vergunningen kunnen als volgt worden omschreven:

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

De verplichtingen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel bij de verdeling van schaarse vergunningen kunnen als volgt worden omschreven.

- Aan elke potentiële aanvrager moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd: alle potentiële aanvragers moeten vóór de indiening van hun aanvraag kennis kunnen nemen van de criteria waaraan de aanvraag moet voldoen alsmede van het relatieve belang van elk van deze criteria.
- Alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze: hierdoor wordt de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan afgebakend. Het bestuursorgaan moet (aan de hand van de door de aanvragers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken) in staat zijn om na te gaan of de aanvragen beantwoorden aan de gestelde criteria.
- Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren.
- Een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen moet worden gesteld: hierdoor beschikken alle aanvragers na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging) over evenveel tijd om hun aanvraag voor te bereiden.
- Geen rekening kan worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager, omdat deze aanvrager dan wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten.
- Het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen.

- De criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers.
- Verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Hiervoor is het noodzakelijk dat het besluit waarbij de schaarse vergunning wordt verleend, wordt gemotiveerd. Het beginsel van gelijke behandeling omvat een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd.
- Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van de schaarse vergunning zijn in beginsel niet mogelijk. Een wijziging kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer hierbij verplichtingen worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke verdeelprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen aanvraag. Als het bestuursorgaan om bepaalde redenen, nadat het besluit is genomen, bepaalde voorschriften, voorwaarden of verplichtingen wil kunnen wijzigen, dan dient het bestuursorgaan deze aanpassingsmogelijkheid en de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het wettelijk voorschrift (of daarop gebaseerde nadere regels) waarop de verdeelprocedure is gebaseerd.

9.4 TOETSING AAN HET TRANSPARANTIEBEGINSEL DOOR HET CBb EN DE AFDELING

In deze paragraaf zal worden gezien in hoeverre bestuursorganen het hiervoor beschreven transparantiebeginsel al in acht moeten nemen bij de verlening van schaarse vergunningen blijkens jurisprudentie van het CBb en de Afdeling. Hierbij zal worden ingegaan op twee schaarse vergunningstelsels, namelijk de winkeltijdenwetontheffing en vergunningstelsels opgenomen in Algemene Plaatselijke Verordeningen (APV's). Ik beschrijf deze twee stelsels omdat dit stelsels zijn waar veel uitspraken over beschikbaar zijn en omdat het stelsels zijn die nauwelijks in (Rijks)regelgeving zijn uitgewerkt, waardoor er een grotere rol is weggelegd voor de bestuursrechter en algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁸ Het jurisprudentieoverzicht in deze paragraaf is dus niet bedoeld als uitputtend overzicht van alle jurisprudentie over de verdeling van schaarse vergunningen. In plaats daarvan beoog ik een relatief gedetailleerd overzicht te geven van de toetsing door de bestuursrechter van deze twee concrete schaarse vergunningstelsels.

Eerst zal ingegaan worden op de jurisprudentie van het CBb over winkeltijdenwetontheffingen (paragraaf 9.4.1) en vervolgens op de jurisprudentie van de Afdeling over schaarse vergunningstelsels opgenomen in APV's (9.4.2).

28 Vgl. de verlening van frequentievergunningen op grond van de Telecommunicatiewet.

9.4.1 CBb: Winkeltijdenwetontheffingen

Op grond van de Winkeltijdenwet is het in beginsel verboden om op zon- en feestdagen een winkel geopend te hebben.²⁹ De gemeenteraad kan bij verordening (de Winkeltijdenverordening) vrijstelling verlenen of bepalen dat het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) ontheffing kan verlenen. Veel gemeenteraden hebben gekozen voor een verordening die slechts de verlening van een beperkt aantal ontheffingen mogelijk maakt. Dit heeft vaak tot gevolg dat als aan bijvoorbeeld één supermarkt een ontheffing wordt verleend, andere concurrerende supermarkten rechtsmiddelen aanwenden tegen de verlening van deze ontheffing (en/of de weigering van hun ontheffingsaanvraag). Hierna worden de belangrijkste uitspraken van het CBb besproken voor zover deze betrekking hebben op een transparante wijze van verdeling van deze schaarse ontheffingen.³⁰ Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen te worden gesteld.³¹ Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met het transparantiebeginsel zoals uit het hiernavolgende zal blijken.

A) *Passende bekendmaking vooraf: transparantiebeginsel en artikel 3:2 en 3:4 Awb*

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat op grond van het transparantiebeginsel alle potentiële aanbieders voor ontheffingverlening in aanmerking moeten kunnen komen. Hiervoor is een passende bekendmaking noodzakelijk. De Awb kent een dergelijke verplichting niet. De Awb bevat uitslui-

29 Op 1 juli 2013 is de Winkeltijdenwet (WTW) gewijzigd (Stb. 2013, 217). Artikel 3 lid 1 WTW bepaalt thans dat de gemeenteraad bij verordening vrijstelling kan verlenen van de in artikel 2 vervatte verboden. Tot deze datum bevatte artikel 3 WTW nadere voorwaarden. Deze toerismebepaling van artikel 3 lid 3 WTW is op 1 juli 2013 komen te vervallen. Ook na de wetswijziging blijft het voor gemeenteraden mogelijk een schaars vergunningstelsel te introduceren in hun Winkeltijdenverordening. De jurisprudentie van het CBb blijft dan ook relevant.

30 Niet wordt ingegaan op andere aspecten van de Winkeltijdenwet, zoals bijvoorbeeld de vraag of sprake is van 'toerisme met een substantiële omvang'. Zie voor de verhouding tussen de Dienstenwet en de Winkeltijdenwet het artikel van M.R. Botman 'De Dienstenrichtlijn in de bestuursrechtspraak: van lex silencio tot winkeltijden', *JBplus* 2013, p. 103-114.

31 O.a. CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel, CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer, CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel en *Gst.* 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse, CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CBb 31 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9683 en CBb 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CBb 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

tend bepalingen over de bekendmaking van besluiten of, als de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is, het ontwerpbesluit.³² Dit leidt in de praktijk tot problemen.

Zo had het college van Castricum besloten om de enig beschikbare ontheffing te verloten. Het CBb acht deze methode op zichzelf aanvaardbaar. Het CBb constateert echter dat alvorens tot loting over te gaan het college een aantal supermarkten in de gelegenheid heeft gesteld hun belangstelling kenbaar te maken, maar niet alle winkels (en wellicht ook niet alle supermarkten) heeft aangeschreven. Het CBb oordeelt dat de procedure daarom onvoldoende zorgvuldig is geweest en dat het college zich te weinig rekenschap heeft gegeven van de betrokken belangen waardoor het besluit in strijd met artikel 3:2 en 3:4 Awb is.³³ Gesteld zou kunnen worden dat de beperkte bekendmaking van de procedure ook in strijd is met het transparantiebeginsel, omdat niet alle potentiële aanvragers konden meedingen naar de ontheffing. Het CBb acht het beroep gegrond, maar baseert dit niet op het transparantiebeginsel. Uit de uitspraak blijkt niet duidelijk welke bekendmakingseisen bij de verdeling van schaarse vergunningen gelden.

De uitspraak van het CBb over een ontheffingverlening door het college van Wassenaar bevat wel een dergelijke overweging. Het CBb oordeelt dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing. Door een ontheffing voor onbepaalde tijd te verlenen heeft het college de belangen van anderen om in de toekomst mee te kunnen dingen naar de ontheffing miskend. De ontheffingverlening voor onbepaalde tijd sluit immers uit dat anderen in de toekomst alsnog een ontheffing kunnen krijgen. Het college heeft daarom gehandeld in strijd met de in artikel 3:4 Awb neergelegde zorgvuldigheidsnorm.³⁴

Hieruit volgt dat het CBb uit artikel 3:2 en 3:4 Awb bekendmakingseisen destilleert die overeenkomsten vertonen met het transparantiebeginsel. In beide uitspraken leidt een transparantiegebrek tot vernietiging van het besluit. Het is echter de vraag of het CBb ver genoeg gaat. In beide uitspraken wordt uitgegaan van een passieve vorm van bekendmaking van het bestuursorgaan.

32 Artikel 3:41 en artikel 3:42 Awb resp. artikel 3:11 en artikel 3:12 Awb. De bekendmaking door toezending of uitreiking aan (uitsluitend) de aanvrager kan er onder omstandigheden toe leiden dat sprake is van verschoonbare termijnoverschrijding als bedoeld in artikel 6:11 Awb als een concurrent te laat een bezwaarschrift indient (vgl. CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942, en CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0940).

33 CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

34 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel. Ook de verlenging van een verleende ontheffing is in beginsel niet mogelijk, vgl. CBb 6 juni 2012, AB 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel. Het college had zowel de belangen van Albert Heijn als die van haar concurrenten moeten afwegen bij het verlengingsbesluit. Door dit niet te doen is het besluit genomen in strijd met artikel 3:4 Awb.

In beide gevallen was sprake van een situatie waarin een beperkte kring van belanghebbenden werd benaderd, terwijl het bestuursorgaan ermee bekend was dat er ook andere gegadigden zijn. Het CbB overweegt in de Wassenaar-uitspraak immers: 'dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing.' Het Hof van Justitie gaat verder in zijn jurisprudentie over het transparantiebeginsel. Op grond van deze jurisprudentie is een passende bekendmaking nodig die alle potentiële – en dus niet alleen de bekende – gegadigden bereikt. Dit zal vrijwel altijd een algemene bekendmaking zijn, bijvoorbeeld een elektronische bekendmaking of bekendmaking in een huis-aan-huis-blad.

B) Bekendmaking van de verdeelprocedure

Op grond van het transparantiebeginsel moet niet alleen het feit dat er een schaarse vergunning verdeeld gaat worden, worden bekendgemaakt. Ook de wijze waarop deze verdeling gaat plaatsvinden (de verdeelprocedure) moet van tevoren worden vastgesteld en bekendgemaakt. Hoewel de jurisprudentie van het Hof van Justitie in aanbestedingsgeschillen meestal betrekking heeft op de vraag hoe bepaald moet worden wat de economisch voordeligste aanbieding is, heeft de verplichting mijns inziens betrekking op alle soorten verdeelprocedures. Het CbB heeft echter geoordeeld dat als in (beleids)regels geen verdeelprocedure is voorgeschreven, een verdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen niet onredelijk is.³⁵ Vanuit transparantie-oogpunt zijn hierbij kanttekeningen te plaatsen. De verplichting om (alle modaliteiten van) de procedure vast te stellen en bekend te maken, biedt duidelijkheid aan zowel de (potentiële) aanvragers als het bestuursorgaan over de te volgen procedure.

De jurisprudentie van het CbB houdt naar mijn mening onvoldoende rekening met het belang van de (potentiële) aanvragers. Dit blijkt uit de uitspraken Schagen en Lelystad.

Het college hanteerde in Schagen het beleid dat er geen ontheffingen werden verleend. Dit beleid werd gewijzigd in die zin dat er één ontheffing kon worden verleend en dat deze ontheffing zou worden verleend op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Het CbB oordeelde dat het gewijzigde beleid niet algemeen bekendgemaakt had hoeven te worden. Als het college zijn koerswijziging algemeen bekend zou hebben gemaakt, zou dit namelijk volgens het CbB de uitkomst niet hebben kunnen veranderen, omdat appellante niet als eerste een ontheffingaanvraag had ingediend. Volgens het CbB is het

³⁵ CbB 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie ook Vz. CbB 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

ontbreken van een algemene bekendmaking ook niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.³⁶

Dat bij de verdeling op volgorde van binnenkomst in beginsel een peildatum kan worden vastgesteld die in het verleden ligt, blijkt ook uit een uitspraak over ontheffingverlening in Lelystad. Deze mogelijkheid is, blijkens de uitspraak, wel begrensd. Het CBb oordeelt dat een onherroepelijk afgewezen aanvraag niet kan worden aangemerkt als eerste aanvraag.³⁷

Mijns inziens is het echter niet onredelijk om te oordelen dat bij de introductie van het verdeelsysteem 'volgorde van binnenkomst' een begindatum voor het indienen van de aanvragen moet worden vastgesteld en bekendgemaakt en dat die datum niet in het verleden mag liggen. Een dergelijke verplichting zou kunnen worden gebaseerd op het transparantiebeginsel. Door het nemen en algemeen bekendmaken van een openstellingsbesluit – dat wil zeggen een algemeen bekendgemaakt besluit waarin staat vanaf welke (in de toekomst gelegen) datum ontheffingsaanvragen kunnen worden ingediend – krijgen alle potentiële aanvragers gelijke kansen.³⁸ De huidige jurisprudentielijn van het CBb garandeert dit beginsel van gelijke kansen voor alle potentiële aanvragers onvoldoende.

Het CBb verplicht dus tot op heden een bestuursorgaan niet een algemene bekendmaking te verrichten, maar dit betekent niet dat het CBb in het geheel geen waarde hecht aan algemene mededelingen (een aankondiging of mededeling) over de introductie of wijziging van een verdeelsysteem. Dit blijkt uit de uitspraak over een ontheffingverlening in Eindhoven. Hierin stelt het CBb voorop dat het een college in beginsel vrij staat om bestaand beleid te wijzigen.

36 CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Er was sprake van een koerswijziging van het college, omdat eerst geen ontheffingen werden verleend en nu één. Van belang hierbij is wel dat de koerswijziging het gevolg was van een eerdere beroepsprocedure over ontheffingverlening door het college die heeft geleid tot een uitspraak van het CBb van 22 januari 2011 (ECLI:NL:CBB:2011:BP3265). In deze procedure was al een aanvraag 2008 aan de orde. Er was dus sprake van een koerswijziging in 2011 waardoor de aanvraag uit 2008 de eerste aanvraag was die voor verlening in aanmerking kwam.

37 CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031. In Lelystad werden de aanvragen op volgorde van binnenkomst van de aanvragen verleend. C1000 diende in januari 2011 een ontheffingsaanvraag in. Het college informeerde C1000 en Albert Heijn naar aanleiding hiervan bij brief dat door bevolkingsgroei het aantal mogelijk te verlenen ontheffingen zou worden verhoogd van vier naar vijf en dat als peildatum 1 september 2010 zou worden gehanteerd. Het CBb oordeelt dat aan C1000 als eerste aanvrager ontheffing had moeten worden verleend. In deze uitspraak had het college echter de ontheffing aan Albert Heijn verleend omdat deze in september 2010 al een ontheffing had aangevraagd. Deze ontheffing was echter destijds geweigerd. Het CBb oordeelt dat het college de onherroepelijk afwezen aanvraag niet kon aanmerken als eerste aanvraag.

38 Bij een (impliciet gekozen) verdeelsysteem van volgorde van binnenkomst bestaat ook een het risico op indiening van vroegtijdige aanvragen als door het bestuursorgaan niet een indieningsperiode wordt vastgesteld, zie o.a. CBb op 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0420, AB 2012/147, m.nt. C.J. Wolswinkel en Vz. CBb 19 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6359, AB 2011/364, m.nt. A. Drahmman.

In Eindhoven werden ontheffingen eerst verdeeld op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Het college wilde dit vanaf 1 oktober 2011 wijzigen in een lotingsysteem. Het college kondigde in een gemeentelijke publicatie op 4 augustus 2010 aan dat het systeem zou worden gewijzigd en stelde de beleidsregels vervolgens vast op 26 juli 2011. Volgens het CbB heeft het college 'met de aankondiging dat het verdeelmechanisme in die zin zou worden aangepast, een mededeling gedaan, die alleen maar zo kan worden verstaan, dat voorafgaand aan die loting geen honorering van aanvragen voor een ontheffing voor de periode na 1 oktober 2011 meer kon plaatsvinden. Een dergelijke honorering zou immers de introductie van het nieuwe verdeelmechanisme feitelijk onmogelijk maken.'³⁹ Deze uitspraak is op dit punt in lijn met het transparantiebeginsel: door de gemeentelijke publicatie waren alle potentiële aanvragers immers op de hoogte van de naderende beleidswijziging en kregen zij gelijke kansen om mee te kunnen dingen bij de loting. Een dergelijke vooraankondiging draagt bij aan de rechtszekerheid, zorgvuldigheid en transparantie van besluitvorming, los van de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v.⁴⁰ Het zou goed zijn als het CbB deze lijn zou doortrekken naar de introductie van iedere procedure waar schaarse vergunningen worden verdeeld, inclusief de verdeling op volgorde van binnenkomst. Bestuursorganen zouden dan verplicht worden tot het vaststellen en algemeen bekendmaken van zowel de wijze van verdeling (inclusief het moment vanaf wanneer tot wanneer aanvragen kunnen worden ingediend) als de verdeelcriteria.

C) *Bekendmaking van de verdeelcriteria: transparantie en artikel 3:2 en 3:4 Awb*

In het licht van het transparantiebeginsel is van belang dat alle voorwaarden en modaliteiten voorafgaand aan de verdeling bekendgemaakt worden. In het bestuursrecht worden voorwaarden waaraan een vergunninghouder moet voldoen soms neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift (bijvoorbeeld een verordening), maar vaak ook in vergunningvoorschriften. Als een vergunninghouder niet voldoet aan een vergunningvoorschrift dan kan de vergunningverlener handhavend optreden en eventueel tot intrekking van de vergun-

39 CbB 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, AB 2012/146, m.nt. A. Drahmman. Zie tevens de uitspraak in het kader van de voorlopige voorziening: Vz. CbB 19 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6359, AB 2011/364, m.nt. A. Drahmman. Vgl. Ook CbB 15 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV7097, AB 2012/148, m.nt. C.J. Wolswinkel en *Gst.* 2012/65, m.nt. W.P. Adriaanse.

40 Vgl. ook CbB 5 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8344, waarin het college van Vianen een wijziging van de verordening had aangekondigd. De aanvraag is aangehouden en vervolgens geweigerd op basis van de gewijzigde verordening. Het CbB oordeelt dat dit niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is omdat in het voornemen om de verordening te wijzigen al was aangekondigd en appellante dus voor het indienen van de verlengingsaanvraag al van dit voornemen op de hoogte kon zijn.

ning overgaan. Bij de verdeling van een schaarse vergunning of ontheffing kan het voor alle (potentiële) aanvragers van belang zijn om te weten wat de vergunningvoorschriften zullen worden. Mede op basis van deze voorschriften zullen zij immers bepalen of zij kunnen voldoen aan de voorschriften (en rendement op eventuele investeringen kunnen behalen) en of het dus zinvol is een aanvraag in te dienen. In het kader van het transparantiebeginsel kan het daarom nodig zijn om voorafgaand aan de openstelling van de procedure een ontwerpvergunning openbaar te maken aan alle potentiële aanvragers.⁴¹

De eerdergenoemde Castricumse uitspraak⁴² is ook in dit verband interessant. Concurrenten hadden in beroep aangevoerd dat de ontheffing ten onrechte was verleend voor onbepaalde tijd. Het CBB overweegt dat uit de stukken en het verhandelde ter zitting het beeld naar voren komt dat de betrokken ondernemingen wel wisten dat zij deelnamen aan de loting voor een ontheffing voor zondagsopenstelling, maar dat de precieze inhoud van die ontheffing hun pas werd meegedeeld op het moment dat de loting een aanvang nam. Op dat moment was het voor de aanwezige winkeliers niet goed meer mogelijk tegen die inhoud nog bezwaren in te brengen voor zover zij het daarmee niet eens waren. Dit acht het CBB onvoldoende zorgvuldig en in strijd met artikel 3:2 en 3:4 Awb. Als het oordeel van het CBB zo mag worden uitgelegd dat alle potentiële gegadigden voorafgaand aan de verdeling van een schaarse ontheffing op de hoogte moeten kunnen zijn van de precieze inhoud van de ontheffing dan zou dit in lijn zijn met het transparantiebeginsel.

D) *Geen wijziging criteria en procedure: transparantie, rechtszekerheid en artikel 4:84 Awb.*

Op grond van het transparantiebeginsel moeten de eenmaal vastgestelde criteria en procedureregels gedurende de gehele procedure worden gehanteerd. Het CBB is met betrekking tot de wijze van verdeling van winkeltijdenwettelijke ontheffingen tot een vergelijkbaar oordeel gekomen en toetst daarbij aan het rechtszekerheidsbeginsel. Het CBB oordeelt over ontheffingverlening door het college van Heemstede dat nu aan schaarse ontheffingverlening zware eisen dienen te worden gesteld, 'een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een methode aan de hand waarvan zal worden bepaald aan wie de ontheffing wordt verleend en deze keuze ook bekend heeft gemaakt, niet hangende de besluitvormingsprocedure tot wijziging van die methode behoort over te gaan indien daardoor afbreuk wordt gedaan aan het belang van een aanvrager die

41 In het verlengde hiervan kan het soms ook zinvol zijn om voorafgaand aan de verdelingsprocedure de ontwerp-regeling bekend te maken en alle potentiële gegadigden in de gelegenheid te stellen hierop te reageren. Hierdoor worden bezwaren van deze potentiële gegadigden tegen de verdelingscriteria (incl. de vergunningvoorschriften) vroegtijdig bekend en kan daar waar nodig rekening mee worden gehouden.

42 CBB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

overeenkomstig het bekendgemaakte toewijzingsbeleid zijn aanvraag heeft ingediend en zijn handelwijze heeft bepaald.’ Om deze reden kon het college na een uitdrukkelijke (aan potentiële gegadigden bekendgemaakte) keuze voor de vergelijkende toets als verdeelprocedure niet alsnog de ontheffing verlenen aan de partij die als eerste een aanvraag had ingediend. Hiermee heeft het college volgens het CbB in strijd gehandeld met het rechtszekerheidsbeginsel.⁴³

Naast het rechtszekerheidsbeginsel, kan ook artikel 4:84 Awb een rol spelen. Op grond van dit artikel moet een bestuursorgaan handelen overeenkomstig zijn beleidsregel, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Het college van Haarlemmermeer week af van de in de beleidsregels vastgelegde procedureregels door de loting niet in het openbaar op het stadhuis te (laten) verrichten maar door een notaris op zijn kantoor.⁴⁴ Het CbB oordeelt dat dit in strijd is met artikel 4:84 Awb. Deze uitspraak is in lijn met het transparantiebeginsel, omdat afwijking van de eenmaal vastgestelde regels in beginsel niet mogelijk is. Hiermee wordt echter wel direct aan een ander probleem geraakt en dat is dat het gebruikelijk is dat bestuursorganen hun verdeelprocedures en –criteria vastleggen in beleidsregels. Volgens vaste jurisprudentie hebben colleges een discretionaire bevoegdheid om ontheffing te verlenen en hebben zij de ruimte om bij de uitoefening van die bevoegdheid beleid te ontwikkelen. De Winkeltijdenwet bevat de bevoegdheid om nadere regels te stellen, maar geen verplichting. Een winkeltijdenverordening hoeft ook volgens het CbB niet zelf alle regels met betrekking tot het verlenen van ontheffingen te bevatten.⁴⁵ Zo had het college van Uden in zijn beleid vastgelegd dat er twee ontheffingen zouden worden verleend en omschreven aan welke kwalificaties de gegadigden ten

43 CbB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel.

44 Het afzien van een openbare loting was om organisatorische redenen, in verband met de volle agenda’s van de betrokken wethouders. Volgens het college was de gang van zaken niet bezwaarlijk omdat de loting door een notaris op zijn kantoor is verricht. Het CbB oordeelt dat het college uit een oogpunt van zorgvuldigheid en transparantie bewust gekozen zal hebben voor een loting in het openbaar op het stadhuis waarbij alle belanghebbenden aanwezig kunnen zijn. Het college is er van uitgegaan dat het openbare karakter van de loting een zelfstandige betekenis heeft en het belang dient van onder meer de deelnemers aan de loting, die zijn gebaat bij een zorgvuldige en transparante verdeling van de beschikbare ontheffingen volgens die methode. Het college heeft dit belang volgens het CbB in feite illusoir gemaakt door af te zien van het houden van een openbare loting om een praktische reden die op zichzelf niet als bijzonder kan worden aangemerkt en zonder dat zij zich daarbij van dat belang rekenschap hebben gegeven. Van een situatie waarin met toepassing van artikel 4:84 Awb binnen de daarin aan het bestuursorgaan gegeven ruimte mag worden afgeweken van een beleidsregel kan derhalve niet worden gesproken (CbB 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942 en ECLI:NL:CBB:2011:BV0936, AB 2012/161, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en JB 2012/59).

45 CbB 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763 en CbB 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871.

minste zouden moeten voldoen, waaronder een minimumverkoopvloeroppervlak. Het college heeft hiermee volgens het CBb niet de grenzen van zijn bevoegdheid overschreden.⁴⁶ De inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb verhoudt zich slecht met het transparantiebeginsel: door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels worden de (potentiële) aanvragers immers niet meer gelijk behandeld. Voor afwijking van beleidsregels is bij de verdeling van schaarse vergunningen op grond van het transparantiebeginsel geen plaats.⁴⁷

Opvallend in de hiervoor genoemde Haarlemmermeer-uitspraak is ook dat het 'procedurele' gebrek niet door het CBb werd gepasseerd door de rechtsgevolgen in stand te laten, hoewel de integriteit van de notaris niet ter discussie was gesteld.⁴⁸ Meer in algemene zin kan worden opgemerkt dat een schending van het transparantiebeginsel niet eenvoudig kan worden gepasseerd. Als geen passende bekendmaking van de verdeelprocedure heeft plaatsgevonden, kunnen potentiële aanvragers geschaad zijn. Dit kunnen derden zijn die (nog) niet bij de procedure betrokken zijn, omdat zij geen kennis hebben kunnen nemen van die procedure. Het passeren van een dergelijk gebrek is onwenselijk.

E) Mededinging en transparantie

Ten slotte nog een korte opmerking over het recht van potentiële gegadigden om mee te kunnen dingen naar een ontheffing. Strikt genomen dient de vraag of het rechtmatig is de mededinging te beperken (oftewel het aantal te verlenen ontheffingen te beperken), onderscheiden te worden van de vraag of een procedure waar een schaars recht wordt verdeeld, transparant is verlopen. De eerste vraag is een voorvraag: onder welke omstandigheden is het beperken van de vrije markt gerechtvaardigd? Hier komen vragen aan de orde over de rechtvaardiging en de proportionaliteit en evenredigheid van een dergelijke

46 CBb 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871. Het doel van dit criterium was om een voor de consument zo aantrekkelijk mogelijk aanbod te genereren door ontheffing te verlenen aan een supermarkt die geschikt is om een full service assortiment te voeren en daarvan is blijkens onderzoek in het algemeen pas sprake bij een verkoopvloeroppervlak vanaf circa 1200 m².

47 Zie in gelijke zin: R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb (Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006)*, WODC 2007, p. 91-92.

48 Het CBb komt tot dit oordeel gelet op de betekenis die het college heeft gehecht aan het openbare karakter van de loting met het oog op het belang van een zorgvuldige en transparante verdeling van de beschikbare ontheffingen. Gelet op de discretionaire bevoegdheid van het college zal het college zich volgens het CBb zelf over de gevolgen moeten buigen (CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942 en ECLI:NL:CBB:2011:BV0936, AB 2012/161, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en JB 2012/59).

maatregel.⁴⁹ Als deze voorvraag positief wordt beantwoord en het aantal te verlenen ontheffingen beperkt mag worden (en dus schaarste wordt geïntroduceerd), is de vervolgvraag hoe deze schaarse vergunningen moeten worden verdeeld. Pas bij deze vervolgvraag komt het transparantiebeginsel in beeld. De verdeling van deze vergunningen moet transparant geschieden zodat alle potentiële gegadigden voor de ontheffing in aanmerking kunnen komen. Daarmee wordt de beperkte markt voor mededinging geopend. De eerste (voor)vraag blijft in dit artikel verder buiten beschouwing. Ik verwijs naar Van Ommeren die heeft betoogd dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een ‘mededingingsplicht’.⁵⁰ Omdat mededinging en transparantie niet altijd scherp zijn te onderscheiden, komen hierna kort enkele uitspraken van het CbB aan de orde die (ook) in het licht van het transparantiebeginsel interessant zijn.

Uit zowel jurisprudentie van het CbB⁵¹ als het Hof van Justitie⁵² volgt dat vergunningverlening voor onbepaalde tijd (of automatische verlenging) de mededinging te zeer beperkt. Naast de eerdergenoemde Castricumse uitspraak,⁵³ waarin een ontheffing voor onbepaalde tijd werd verleend,⁵⁴ is

49 Deze vraag speelt onder meer in: HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (Betfair), *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-258/08 (Ladbroke), *JB* 2010/170, m.nt. C.J. Wolswinkel. Vgl. ook Wolswinkel 2013a, p. 67-68.

50 F.J. van Ommeren, ‘Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?’, in: Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel 2011, p. 235-265.

51 CbB 24 augustus 2012 (Castricum), ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, *AB* 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en *JB* 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer. Vgl. ook CbB 11 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5338, waarin het college van Roosendaal een ontheffing voor de duur van één jaar had verleend en appellant betoogde dat de ontheffing voor onbepaalde tijd verleend had moeten worden voor een rendabele exploitatie van zijn supermarkt. Het CbB oordeelde dat niet viel in te zien ‘dat de situatie van appellant zich hierin wezenlijk onderscheidt van die van de exploitanten van andere winkels die voor een ontheffing in aanmerking zouden willen komen. Nu alle gegadigden voor een dergelijke ontheffing belang hebben bij een eerlijke verdeling van de beschikbare schaarse ontheffingen, kan niet worden staande gehouden dat verweerders bij afweging van dat belang tegen genoemd belang van appellant niet in redelijkheid eerstgenoemd belang hebben kunnen laten prevaleren door het verlenen aan appellant van een ontheffing voor de duur van één jaar met het oog op de ontwikkeling in de nabije toekomst van beleid ter zake van die verdeling.’

52 O.a. HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (Betfair), *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-258/08 (Ladbroke), *JB* 2010/170, m.nt. C.J. Wolswinkel.

53 CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, *AB* 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en *JB* 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

54 Zie in dit verband tevens: CbB 21 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3751, *AB* 2011/192, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade (EM-TE/Uden). In deze procedure waren, op het moment van ontheffingverlening aan Super de Boer en Plus, deze supermarkten de eerste supermarkten die een ontheffingsverzoek hadden ingediend. ‘Van een situatie waarin alle ruimte om ontheffingen te verlenen reeds was benut en nieuwe ruimte werd gecreëerd zonder dat andere ondernemers de gelegenheid is geboden mee te dingen naar die vrijgekomen ruimte’ was geen sprake. Dit is volgens het CbB een andere situatie dan in de uitspraak van het CbB van 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, Swiss Leisure Group/Den Haag/Hommer-son’s Sportland). Volgens het CbB is ontheffingverlening op volgorde van binnenkomst

ook de uitspraak over de gemeente Apeldoorn⁵⁵ interessant. In de gemeente Apeldoorn waren in het verleden twee ontheffingen voor onbepaalde tijd verleend. Later heeft het college een beleidsregel vastgesteld waarin bepaald werd dat er maximaal tien ontheffingen beschikbaar waren en de resterende acht ontheffingen verloot zouden worden. Ook de supermarkten die al een ontheffing hadden konden meedoen aan deze loting. Het CbB oordeelt (kort samengevat) dat een lotingsysteem voor de verdeling van schaarse gelijksoortige ontheffingen over gelijksoortige bedrijven op zichzelf alleszins verdedigbaar is, maar dat het niet verdedigbaar is 'dat met betrekking tot die verdeling een blijvende uitzondering gemaakt wordt voor een zich niet van de andere kandidaten onderscheidend bedrijf op de enkele grond dat dit eerder dan de andere bedrijven om een dergelijke ontheffing verzocht heeft.' De huidige ontheffinghouders hebben weliswaar een bijzondere positie, maar dit beleid (dat dat voordeel onbeperkt in stand laat) gaat de grenzen van een redelijke beleidsbepaling te buiten. Om recht te doen aan de bijzondere positie van de huidige ontheffinghouders zal een overgangsregeling in het leven geroepen moeten worden, zodat de bedrijven zich kunnen voorbereiden op de situatie waarin zij op gelijke voet met de andere bedrijven naar de schaarse ontheffingen moeten dingen.⁵⁶ Het is mijns inziens in dit geval niet mogelijk om te stellen dat de handelwijze van het college onvoldoende transparant is geweest. Dit illustreert dat bij de verdeling van schaarse vergunningen niet alleen het transparantiebeginsel van belang is, maar ook andere beginselen en verplichtingen, zoals in dit geval het gelijkheidsbeginsel en (wellicht) een mededingingsplicht.

F) *Tussenconclusie*

Uit het voorgaande blijkt dat het CbB in zijn uitspraken normen hanteert die (gedeeltelijk) overeenkomen met het transparantiebeginsel. Als een besluit in strijd met het transparantiebeginsel is, gaat het CbB vaak ook over tot vernietiging van het besluit. Het CbB baseert zijn oordeel niet op het transparantiebeginsel, maar vaak op het rechtszekerheidsbeginsel of de zorgvuldigheidsnormen die voortvloeien uit artikel 3:2 en 3:4 Awb. Er is echter ook een aantal

van de verzoeken in beginsel niet in strijd met het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel.

55 CbB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel. Dat het hanteren van een lotingsysteem niet onredelijk is, is vaste jurisprudentie, vgl. ook CbB op 12 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0420, AB 2012/147, m.nt. C.J. Wolswinkel. Ook ontheffingverlening op basis van een vergelijkende toets is niet onredelijk blijkens CbB 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3759 en ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763, AB 2011/180, m.nt. C.J. Wolswinkel.

56 Zie tevens CbB 17 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:78, waarin het wijzigen van reeds verleende ontheffingen voor onbepaalde tijd in ontheffingen voor bepaalde tijd in strijd was met de winkeltijdenverordening.

uitspraken waarin het CBb niet tot vernietiging overgaat, terwijl verdedigbaar is dat daarin het transparantiebeginsel is geschonden.

Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing zware eisen te worden gesteld. Hieruit blijkt dat er (ook volgens het CBb) aan de verlening van schaarse vergunningen 'iets bijzonders' is, wat een specifieke toetsing van dergelijke besluiten met zich brengt. Mijns inziens zou het transparantiebeginsel handvatten kunnen bieden voor een verdere ontwikkeling van deze zware eisen in de jurisprudentie van het CBb.

9.4.2 Afdeling: APV-vergunningen

De schaarse ontheffingen die colleges verlenen op grond van de Winkeltijdenwet hebben voor een grote hoeveelheid jurisprudentie van het CBb gezorgd. Minder bekend is dat ook de Afdeling zich regelmatig buigt over vergelijkbare schaarse gemeentelijke vergunningen. In APV's worden namelijk soms beperkingen gesteld aan het aantal beschikbare evenementen-, (markt)standplaats- of exploitatievergunningen. Hierna volgen enkele van deze uitspraken. Ik beperk mij daarbij tot uitspraken die relevant zijn in het licht van het transparantiebeginsel.⁵⁷

A) *Bekendmaking en wijziging van de verdeelprocedure: transparantie en rechtszekerheid*

De APV van Amsterdam bepaalt dat het verboden is zonder vergunning van de burgemeester een evenement te houden. De burgemeester heeft procedure-regels vastgesteld die gaan over de behandeling van meerdere vergunningaanvragen voor evenementen op dezelfde locatie op dezelfde datum. De eerste regels waren vastgesteld in 2006 voor evenementen in het jaar 2007. Vervolgens zijn de regels in mei 2008 opnieuw vastgesteld voor het jaar 2008. De Afdeling overweegt dat aan appellante Stichting Gay Business Amsterdam (GBA) kan worden toegegeven dat de procedureregels pas na het indienen van de aanvragen opnieuw zijn vastgesteld, maar dat dit niet betekent dat de burgemeester

⁵⁷ Interessant is ook de uitspraak van de Afdeling over de splitsbaarheid van schaarse vergunningen (ABRvS 29 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT8432, AB 2005/365, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven). De Afdeling oordeelt hierin dat de twee ingediende aanvragen hetzelfde object betreffen en niet los van elkaar kunnen worden beoordeeld en beslist. De beslissing op de aanvraag van de één, impliceert een beslissing op de aanvraag van de ander. Het college kan die samenhang niet verbreken, ook niet door toch twee afzonderlijke deelbesluiten te nemen en aan iedere aanvrager slechts het hem betreffende deelbesluit bekend te maken. Het college had een bezwaar van een der aanvragers tegen het hem toegezonden deelbesluit moeten opvatten als bezwaar tegen het ten onrechte gesplitste besluit in zijn geheel.

niet met inachtneming van de procedureregels mocht beslissen. Volgens de Afdeling is daarbij van belang dat de procedureregels zijn vastgesteld voor de beslissing op bezwaar. Daarbij acht de Afdeling ook van belang dat de procedureregels al in 2007 zijn toegepast en dus bij GBA bekend waren en de burgemeester bij de bevestiging van de ontvangst van de aanvragen te kennen heeft gegeven dat hij de procedureregels zal toepassen in het geval concurrerende aanvragen worden ingediend. Het besluit is daarom niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.⁵⁸

In het kader van het transparantiebeginsel acht ik het eerste argument van de ex nunc-toetsing in bezwaar niet overtuigend. Het transparantiebeginsel verlangt immers dat de te volgen procedure wordt vastgesteld en bekendgemaakt *voordat* de procedure aanvangt, hetgeen op gespannen voet staat met een ex nunc toetsing in bezwaar.⁵⁹ Het tweede argument (voortzetting eerdere procedure en de bekendheid daarmee) overtuigt meer. Vanuit een oogpunt van transparantie naar alle potentiële aanvragers ligt het meer voor de hand dat de procedureregels ongewijzigd worden verlengd dan dat een nieuwe, in het geheel niet bekendgemaakte procedure gevolgd zou moeten worden. Desalniettemin hadden de regels vanuit transparantie-oogpunt eigenlijk voor aanvang van de procedure vastgesteld en bekendgemaakt moeten worden.

Zoals in paragraaf 9.3 is toegelicht, moeten op grond van het transparantiebeginsel zowel de procedureregels als de inhoudelijke criteria worden vastgesteld en bekendgemaakt voordat aanvragen kunnen worden ingediend en kunnen deze regels en criteria daarna in beginsel niet meer gewijzigd worden. Iedere wijziging doet immers afbreuk aan de transparantie en daarmee aan de gelijke behandeling van alle (potentiële) aanvragers. Dit betekent logischerwijs dat in bezwaar ex tunc getoetst moet worden. Het transparantiebeginsel gaat echter nog verder: ook bij de primaire besluitvorming kunnen de verdeelregels en -criteria in beginsel niet meer worden gewijzigd.

In vorenstaande uitspraak werd dit uitgangspunt niet door de Afdeling gehanteerd, maar een tweetal uitspraken over Amsterdamse kramenzetvergunningen komen wel dicht in de buurt. In de eerste uitspraak over vergunningen voor de Ten Katemarkt oordeelde de Afdeling dat bij een (naar aanleiding van de uitspraak) nieuw te nemen besluit op bezwaar het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop aanvragen konden worden ingediend, omdat de beoordeling van de vergunningaanvragen volgens een tendersysteem verloopt.⁶⁰

In de tweede uitspraak over de Albert Cuypmarkt had het dagelijks bestuur van het stadsdeel beleid vastgesteld voor het verlenen van kramenzet- en -verhuurvergunningen. De Afdeling oordeelt dat 'in een geval als dit, waarbij

58 ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

59 Vgl. in deze zin ook de ex tunc-toetsing bij subsidietenders: ABRvS 26 september 2012, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmman.

60 ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A. Heldeweg.

de beoordeling van aanvragen om schaarse vergunningen via een zogenoemd tendersysteem verloopt, als uitgangspunt geldt dat het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, en een bestuursorgaan dat beleid niet hangende de besluitvormingsprocedure ten nadele van een of meer aanvragers kan wijzigen.⁶¹

Het zou de transparantie dienen als in plaats van de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, de eerste dag waarop aanvragen konden worden ingediend, als uitgangspunt zou worden genomen. Als de laatste dag als uitgangspunt wordt genomen, is de vraag gerechtvaardigd of alle potentiële aanvragers kennis hebben kunnen nemen van de wijziging en hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen. Dit uitgangspunt zou bovendien niet alleen van toepassing moeten zijn bij tendersystemen, maar bij de verdeling van alle schaarse vergunningen, omdat ook bij andere verdeelsystemen de uitgangspunten van het transparantiebeginsel van waarde zijn.

Op grond van het transparantiebeginsel is het niet mogelijk om af te wijken van de vastgestelde regels. De vraag of dit mogelijk is, kwam ook aan de orde in de eerdergenoemde Ten Katemarkt-uitspraak. De Amsterdamse Verordening op de straathandel 2000 bepaalt dat het verboden is zonder vergunning van het college als kramenzetter en -verhuurder op een markt werkzaam te zijn. Ter uitvoering van deze bepaling was het Beleid kramenzetvergunningverlening Ten Katemarkt 2004 vastgesteld. Hierin werd bepaald dat maximaal drie kramenzetvergunningen konden worden verleend. Hiermee zou worden voorkomen dat kramenzetters elkaar voor de voeten gaan lopen en er wanordelijkheden zouden ontstaan. De Afdeling oordeelt dat dit beleid niet onredelijk is. Het dagelijks bestuur had echter in afwijking van de beleidsregels vier vergunningen verleend, omdat alle vier aan de voorwaarden voor vergunningverlening zouden voldoen. De Afdeling oordeelt dat het besluit een draagkrachtige motivering ontbeert.⁶² Dit suggereert dat dit gebrek met een nadere motivering hersteld zou kunnen worden. Dit is vanuit een oogpunt van transparantie echter moeilijk voorstelbaar: de vraag hoeveel partijen een vergunning kunnen verkrijgen zal vrijwel altijd een essentieel element voor de potentiële aanvragers zijn en kan daarom niet hangende de procedure worden gewijzigd.

61 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel. Op grond van het beleid uit 2005 werden er vier vergunningen verleend. Op grond van nieuw beleid uit 2008 werd er nog maar één vergunning verleend. In deze procedure was de vraag aan de orde of in bezwaar aan het beleid uit 2005 of 2008 getoetst moest worden. De aanvraag was ingediend voor afloop van de in het beleid uit 2005 neergelegde inschrijvingstermijn. Het beleid uit 2005 was gunstiger voor appellant dan het beleid uit 2008.

62 ABRvS 4 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2263, AB 2007/163, m.nt. A. Tollenaar. Zie voor het vervolg van deze procedure ook: ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A.Heldeweg en ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6988.

B) Bekendmaking van en toetsing aan de selectiecriteria

Op grond van het transparantiebeginsel moeten de verdelingsregels en -criteria van tevoren worden vastgesteld en bekendgemaakt. Hiervoor is al ingegaan op de spanning tussen het transparantiebeginsel en de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. In de eerdergenoemde uitspraak over de Amsterdamse evenementenvergunning kwam een andere vraag aan de orde, namelijk of het vastleggen van procedureregels in beleidsregels in strijd is met de onderzoeksverplichting van artikel 3:2 Awb en de belangenafweging van artikel 3:4 Awb. De Afdeling overweegt dat de burgemeester in de procedure-regels objectieve beoordelingscriteria heeft neergelegd op basis waarvan hij tot een keuze komt tussen concurrerende aanvragen en dat dit beleid niet onredelijk is. De volgorde van de stappen en de stappen zelf zijn het resultaat van, dan wel strekken tot een afweging van belangen, en zijn niet in strijd met artikel 3:2 en 3:4 Awb.⁶³ De Afdeling had hieraan nog kunnen toevoegen dat het vastleggen van de procedureregels met selectiecriteria de transparantie van een procedure vergroot en daarmee het risico van favoritisme en willekeur verkleint.

Ook in een uitspraak over de verlening van evenementenvergunningen in Den Bosch waren de selectiecriteria en procedureregels niet vastgesteld en bekendgemaakt. In de APV was bepaald dat het verboden is om zonder vergunning van de burgemeester een evenement te organiseren, toe te laten, feitelijk te leiden of daaraan deel te nemen. De vergunning kan worden geweigerd als het evenement waarvoor vergunning wordt gevraagd, gelijktijdig plaatsvindt met een evenement, dat is opgenomen op de gemeentelijke evenementenkalender en de inhoudelijke concepten van deze evenementen bovendien met elkaar strijdig zijn. De Afdeling heeft zich gebogen over de weigering van evenementenvergunningen voor Koninginnenacht 2008 en 2009. De Afdeling oordeelt dat de besluitvorming over het al dan niet verlenen van een evenementenvergunning ondoorzichtig is. Dit wordt veroorzaakt door de koppeling tussen de vergunningverlening door de burgemeester en de plaatsing op de evenementenkalender door het college. De plaatsing van een evenement op de evenementenkalender brengt volgens de Afdeling op zichzelf geen rechtens afdwingbaar recht op een evenementenvergunning met zich. Het college beslist of een evenement wordt opgenomen op de evenementenkalender, maar deze bevoegdheid is niet gebaseerd op enige wettelijke regeling. Bovendien heeft het college geen criteria vastgesteld waaraan moet zijn voldaan om voor plaatsing op de evenementenkalender in aanmerking te komen. In geval van concurrerende evenementen maakt het college een keuze tussen beide evenementen alvorens één daarvan te plaatsen op de evenementenkalender, aldus de Afdeling. Het is echter de bevoegdheid van de burgemeester om bij concurrerende aanvragen een keuze te maken tussen twee evenementen. De Afdeling

63 ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

oordeelt dat gelet op 'de ondoorzichtige verhouding tussen de vaststelling van de evenementenkalender door het college en de besluitvorming over vergunningaanvragen door de burgemeester, op het ontbreken van maatstaven op grond waarvan over plaatsing op de kalender wordt beslist, op de verschuiving van de verantwoordelijkheid voor de keuze tussen concurrerende aanvragen van de ter zake bevoegde burgemeester naar het ter zake niet bevoegde college en op het daarmee verband houdende ontbreken van kenbare maatstaven en een kenbare afweging bij het nemen van de formele besluiten op de aanvragen door de burgemeester, alsmede op het niet tijdig beslissen op beide aanvragen om het verlenen van de evenementenvergunning', het besluit op bezwaar op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.⁶⁴ De handelwijze waarbij er geen selectiecriteria om voor plaatsing op de evenementenkalender in aanmerking te komen zijn vastgesteld (en in ieder geval niet zijn bekendgemaakt), is evident ook in strijd met het transparantiebeginsel.

In de eerdergenoemde Albert Cuyp-uitspraak wordt ook ingegaan op het onderscheid tussen selectiecriteria en vergunningsvoorschriften. Het beleid bestaat uit twee delen: inschrijvingsvoorwaarden en een selectieprocedure.⁶⁵ Een inschrijver moet ten eerste aantonen aan de inschrijvingsvoorwaarden te kunnen voldoen. De aanvragen van de inschrijvers die aan die voorwaarden kunnen voldoen, worden vervolgens voorgelegd aan de marktadviescommissie (MAC) met het verzoek één inschrijver te selecteren voor de enige beschikbare kramenzet- en -verhuurvergunning. Uit de uitspraak blijkt dat de MAC de aanvragen inhoudelijk beoordeelt en vergelijkt op de geboden kwaliteit, prijs en eventuele 'extra's'. Volgens de Afdeling is de uitleg van deze werkwijze voor vergunningverlening in overeenstemming met de tekst van het beleid. Het beleid is voldoende duidelijk.⁶⁶ Op grond van het transparantiebeginsel moeten de criteria worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Zo mogelijk moeten de criteria in afnemende volgorde van het belang worden weergegeven. De Afdeling toetst niet (expliciet) of hieraan voldaan is. Uit de uitspraak blijkt niet of de vage criteria 'kwaliteit', 'prijs' en 'extra's' in het beleid zijn uitgewerkt en of de onderlinge waardering (de 'score') is vastgesteld. Hoewel de Afdeling het beleid dus voldoende duidelijk acht, kan niet met zekerheid worden gesteld of het beleid ook in overstemming is met het transparantiebeginsel.

Ten slotte is met betrekking tot de vaststelling van de selectiecriteria ook de uitspraak over de Verordening Marktwezen Middelburg interessant. In deze procedure werden standwerkers door het college van Middelburg uitgesloten van deelname aan loting als een standwerker een waarschuwing had

64 ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519.

65 Het betreft hier het nieuwe beleid uit 2008.

66 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

gekregen. Deze uitsluiting van deelname werd gebaseerd op door marktmeesters opgemaakte rapporten. De Afdeling oordeelt dat de rapporten onvoldoende duidelijk zijn en het besluit (waarbij een standwerker van loting werd uitgesloten) onvoldoende gemotiveerd en in strijd met artikel 7:12 Awb is.⁶⁷ Een van de onderdelen van het transparantiebeginsel is de controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling zodat de procedure op onpartijdigheid kan worden getoetst. Voor een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanvragen is vereist dat het bestuursorgaan op basis van de in de aanvraag verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanvragen voldoen aan de gestelde criteria. Ook op grond van het transparantiebeginsel moet een rapport van een marktmeester dus voldoende duidelijk zijn om als bewijsmiddel bij de beoordeling van ingediende aanvragen te kunnen dienen.

C) *Transparantie en het verbod van vooringenomenheid*

Eén van de doelen van het transparantiebeginsel is te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. In de Awb is in artikel 2:4 Awb een verbod tot vooringenomenheid opgenomen.⁶⁸ Dit verbod werd geschonden in de eerdergenoemde Albert Cuypuitspraak. EAC was op het tijdstip van die besluitvorming over het beleid 2008 zetter en verhuurder van ongeveer tweederde van het aantal marktkramen en daarmee veruit de grootste van de vier vergunninghouders. Een bestuurder van EAC was aanwezig bij de beraadslagingen van de MAC over de mogelijke scenario's voor het nieuwe beleid. De Afdeling oordeelt dat niet kan worden uitgesloten dat die bestuurder persoonlijk belang had bij de uitkomst van de beraadslagingen. Het advies van de MAC is daarom niet zorgvuldig tot stand gekomen. Het beleid 2008 is daarom ook in strijd met artikel 2:4 Awb en evenmin zorgvuldig tot stand gekomen. Dat beleid mocht dan ook niet ten

67 ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer. De rapporten vermelden 'in hoofdzaak de opvatting van de marktmeesters over de vraag of al dan niet wordt voldaan aan voor toepassing van artikel 18, tweede lid, van de verordening relevante kwalificaties. In die rapporten ontbreekt een weergave van feiten en omstandigheden die tot het oordeel hebben geleid dat sprake is van een overtreding in de zin van artikel 18, tweede lid, van de verordening, althans deze zijn te summier weergegeven om de conclusie te kunnen dragen. Daarbij is van betekenis dat de marktmeesters gebruik maken van voorbedrukte formulieren, waarop zij standaardsituaties kunnen aankruisen. Uit een formulier met louter kruisjes kan echter onvoldoende worden afgeleid hetgeen zich precies heeft afgespeeld.'

68 Over schending van het verbod van vooringenomenheid bij subsidiërenders is ook veel jurisprudentie, zoals ABRvS 24 maart 2010, JB 2010/119 en AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (De Theatercompagnie). Het subsidierecht valt echter, zoals gesteld, buiten het bestek van dit artikel. Ik verwijs naar Jacobs & Den Ouden 2011.

grondslag worden gelegd aan de beoordeling van de in 2008 ingediende aanvragen.⁶⁹ De gang van zaken is evenmin transparant te noemen.

D) *Transparantie en artikel 4:5 Awb*

Het komt regelmatig voor dat een onvolledige aanvraag wordt ingediend en dat deze aanvraag vervolgens wordt aangevuld in ofwel de primaire fase ofwel in de bezwaarfase. Op grond van het transparantiebeginsel moeten zowel de begindatum als de uiterste datum waarop aanvragen kunnen worden ingediend, van tevoren openbaar worden gemaakt. Zo wordt gegarandeerd dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft, omdat de aanvragers evenveel tijd hebben gehad voor het opstellen van de aanvraag. Dit heeft tot gevolg dat een wijziging of aanvulling van de oorspronkelijke aanvraag in beginsel niet mogelijk is, omdat dit zou betekenen dat één aanvrager bevoordeeld zou worden tegenover zijn concurrenten. Dit doet afbreuk aan de transparantie van de procedure. Hiervoor is al ingegaan op het feit dat dit reden is om in de bezwaarfase ingediende informatie niet mee te nemen in de besluitvorming. Naast deze *ex tunc*-toetsing in bezwaar, heeft dit uitgangspunt ook gevolgen voor de herstelmogelijkheid van artikel 4:5 Awb. Op grond van dit artikel kan een bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen indien sprake is van een onvolledige aanvraag, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Deze bepaling bevat een discretionaire bevoegdheid ('kan') gekoppeld aan een onbepaalde hersteltermijn. Dit staat op gespannen voet met het transparantiebeginsel, omdat bij een intransparante toepassing van het artikel de indieningstermijn die voor alle (potentiële) aanvragers zou moeten gelden, kan gaan verschillen tussen de diverse aanvragers.

De toepassing van artikel 4:5 Awb bij de verlening van een schaarse vergunning kwam aan de orde in de Nautiek-uitspraak.⁷⁰ Deze uitspraak betrof de verloting van exploitatievergunningen voor onbemande elektrisch aangedreven vaartuigen door het college van Amsterdam. Nautiek had een onvolledige aanvraag ingediend. Het college heeft Nautiek vervolgens een hersteltermijn van 14 dagen gegeven. Omdat Nautiek slechts een deel van de gevraagde informatie tijdig had verstrekt, heeft het college de aanvraag van Nautiek buiten behandeling gesteld. Vervolgens heeft een loting plaatsgevonden waarbij het college de aanvraag van Nautiek voorwaardelijk heeft meegenomen (met een reservenummer) voor het geval Nautiek in een bezwaarprocedure in het gelijk zou worden gesteld. Na de loting verstrekt Nautiek nogmaals aanvullende informatie. Het bezwaarschrift tegen de buitenbehandelingstelling wordt ongegrond verklaard, omdat Nautiek niet tijdig de benodigde gegevens heeft verstrekt. In beroep betoogt Nautiek onder meer dat het college de aanvraag

69 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

70 ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, AB 2009/17, m.nt. A.T. Marseille.

niet daadwerkelijk buiten behandeling heeft gesteld omdat Nautiek heeft meegeloot. Dit betoog slaagt niet. Het ging om een voorwaardelijke deelname aan de lotingsprocedure. Daarmee is geen rechtens te honoreren vertrouwen gewekt dat de aanvraag niet daadwerkelijk door het college buiten behandeling zou zijn gesteld. Er is dus niet in strijd met het vertrouwensbeginsel gehandeld. Nautiek betoogt daarnaast dat de na de loting verstrekte aanvullende informatie ten onrechte niet bij de beoordeling van het bezwaar is betrokken. Ook dit betoog slaagt niet. De Afdeling overweegt dat het een bestuursorgaan, hoewel het hiertoe niet gehouden is, vrijstaat om ontbrekende gegevens die na het nemen van het primaire besluit alsnog zijn overgelegd, bij zijn heroverweging in aanmerking te nemen. Dit betreft een discretionaire bevoegdheid welke door de rechter terughoudend dient te worden getoetst. Deze overweging is vaste jurisprudentie bij de toepassing van artikel 4:5 Awb. In de uitspraak wordt geen overweging gewijd aan het feit dat sprake is van een schaarse vergunning.⁷¹

Naar mijn mening kan artikel 4:5 Awb op gespannen voet staan met het transparantiebeginsel, namelijk als dit tot gevolg zou hebben dat de termijn die alle (potentiële) aanvragers hebben om hun aanvraag in te dienen niet meer gelijk zou zijn. Daarom zou, als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse vergunningen zou worden opgenomen, daarin een uitzondering op artikel 4:5 Awb moeten worden opgenomen. Tot die tijd is van belang dat van artikel 4:5 Awb slechts bij wet in formele zin kan worden afgeweken. In andere gevallen zal het artikel moeten worden toegepast zonder afbreuk te doen aan het transparantiebeginsel. Dit kan door te anticiperen op de toepassing van het artikel door in de procedureregels te bepalen dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle (onvolledige) aanvragers op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen. Door een identieke hersteltermijn te bieden (die van tevoren is bekendgemaakt aan alle potentiële aanvragers), wordt de gelijke behandeling van de aanvragers gegarandeerd en is sprake van een transparant procedureverloop. Bij verdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen, kan aanvullend worden bepaald dat de verdeling plaatsvindt

71 Vgl. ABRvS 26 september 2012, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmman, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283, waarin de Afdeling oordeelt dat 'uit de aard van het tendersysteem voort[vloeit] dat vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen rekening kan worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag. Het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn verdraagt zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen die in het tendersysteem centraal staat. Dat in het onderhavige geval het subsidieplafond niet is bereikt doet daar niet aan af, reeds omdat het meenemen van informatie van na de sluiting van de aanvraagtermijn niet past in het tendersysteem en ten tijde van de aanvraag niet bekend was of het subsidieplafond al dan niet zou worden bereikt. De rechtbank heeft daarom met juistheid geoordeeld dat het college terecht de eerst bij het bezwaarschrift overgelegde informatie buiten beschouwing heeft gelaten.'

op basis van volgorde van binnengekomen volledige aanvragen. Bij loting kan bepaald worden dat alleen volledige aanvragen kunnen meeloten. Hiermee wordt voorkomen dat het lonend wordt om zo snel mogelijk een pro forma-aanvraag in te dienen.⁷²

E) *Tussenconclusie*

Uit het voorgaande blijkt dat ook de Afdeling uitspraken over schaarse vergunningen doet. In tegenstelling tot de jurisprudentie van het CBb komt uit de jurisprudentie van de Afdeling het bijzondere karakter van schaarse vergunningen minder naar voren. Dit heeft ook gevolgen voor de toetsing aan het transparantiebeginsel. De Afdeling heeft geoordeeld dat bij een tendersysteem als uitgangspunt geldt dat het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend en een bestuursorgaan dat beleid niet hangende de besluitvormingsprocedure ten nadele van een of meer aanvragers kan wijzigen. Het CBb gaat echter verder. Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen te worden gesteld. Deze zware eisen vertonen vaak overeenkomsten met het transparantiebeginsel. Naar mijn mening zou de Afdeling aansluiting moeten zoeken bij deze jurisprudentie van het CBb.

9.5 OVERZICHT VAN DE DOOR HET CBb EN AFDELING GEHANTEERDE TOETSINGSGRONDEN IN HET LICHT VAN HET TRANSPARANTIEBEGINSEL

In de voorgaande paragrafen is jurisprudentie van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel en jurisprudentie van het CBb en de Afdeling over twee specifieke schaarse vergunningstelsels beschreven. Op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat als sprake is van een schending van het transparantiebeginsel, het CBb en de Afdeling niet (expliciet) aan het transparantiebeginsel toetsen. Wel wordt vaak op andere gronden tot vernietiging overgegaan. Dit is een gunstige constatering, want dat betekent dat er gelukkig geen 'groot probleem' is. Desalniettemin zijn er wel enkele aanbevelingen te doen:

- Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen te worden

⁷² Zie over de toepassing van artikel 4:5 Awb ook: Jacobs en Den Ouden 2011, M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure', in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 203 e.v. en Drahmman 2011.

gesteld.⁷³ Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met het transparantiebeginsel. Het is wenselijk dat de Afdeling aansluiting zoekt bij deze jurisprudentielijn van het CbB.

- Op grond van het transparantiebeginsel moeten alle potentiële aanbieders voor ontheffingverlening in aanmerking kunnen komen. Hiervoor is een passende (algemene) bekendmaking noodzakelijk, bijvoorbeeld een elektronische mededeling of in een huis-aan-huis-blad. De Awb kent een dergelijke verplichting niet en ook de bestuursrechter stelt niet een dergelijke eis.⁷⁴ Het is wenselijk dat de bestuursrechter alsnog een dergelijke verplichting introduceert.
- Op grond van het transparantiebeginsel moet de wijze waarop de verdeling van een schaarse vergunning gaat plaatsvinden (de verdeelprocedure) van tevoren vastgesteld en bekendgemaakt worden. Deze verplichting biedt duidelijkheid aan zowel de (potentiële) aanvragers als het bestuursorgaan over de te volgen procedure.
- Op grond van het beginsel zou bij de introductie van het verdeelsysteem 'volgorde van binnenkomst' een begindatum voor het indienen van de aanvragen moeten worden vastgesteld en bekendgemaakt en deze datum mag niet in het verleden liggen. De bestuursrechter zou, meer dan thans het geval is,⁷⁵ rekening moeten houden met het belang van de (potentiële) aanvragers bij de bekendmaking van deze informatie.
- Het CbB hecht waarde aan algemene mededelingen (een aankondiging of mededeling) over de introductie of wijziging van een verdeelsys-

73 O.a. CbB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel, CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer, CbB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel en Gst. 2012/96, m.nt. W.P. Adriaanse, CbB 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CbB 31 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL9683 en CbB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel, Vz. CbB 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

74 Het CbB heeft wel geoordeeld dat het slechts beperkt uitnodigen/aanschrijven van bepaalde partijen in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb is (CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer) en dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend, in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing (CbB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel).

75 Het CbB heeft namelijk geoordeeld dat het ontbreken van een algemene bekendmaking (over een beleidswijziging) niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel (CbB 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel) en dat bij de verdeling op volgorde van binnenkomst in beginsel een peildatum kan worden vastgesteld die in het verleden ligt (CbB 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031).

teem.⁷⁶ Dit is in lijn met het transparantiebeginsel: door een dergelijke (voor)publicatie worden alle potentiële aanvragers op de hoogte gebracht van de naderende beleidswijziging en krijgen zij gelijke kansen om mee te kunnen dingen bij een naderende nieuwe verdeelprocedure. Een dergelijke vooraankondiging draagt bij aan de rechtszekerheid, zorgvuldigheid en transparantie van besluitvorming.⁷⁷ Het zou goed zijn als de bestuursrechter deze jurisprudentielijn zou doortrekken van de wijziging van een verdeelprocedure naar de introductie van iedere procedure waar schaarse vergunningen worden verdeeld, inclusief de verdeling op volgorde van binnenkomst. Bestuursorganen zouden dan verplicht worden tot het vaststellen en algemeen bekendmaken van zowel de wijze van verdeling (inclusief het moment vanaf wanneer tot wanneer aanvragen kunnen worden ingediend) als de verdeelcriteria.

- Op basis van de voorgaande punten zou ook overwogen kunnen worden om, naast de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v., een regeling in de Awb op te nemen met een actieve algemene bekendmakingsplicht bij de verdeling van schaarse vergunningen. Op grond hiervan zouden bestuursorganen verplicht worden om algemeen bekend te maken (op elektronische wijze en/of in een huis-aan-huis-blad) dat een procedure waarbij een schaarse vergunning verleend wordt, zal aanvangen. De bekendmaking zou moeten vermelden wat de indieningstermijn voor aanvragen is en waar nadere informatie over de verdeelprocedure en -regels te vinden is. Door deze actieve algemene bekendmakingsplicht voor bestuursorganen wordt gegarandeerd dat alle potentieel geïnteresseerde partijen kennis kunnen nemen van de procedure en hieraan deel kunnen nemen.
- Op grond van het transparantiebeginsel moeten alle voorwaarden en modaliteiten voorafgaand aan de verdeling bekendgemaakt worden.⁷⁸ Hieronder vallen in ieder geval de verdeelregels en -criteria. Als de

76 CBB 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, AB 2012/146, m.nt. A. Drahmman.

77 Vgl. ook ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298, waarin werd geoordeeld dat het vaststellen van de procedureregels pas na het indienen van de aanvragen, maar voor de beslissing op bezwaar, niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. De Afdeling hecht in deze uitspraak terecht waarde aan het feit dat de burgemeester bij de bevestiging van de ontvangst van de aanvragen te kennen heeft gegeven dat hij de procedureregels die voor het jaar ervoor wel waren vastgesteld en waar partijen mee bekend waren zou toepassen. Desalniettemin heeft het college niet transparant gehandeld door de procedureregels niet voorafgaand aan de aanvang van de procedure vast te stellen.

78 De Afdeling oordeelde in een procedure waarin in het geheel geen selectiecriteria en procedureregels waren vastgesteld en bekendgemaakt dat door het ontbreken van kenbare maatstaven en een kenbare afweging bij het nemen van de besluiten door de burgemeester, het besluit op bezwaar op onzorgvuldige wijze tot stand was gekomen (ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519).

voorwaarden waaraan een vergunninghouder moet voldoen worden neergelegd in vergunningvoorschriften dan is ook de inhoud van de vergunning relevant voor de potentiële aanvragers. Mede op basis van deze voorschriften zullen zij immers bepalen of zij kunnen voldoen aan de voorschriften (en rendement op eventuele investeringen kunnen behalen) en of het dus zinvol is een aanvraag in te dienen. In het kader van het transparantiebeginsel verdient het daarom aanbeveling om voorafgaand aan de openstelling van de procedure een ontwerp-vergunning openbaar te maken aan alle potentiële aanvragers.⁷⁹

- Op grond van het transparantiebeginsel moeten zowel de procedure-regels als de inhoudelijke criteria worden vastgesteld en bekendgemaakt voordat de aanvragen kunnen worden ingediend. De eenmaal vastgestelde criteria en procedureregels moeten gedurende de gehele procedure worden gehanteerd en kunnen niet meer gewijzigd worden. Iedere wijziging doet immers afbreuk aan de transparantie en daarmee aan de gelijke behandeling van alle (potentiële) aanvragers. Dit betekent logischerwijs dat in bezwaar ex tunc getoetst moet worden. Het transparantiebeginsel gaat echter verder: ook bij de primaire besluitvorming kunnen de verdeelregels en –criteria in beginsel niet meer worden gewijzigd. Het zou de transparantie dienen als de eerste dag waarop aanvragen kunnen worden ingediend, de laatste dag is waarop wijzigingen nog mogelijk zijn. De Afdeling neemt echter de laatste dag waarop aanvragen kunnen worden ingediend als uitgangspunt.⁸⁰ Het CbB heeft geoordeeld dat het in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel als een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een bepaalde verdeelmethode hangende de besluitvormingsprocedure tot wijziging van die methode overgaat.⁸¹ Het verdient mijns inziens aanbeveling, om in lijn met het transparantiebeginsel, als uitgangspunt te nemen dat vanaf het moment dat aanvragen voor een schaarse vergunning kunnen worden ingediend de verdeelregels en –criteria in beginsel niet meer kunnen worden gewijzigd.

79 Als potentiële gegadigden pas op het moment van de aanvang van een loting kennis kunnen nemen van de precieze inhoud van de ontheffing is dit te laat. Volgens het CbB heeft het bestuursorgaan daarmee onvoldoende zorgvuldig en in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb gehandeld (CbB 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer).

80 De Afdeling heeft geoordeeld dat als de beoordeling van aanvragen om schaarse vergunningen via een tendersysteem verloopt, als uitgangspunt geldt dat het beleid dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, en een bestuursorgaan dat beleid niet hangende de besluitvormingsprocedure ten nadele van een of meer aanvragers kan wijzigen. ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A.Heldeweg (Ten Katemarkt) en ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel (Albert Cuypmarkt).

81 CbB 8 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3125, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono en JB 2010/75, m.nt. C.J. Wolswinkel.

- Op grond van het transparantiebeginsel moeten de criteria worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Zo mogelijk moeten de criteria in afnemende volgorde van het belang worden weergegeven.⁸² Het is wenselijk dat de bestuursrechter een vergelijkbare jurisprudentielijn introduceert.
- Als de relevante verdeelcriteria en -regels zijn vastgelegd in een beleidsregel en het bestuursorgaan wijkt af van deze beleidsregels, dan is dit niet alleen in strijd met het transparantiebeginsel, maar ook met artikel 4:84 Awb.⁸³
- Met betrekking tot artikel 4:84 Awb is van belang dat de inherente afwijkingsbevoegdheid zich slecht verhoudt met het transparantiebeginsel: door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels worden de (potentiële) aanvragers immers niet meer gelijk behandeld. Voor afwijking van beleidsregels is bij de verdeling van schaarse vergunningen en ontheffingen op grond van het transparantiebeginsel geen plaats.⁸⁴ Het is wenselijk dat de Awb (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse vergunningen zou worden opgenomen) op dit punt gewijzigd wordt, maar meer in algemene zin verdient het de voorkeur om verdeelcriteria en -regels niet vast te leggen in een beleidsregel maar in een algemeen verbindend voorschrift.
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:5 Awb en het transparantiebeginsel.⁸⁵ Op grond van het transparantiebeginsel moet worden gegarandeerd dat iedere aanvrager gelijke kansen heeft door alle aanvragers evenveel tijd te geven voor het opstellen van de aanvraag. Op grond van artikel 4:5 Awb kan een bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen indien sprake is van een onvolledige aanvraag, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Deze bepaling

82 De Afdeling oordeelt in de Albert Cuyp-uitspraak dat het beleid waarin de procedureregels zijn neergelegd voldoende duidelijk is. Uit de uitspraak blijkt niet of de criteria 'kwaliteit', 'prijs' en 'extra's' in het beleid zijn uitgewerkt en of de onderlinge waardering (de 'score') is vastgesteld (ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel). Onduidelijk is daarom of ook voldaan werd aan het transparantiebeginsel.

83 CBb 16 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BV0942 en ECLI:NL:CBB:2011:BV0936, AB 2012/161, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en JB 2012/59.

84 Zie in gelijke zin: Widdershoven en Verhoeven 2007, p. 91-92. Zie in dit verband ook de Ten Katemarkt-uitspraak (ABRvS 4 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA2263, AB 2007/163, m.nt. A. Tollenaar) waar in de beleidsregels was bepaald dat maximaal drie vergunningen konden worden verleend, maar vervolgens werden vier vergunningen verleend. De Afdeling oordeelde dat het besluit een draagkrachtige motivering ontbeerde.

85 Vgl. ABRvS 1 oktober 2008 (Nautiek), ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, AB 2009/17, m.nt. A.T. Marseille.

bevat een discretionaire bevoegdheid ('kan') gekoppeld aan een onbepaalde hersteltermijn. Bij een intransparante toepassing van artikel 4:5 Awb kan de indieningstermijn die voor alle (potentiële) aanvragers zou moeten gelden, gaan verschillen tussen de diverse aanvragers.

- Als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse vergunningen (of schaarse publieke rechten) zou worden opgenomen dan zou daarin een uitzondering op artikel 4:5 Awb moeten worden opgenomen. Tot die tijd is van belang dat van artikel 4:5 Awb slechts bij wet in formele zin kan worden afgeweken. In andere gevallen zal het artikel moeten worden toegepast zonder afbreuk te doen aan het transparantiebeginsel. Dit kan door te anticiperen op de toepassing van het artikel door in de procedureregels te bepalen dat onvolledige aanvragen binnen de termijn kunnen worden ingediend, maar dat alle (onvolledige) aanvragers op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen.
- Een van de doelen van het transparantiebeginsel is te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. In de Awb is in artikel 2:4 Awb een verbod tot vooringenomenheid opgenomen. Dit verbod werd geschonden in de eerdergenoemde Albert Cuyp-uitspraak van de Afdeling.⁸⁶ Waar nodig zou artikel 2:4 Awb nader kunnen worden ingekleurd door het transparantiebeginsel.
- De Afdeling stelt eisen aan de kwaliteit van de bewijsstukken die meegenomen worden bij de beoordeling van ingediende aanvragen.⁸⁷ Een van de onderdelen van het transparantiebeginsel is de controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling zodat de procedure op onpartijdigheid kan worden getoetst. Voor een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanvragen is dan ook vereist dat het bestuursorgaan op basis van de in de aanvraag verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanvragen voldoen aan de gestelde criteria. De bestuursrechter zou een vergelijkbare jurisprudentiële lijn kunnen introduceren.

9.6 AFRONDING

In dit artikel heb ik de eisen die voortvloeien uit het Unierechtelijke transparantiebeginsel beschreven. Het beginsel beoogt door het stellen van transparantieverplichtingen de dienstenmarkt voor mededinging te openen. Het beginsel

⁸⁶ ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁸⁷ De Afdeling oordeelde in de Middelburg-uitspraak dat de rapporten onvoldoende duidelijk waren en het besluit onvoldoende gemotiveerd en in strijd met artikel 7:12 Awb was (ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer).

bevat tevens een aantal waarborgen om elk 'risico van favoritisme en willekeur' uit te bannen. Ook wil het beginsel verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie. Hiermee wordt de gelijkheid van kansen gewaarborgd. Uit het beginsel kunnen enkele concrete verplichtingen worden afgeleid waaraan moet worden voldaan. Zo moet aan elke potentiële aanvrager een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd. Een aanvrager moet kennis kunnen nemen van de relevante toetsingscriteria en de procedure. Dit alles moet worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Ook moeten alle potentiële aanvragers kunnen weten dat en tot wanneer zij een aanvraag kunnen indienen. Dit is de 'oproep tot mededinging' (ook wel bekend als het openstellingsbesluit). Om de gelijke kansen van alle potentiële aanvragers te kunnen borgen kan geen rekening worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanbidding van één enkele aanvrager, moeten de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitgelegd worden en moeten de criteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers. Ten slotte moet het besluit worden gemotiveerd en zijn de mogelijkheden om het eenmaal genomen besluit (wezenlijk) te wijzigen beperkt.

Dit transparantiebeginsel is naar mijn mening ook relevant voor het Nederlandse bestuursrecht, in het bijzonder bij de verlening van schaarse vergunningen, oftewel wettelijke regelingen waarin het aantal te verlenen vergunningen is beperkt door het vaststellen van een plafond. Bij dergelijke schaarse vergunningen is immers sprake van (potentiële) concurrentie waarbij er meer geïnteresseerden dan beschikbare vergunningen (kunnen) zijn. In een dergelijke situatie is het niet meer dan logisch dat als er dan toch een situatie van concurrentie (mededinging) wordt gecreëerd, deze mededinging 'eerlijk' moet plaatsvinden. Dit betekent dat alle potentiële gegadigden gelijke kansen moeten krijgen om voor de schaarse vergunning in aanmerking te komen. Het transparantiebeginsel vormt een concretisering van hoe een dergelijke schaarse besluitvormingsprocedure vormgegeven moet worden om die gelijke kansen te borgen.

In paragraaf 9.4 heb ik jurisprudentie van het CBB over winkeltijdenwontheffingen en jurisprudentie van de Afdeling over APV-vergunningstelsels beschreven. Als deze jurisprudentie naast de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt gelegd dan valt op dat situaties die op Europees niveau een schending van het 'transparantiebeginsel' vormen, soms in nationale procedures leiden tot schending van het rechtszekerheids- of zorgvuldigheidsbeginsel. Echter, er is ook jurisprudentie waarin geen schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt aangenomen, terwijl wel gesteld zou kunnen worden dat het transparantiebeginsel is geschonden. In paragraaf 9.5

zijn daarom enkele aanbevelingen geformuleerd die de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen zouden kunnen vergroten.

Geconcludeerd kan dan ook worden dat de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen tot op zekere hoogte goed is geborgd, maar dat op onderdelen verbetering mogelijk is. De vervolgvraag is dan hoe dit gerealiseerd zou kunnen worden. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om dit uit te werken, maar er zijn ten minste drie oplossingen denkbaar.

Een eerste (en meest verstrekkende) mogelijkheid is de erkenning van het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De jurisprudentie van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel zou in dat geval ook bij de verdeling van schaarse vergunningen in zuiver interne situaties kunnen worden toegepast.

Een tweede (minder verstrekkende) mogelijkheid is om transparantie als onderdeel van de algemeen erkende beginselen van behoorlijk bestuur te beschouwen. Op basis van voorgaande jurisprudentieanalyse lijkt het mij mogelijk dat de bestuursrechter bestaande beginselen als het rechtszekerheids-, zorgvuldigheids- of gelijkheidsbeginsel 'transparant' inkleurt.

Een derde optie is om enkele concrete verplichtingen van het transparantiebeginsel te codificeren in bijvoorbeeld de Awb. Een dergelijke codificatie ligt vooral in de rede als geconcludeerd zou worden dat er een leemte in het recht bestaat die onvoldoende door de bestuursrechter wordt ingevuld en voor zover het transparantiebeginsel op gespannen voet staat met bepalingen in de Awb (waarbij in het bijzonder aan artikel 4:5 en 4:84 Awb kan worden gedacht).

Op alle drie de manieren kan het transparantiebeginsel worden geborgd in het Nederlandse bestuursrecht. Ik hoop dat de tendens van de afgelopen jaren waarin het bijzondere karakter van schaarse vergunningen steeds meer de aandacht van de bestuursrechter, in het bijzonder van het CBb, heeft gekregen, wordt voortgezet. Door een vergroting van de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen, zullen, beter dan thans het geval is, gelijke kansen worden geboden aan alle potentiële aanvragers van een schaarse vergunning. Hierdoor kan een eerlijke mededinging naar deze schaarse vergunningen worden gerealiseerd.

