

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

11 | Hoe kunnen transparantieverplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?¹

11.1 INLEIDING

De laatste jaren wordt in de literatuur aandacht besteed aan het 'transparantiebeginsel', in het bijzonder bij de verdeling van schaarse besluiten. In dit artikel wordt ingegaan op de vraag of een dergelijke transparantieverplichting een bindende rechtsnorm zou moeten worden en, zo ja, hoe deze transparantieverplichting het beste zou kunnen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht.

Deze transparantieverplichting vindt haar oorsprong in het Unierecht. Door het introduceren van deze verplichting in het Nederlandse bestuursrecht zou de werkingssfeer van de verplichting worden verruimd van Unierechtelijke geschillen naar ook zuiver interne situaties. Daarnaast blijkt uit jurisprudentieonderzoek dat introductie van de transparantieverplichting ook tot materiële veranderingen zou leiden.² Beide aspecten worden hierna toegelicht.

Ter illustratie een concreet en recent voorbeeld van een procedure waarbij schaarse besluiten worden verdeeld en de transparantieverplichting een rol zou kunnen spelen. In december 2013 heeft het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam (het college) besloten om een 'uitgifteronde' voor exploitatievergunningen voor passagiersvervoer (rondvaartboten en waterfietsen) te organiseren.³ Het college heeft deze uitgifteronde onder meer bekendgemaakt door een advertentie in Het Parool te plaatsen. In deze advertentie stond tot wanneer aanvragen konden worden ingediend en waar informatie over de voorwaarden kon worden gevonden. Een interessante vraag is of er een verplichting bestaat om deze advertentie te plaatsen en, in het verlengde daarvan, of het ontbreken van een dergelijke publicatie voor de bestuursrechter reden is om de verleende vergunning te vernietigen. Artikel 8:77 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bepaalt dat als het beroep gegrond wordt verklaard, in de uitspraak moet worden vermeld 'welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden' is.

1 Dit hoofdstuk is gepubliceerd in *NTB* 2014/11. De inhoud ervan is afgerond op 3 maart 2014.

2 Zie uitgebreider: A. Drahmman, 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?', *JBplus* 2013, afl. 3, p. 141 e.v.

3 Informatie over deze uitgifteronde is te vinden op <https://www.waternet.nl>.

Zowel een schending van een (ongeschreven) rechtsregel als rechtsbeginsel⁴ kan dus leiden tot gegrondverklaring van een beroep,⁵ maar de vraag is hoe de transparantieverplichting moet worden gekwalificeerd. De publicatieverplichting is in ieder geval (nog) geen geschreven rechtsregel. De Awb bevat weliswaar bepalingen over de bekendmaking van (ontwerp)besluiten,⁶ maar deze bepalingen verplichten niet tot deze publicatie. Een dergelijke aanvullende publicatieverplichting zou op een (ongeschreven) 'transparantiebeginsel' kunnen worden gebaseerd. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) blijkt namelijk dat op grond van het transparantiebeginsel alle potentiële aanbieders voor het schaarse besluit in aanmerking moeten kunnen komen. Hiervoor is een passende bekendmaking noodzakelijk. Als het wenselijk wordt geacht om deze publicatieplicht ook te introduceren voor situaties waarop het Unierecht niet van toepassing is, dan zou dat reden kunnen zijn om een 'transparantiebeginsel' in Nederland te erkennen. Een alternatief zou kunnen zijn om de transparantieverplichting te baseren op reeds bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel of rechtszekerheidsbeginsel. De transparantieverplichting zou dan een onderdeel zijn van reeds bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ten slotte zou voor dit soort gevallen een algemene bekendmakingsverplichting kunnen worden opgenomen in de Awb.

In dit artikel zal ik op deze drie mogelijkheden ingaan: (i) erkenning van het transparantiebeginsel als zelfstandig beginsel, (ii) de transparantieverplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur of (iii) codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb. Hierna zal eerst worden ingegaan op de afbakening van de begrippen 'transparantie' en 'schaarse besluiten' in dit artikel (paragraaf 11.2). Daarna wordt een korte omschrijving van de inhoud van de transparantieverplichting gegeven (paragraaf 11.3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de transparantieverplichting kan worden gezien als onderdeel (of subbeginsel) van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder van het gelijkheidsbeginsel (paragraaf 11.4) of dat de transparantieverplichting erkend zou kunnen worden als zelfstandig, nieuw 'transparantiebeginsel' (paragraaf 11.5). Daarna wordt in paragraaf 11.6 ingegaan op de mogelijkheid en wenselijkheid om (onderdelen van) de transparantieverplichting te codificeren. Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 11.7).

4 Zie voor het verschil tussen rechtsregels en -beginselen o.a. P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990, p. 250-251.

5 Tenzij deze schending kan worden gepasseerd op grond van het (verruimde) artikel 6:22 Awb, omdat de bestuursrechter van oordeel is dat aannemelijk is dat 'de belanghebbenden' daardoor niet zijn benadeeld.

6 De artikelen 3:41 en 3:42 Awb respectievelijk de artikelen 3:11 en 3:12 Awb.

In essentie kan het door mij gewenste eindresultaat, te weten dat transparantieverplichtingen in acht moeten worden genomen door bestuursorganen bij de verdeling van schaarse besluiten, op alle drie genoemde manieren worden bereikt. Aan alle drie opties zijn voor- en nadelen verbonden. Welke aanpak de voorkeur verdient, zal deels worden beïnvloed door de visie die men heeft op de rol van beginselen en de rol van de Awb in het Nederlandse bestuursrecht in het algemeen: zouden meer ongeschreven rechtsbeginselen gecodificeerd moeten worden in de Awb of is de huidige codificatie 'light' afdoende?⁷ Na afweging van alle voor- en nadelen, zal ik tot de conclusie komen dat de transparantieverplichting het best door de Nederlandse bestuursrechter kan worden erkend als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel (of beginsel van gelijke kansen). Het identificeren van het gelijkheidsbeginsel als fundamenteel beginsel dat aan de verdeling van schaarse besluiten ten grondslag ligt, kan ervoor zorgen dat de bijzondere aard van schaarse besluiten beter wordt gearticuleerd. Uit dit beginsel vloeien vervolgens transparantieverplichtingen voort die in acht moeten worden genomen om te garanderen dat alle potentiële aanvragers gelijke kansen krijgen bij de verdeling van schaarse besluiten.

11.2 AFBAKENING: TRANSPARANTIE EN SCHAARSE BESLUITEN

Het begrip 'transparantie' wordt in de literatuur in verschillende betekenissen gebruikt. Hierna zal daarom eerst worden ingegaan op de afbakening van dit begrip in dit artikel.

Afhankelijk van de context kan het 'transparantiebeginsel' een andere betekenis krijgen. Zo onderscheidt Buijze zes verschillende categorieën van transparantieverplichtingen binnen het Unierecht.⁸ Deze categorieën verschillen onderling zowel in doel, inhoud als normadressaat. Men zou zich dan ook kunnen afvragen of wel gesproken kan worden van één overkoepelend 'transparantiebeginsel' dat al deze categorieën omvat of dat er verschillende transparantieverplichtingen bestaan.⁹ In het Nederlandse bestuursrecht krijgt met name de categorie die (kort samengevat) betrekking heeft op het recht van

7 R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht: tevreden met een codificatie 'light'?', *JBplus* 2012, p. 87-100. Zie ook J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 787-807.

8 A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), 2013 (Buijze 2013a) en A.W.G.J. Buijze, 'The Six Faces of Transparency', *Utrecht Law Review* 2013, afl. 3 (Buijze 2013b). In dit artikel staat Buijzes 'type C'-transparantie over 'efficient decision making' centraal.

9 Prechal en De Leeuw hebben de transparantieverplichting eerder omschreven als een 'umbrella notion' in: S. Prechal en M.E. de Leeuw, 'Transparency: A General Principle of EU Law' in: U. Bernitz, J. Nergelius en C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Deventer: Kluwer 2008, p. 201-242.

burgers tot de toegang van documenten veel aandacht.¹⁰ In dit artikel neem ik een andere categorie als uitgangspunt, namelijk de transparantieplichting die ten doel heeft de 'homo economicus' betere beslissingen te laten nemen en bestuursorganen te kunnen controleren. Deze transparantieplichting heeft in het Unierecht als doel het functioneren van de interne markt te verbeteren en de homo economicus te beschermen tegen marktverstoring optreden door bestuursorganen. Ik heb twee redenen om deze categorie centraal te stellen. De eerste is dat over deze betekenis van de transparantieplichting veel jurisprudentie van het Hof van Justitie beschikbaar is en dat de inhoud van deze verplichting in het Unierecht daardoor al enigszins is uitgekristalliseerd. In het Unierecht komt de transparantieplichting met name aan de orde in het aanbestedingsrecht, maar ook bij andere beperkingen van het recht op vrij verkeer, zoals de regulering van kansspelen waar het aantal exploitanten vaak wordt beperkt door een monopolie- of concessiestelsel.¹¹ De tweede reden is dat de transparantieplichting blijkens jurisprudentie toegevoegde waarde heeft voor het Nederlandse bestuursrecht en wel bij de verdeling van zogenaamde 'schaarse besluiten'.¹²

Schaarse besluiten zijn alle soorten besluiten waarbij het aantal aanvragers groter is dan het aantal beschikbare toekenningsbesluiten, bijvoorbeeld bepaalde vergunningen, ontheffingen, concessies en subsidies.¹³ Deze schaarste kan door bestuursorganen worden gecreëerd door het vaststellen van een 'plafond' dat aangeeft hoeveel toekenningsbesluiten maximaal kunnen worden genomen. Een aanvraag wordt geweigerd als door toekenning het plafond zou worden overschreden. In een dergelijke situatie van schaarste zullen dus zowel positieve (toekenning of verlening) als negatieve (weigering) besluiten worden genomen. Het begrip 'schaarse besluiten' ziet op beide besluiten, omdat beide het resultaat zijn van de gevolgde verdeelprocedure. Bekende verdeelprocedures zijn een loting, een veiling, een vergelijkende toets (tendersysteem) of verdeling op volgorde van binnenkomst.¹⁴ Door de beperking van het aantal beschikbare toekenningsbesluiten ontstaat er een vorm van competitie tussen de verschillende aanvragers. De transparantieplichting beoogt in dergelijke situaties partijen onder meer te beschermen tegen favoritisme en willekeur.

10 Deze transparantieplichting is de grondslag voor de Wob en de Wbp, aldus ABRvS 30 januari 2013, *JB* 2013/61, ECLI:NL:RVS:2013:BY9910.

11 O.a. HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel (Betfair) en HvJ EU 24 januari 2013, C-186/11, *NJ* 2013/271, m.nt. M.R. Mok.

12 Drahmman 2013.

13 Zie over de begrippen 'vergunning' en 'concessie' ook: A. Drahmman, 'Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest', *NTB* 2012/25.

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

De bekendste schaarse besluiten zijn te vinden in het economisch bestuursrecht, zoals de frequentievergunning.¹⁵ De relevantie van dit artikel is echter niet beperkt tot het economisch bestuursrecht. Allereerst is bij subsidieverlening sprake van schaarste zodra een subsidieplafond wordt vastgesteld.¹⁶ Daarnaast komt het ook buiten het economisch bestuursrecht voor dat het aantal beschikbare vergunningen wordt beperkt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij terras-,¹⁷ exploitatie-,¹⁸ evenementen-¹⁹ en kramenzetvergunningen.²⁰ Er is bovendien een tendens zichtbaar waarbij bestuursorganen steeds vaker besluiten dat een andere verdeelprocedure dan verlening op volgorde van binnenkomst van de aanvragen wenselijk is, zoals bijvoorbeeld de al in de inleiding genoemde 'uitgifteronde' voor exploitatievergunningen voor passagiersvervoer in Amsterdam. Het is relatief eenvoudig om vast te stellen wie als eerste een aanvraag heeft ingediend.²¹ Bij andere verdeelsystemen, zoals een vergelijkende toets, kan het complexer zijn om te bepalen aan wie het schaarse recht moet worden toegekend, want in een dergelijk geval moet het bestuursorgaan vaststellen wie de 'beste' aanvraag heeft ingediend. Bij een dergelijke procedure gaan transparantieverplichtingen een (grotere) rol spelen: vooraf zal moeten worden vastgesteld en bekendgemaakt aan welke kwalitatieve criteria de aanvragen getoetst zullen worden.

11.3 INHOUD VAN DE TRANSPARANTIEVERPLICHTING

In het vervolg van dit artikel wordt dus uitsluitend ingegaan op de 'economische' betekenis van de transparantieverplichting en de mogelijke rol die deze verplichting zou kunnen spelen bij de verlening van schaarse besluiten. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie kan een aantal concrete doelstellingen (paragraaf 11.3.1) en verplichtingen (paragraaf 11.3.2) van de transparantieverplichting worden afgeleid.²²

15 Artikel 3.10 e.v. Telecommunicatiewet.

16 Artikel 4:25 Awb.

17 ABRvS 25 september 2013, AB 2013/385, m.nt. A. Drahmman. Vgl. ook ABRvS 17 april 2013, AB 2013/214, m.nt. A. Drahmman over een seizoensonthefing voor terrasboten.

18 O.a. ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, AB 2009/17, m.nt. A.T. Marseille, en ABRvS 9 januari 2013, BR 2013/63, m.nt. A. Drahmman.

19 ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298 en ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6519.

20 ABRvS 29 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1839, JB 2009/6, m.nt. M.A.Heldeweg en ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel.

21 Hoewel zich ook hier complicaties kunnen voordoen. O.a. CBb 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 26 november 2010 AB 2011/38, m.nt. C.J. Wolswinkel.

22 Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de Unierechtelijke transparantieverplichting, inclusief een jurisprudentieoverzicht: Drahmman 2013.

11.3.1 Doelstellingen

- het openen van de markt voor mededinging;²³
- waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen;²⁴
- te verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of elke potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel relevante informatie (ook wel omschreven als het waarborgen van de gelijkheid van kansen).²⁵

11.3.2 Verplichtingen

- Aan elke potentiële aanvrager moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd;²⁶
- Alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze;²⁷
- Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren;²⁸
- Een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen moet worden gesteld;²⁹
- 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;³⁰
- Het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen;³¹
- De criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers;³²

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

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

25 O.a. HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (Costa en Cifone).

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

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

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

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

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

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

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

- Verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het schaarse besluit moet daarom worden gemotiveerd;³³
- Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk.³⁴

11.4 DE TRANSPARANTIEVERPLICHTING ALS ONDERDEEL VAN DE ALGEMENE BEGINSLEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

De transparantieverplichting wordt zowel in de literatuur als in aanbestedingsrechtelijke nationale en Unierechtelijke jurisprudentie vaak gekoppeld aan reeds bestaande beginselen van behoorlijk bestuur. In paragraaf 11.4.1 zal worden gezien of de transparantieverplichting een onderdeel zou kunnen vormen van algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Vervolgens zal in paragraaf 11.4.2 meer in het bijzonder worden ingegaan op de koppeling tussen de transparantieverplichting en het gelijkheidsbeginsel.

11.4.1 De positie van de transparantieverplichting ten opzichte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: overlap en verschillen

In deze paragraaf zal voor een aantal beginselen van behoorlijk bestuur worden gezien in hoeverre ze geheel of gedeeltelijk overlappen met de transparantieverplichting. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op het verbod van vooringenomenheid en gebod van fair play, het formele rechtszekerheidsbeginsel, het willekeurverbod, het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.³⁵

In het kader van de vergelijking van de transparantieverplichting met andere beginselen, zou nog de vraag kunnen worden gesteld of de transparantieverplichting een formeel of materieel karakter heeft. Materiële beginselen hebben in essentie betrekking op de inhoud van overheidsoptreden. Formele beginselen hebben met name betrekking op de besluitvormingsprocedure.³⁶ De transparantieverplichting stelt in beginsel geen directe eisen aan de inhoud van de besluitvorming. Het bepaalt bijvoorbeeld niet welke materiële selectie-

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

34 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall) en HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur).

35 In een eerder artikel heb ik aan de hand van jurisprudentie van de bestuursrechter gezien welke beginselen van behoorlijk bestuur de bestuursrechter nu hanteert als vernietigingsgronden van schaarse besluiten (Drahmann 2013, p. 143-172). Deze beginselen worden in dit artikel als uitgangspunt genomen. Zie voor een andere indeling Nicolai 1990, p. 348-349.

36 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 390 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 14de dr., Den Haag 2008, p. 281-282.

criteria moeten worden gesteld. De transparantieverplichting stelt met name procedurele regels die betrekking hebben op de voorbereiding en de vormgeving van de besluitvormingsprocedure. Hierna zal de transparantieverplichting dan ook met name met formele beginselen van behoorlijk bestuur worden vergeleken, tenzij jurisprudentie van de bestuursrechter aanleiding geeft tot een vergelijking met een materieel beginsel. In het verlengde hiervan geldt ook dat als de transparantieverplichting zou worden erkend als zelfstandig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, waarop in de volgende paragraaf wordt ingegaan, het een formeel beginsel zou zijn.

A) *Verbod van vooringenomenheid en gebod van fair play*

De transparantieverplichting heeft mede ten doel favoritisme en willekeur te voorkomen. Hierdoor ontstaat overlap met het verbod van vooringenomenheid. Het verbod van vooringenomenheid houdt in dat een bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid vervult. Een bestuursorgaan moet onpartijdig en objectief te werk gaan. Ook de schijn van vooringenomenheid moet worden vermeden. Het beginsel is gedeeltelijk gecodificeerd in artikel 2:4 Awb. Door plaatsing in hoofdstuk 2 van de Awb geldt het beginsel niet alleen bij het nemen van besluiten, maar voor het gehele bestuursoptreden van een bestuursorgaan.

Een voorbeeld van een uitspraak waar dit verbod van vooringenomenheid werd geschonden bij de verdeling van schaarse besluiten is de Albert Cuypuitspraak, waarin één van de huidige vergunninghouders zitting nam in een commissie die het bestuursorgaan adviseerde bij de totstandkoming van nieuw beleid over de verlening van nieuwe kramenzet- en -verhuurvergunningen.³⁷ Hieruit kan worden afgeleid dat – in ieder geval in dit concrete geval – het deel van de transparantieverplichting dat ziet op voorkoming van favoritisme al wordt geborgd door het verbod van vooringenomenheid. Hierbij moet echter een kanttekening worden geplaatst. De transparantieverplichting behelst namelijk ook de verplichting om van tevoren verdelingsregels vast te stellen en bekend te maken. Dit is een middel om controleerbaar te maken dat het verbod tot vooringenomenheid niet is geschonden. De transparantieverplichting bevat daarmee niet alleen een verbod, maar ook een gebod. Betwijfeld moet worden of een dergelijk gebod thans onder artikel 2:4 Awb valt. Hiervoor zou het gebod van fair play wellicht uitkomst kunnen bieden. Dit gebod vereist dat bestuursorganen open en eerlijk optreden, betrokkenen adequaat informeren, geen informatie achterhouden en belanghebbenden niet aan het lijntje

37 ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie over het verbod van vooringenomenheid bij subsidietenders o.a. ABRvS 24 maart 2010, JB 2010/119 en AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden (De Theatercompagnie) en M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011, p. 35 e.v.

houden.³⁸ De transparantieplichting zou kunnen worden gezien als een concrete invulling van dit gebod van fair play bij de verdeling van schaarse besluiten.

B) *Formele rechtszekerheidsbeginsel*

Het formele rechtszekerheidsbeginsel (of duidelijkheidsbeginsel) houdt in dat besluiten duidelijk moeten zijn geformuleerd, voldoende houvast moeten bieden en niet voor verschillende uitleg vatbaar mogen zijn.³⁹ De transparantieplichting vertoont op dit punt overlap met het rechtszekerheidsbeginsel. De eis dat alle voorwaarden worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zou namelijk kunnen worden gezien als een element van het rechtszekerheidsbeginsel, dat verlangt dat juridische teksten duidelijk en voorzienbaar zijn. Verder dient de eis van de transparantieplichting dat verdeelregels en –criteria moeten worden vastgesteld voordat de verdeelprocedure begint, de rechtszekerheid. Ook het doel van de transparantieplichting om de discretionaire bevoegdheid van de (opdracht- of concessieverlenende) overheid af te bakenen komt overeen met het rechtszekerheidsbeginsel.⁴⁰

Ondanks deze overlap, heeft de bestuursrechter in een aantal uitspraken geoordeeld dat het rechtszekerheidsbeginsel niet was geschonden, terwijl mijns inziens verdedigbaar is dat de transparantieplichting wel was geschonden. Zo heeft het CbB geoordeeld dat als in (beleids)regels geen verdeelprocedure is voorgeschreven, een verdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen niet onredelijk is.⁴¹ Vanuit transparantie-oogpunt zijn hierbij kanttekeningen te plaatsen. De verplichting om (alle modaliteiten van) de procedure vast te stellen en bekend te maken, biedt duidelijkheid aan zowel de (potentiële) aanvragers als het bestuursorgaan over de te volgen procedure. Het impliciet inlezen van een verdeelmethode is hier niet mee in overeenstemming. Daarnaast houdt de bestuursrechter naar mijn mening onvoldoende rekening met het belang van de (potentiële) aanvragers door te oordelen dat het ontbreken van een algemene bekendmaking niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.⁴² Een algemene bekendmakingsplicht zou kunnen worden

38 Vgl. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 392-399.

39 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 443 en G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999, p. 117-133.

40 S. Prechal, 'De emancipatie van 'het algemene transparantiebeginsel', *SEW* 2008/145.

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

42 CbB 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, *AB* 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Hoewel de bestuursrechter tot op heden een bestuursorgaan niet verplicht een algemene bekendmaking te verrichten, wordt er wel waarde gehecht aan algemene mededelingen (een aankondiging of mededeling) over de introductie of wijziging van een verdeelsysteem (o.a. CbB 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415, *AB* 2012/146, m.nt. A. Drahmman).

gebaseerd op de transparantieplichting. Dit zou tot gevolg hebben dat bij de introductie van een verdeelsysteem (inclusief het verdeelsysteem 'volgorde van binnenkomst') een begindatum voor het indienen van de aanvragen zou moeten worden vastgesteld en bekendgemaakt en dat die datum niet in het verleden mag liggen.⁴³

Een uitspraak waar de transparantieplichting en het rechtszekerheidsbeginsel overlappen, is het oordeel van het CbB dat 'een bestuursorgaan, nadat het gekozen heeft voor een methode aan de hand waarvan zal worden bepaald aan wie de ontheffing wordt verleend en deze keuze ook bekend heeft gemaakt, niet hangende de besluitvormingsprocedure tot wijziging van die methode behoort over te gaan indien daardoor afbreuk wordt gedaan aan het belang van een aanvrager die overeenkomstig het bekendgemaakte toewijzingsbeleid zijn aanvraag heeft ingediend en zijn handelwijze heeft bepaald'. Het CbB baseert deze verplichting op het rechtszekerheidsbeginsel.⁴⁴

Uit deze jurisprudentie volgt dat de transparantieplichting en het rechtszekerheidsbeginsel overlap met elkaar vertonen. De transparantieplichting zou dus kunnen worden gezien als een nadere (en strengere) invulling van het rechtszekerheidsbeginsel bij de verdeling van schaarse besluiten. Hier ligt dan nog wel een taak voor de bestuursrechter om het rechtszekerheidsbeginsel uit te werken op een wijze dat alle elementen van de transparantieplichting er onder (gaan) vallen.

C) *Willekeurverbod en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel*

Het willekeurverbod wordt geschonden als de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid blijk geeft van een ernstig gebrekkige afweging van belangen. Het moet gaan om serieuze inconsistenties of onzorgvuldigheden. Ook inconsistente beleidsvoering valt onder het verbod.⁴⁵

Het willekeurverbod is gedeeltelijk gecodificeerd in artikel 3:4 Awb. In het eerste lid is een verplichting voor het bestuursorgaan opgenomen om een belangenafweging te verrichten. Het tweede lid bepaalt dat deze belangenafweging evenredig moet zijn. Zowel het willekeurverbod, het evenredigheidsbeginsel als het materiële zorgvuldigheidsbeginsel moeten in dit artikellid worden gelezen.⁴⁶ Ook de transparantieplichting heeft (mede) ten doel favoritisme en willekeur te voorkomen en de discretionaire bevoegdheid van een bestuursorgaan af te bakenen. Hierdoor bestaat er een gedeeltelijke overlap met het willekeurverbod.

43 Vgl. CbB 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031.

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

45 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 408 en Addink 1999, p. 93-115.

46 PG Awb I, p. 208-215.

Ook uit jurisprudentie blijkt dat een schending van de transparantieverplichting leidt tot vernietiging van een besluit wegens schending van artikel 3:4 Awb. Zo heeft het CBb geoordeeld 'dat in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing.'⁴⁷

Deze benadering van het CBb is gunstig voor de positie van concurrenten bij de verdeling van schaarse besluiten, maar het is de vraag of het CBb hiermee ver genoeg gaat, omdat slechts uitgegaan wordt van een *passieve* vorm van bekendmaking door het bestuursorgaan. Het Hof van Justitie gaat verder in zijn jurisprudentie over de transparantieverplichting door te oordelen dat een passende bekendmaking nodig is die alle potentiële – en dus niet alleen de bekende – gegadigden bereikt. Dit zal vrijwel altijd een algemene bekendmaking zijn, bijvoorbeeld een elektronische bekendmaking of een bekendmaking in een huis-aan-huis-blad.

D) *Formele zorgvuldigheidsbeginsel*

Het formele zorgvuldigheidsbeginsel is gecodificeerd in artikel 3:2 Awb. Het beginsel heeft betrekking op drie aspecten: (a) de deugdelijkheid en de omvang van het voorafgaand ambtelijk onderzoek; (b) het horen van de betrokkenen en (c) het (vragen van en) omgaan met adviezen.⁴⁸

Ook de transparantieverplichting eist een goede voorbereiding van de besluitvorming van het bestuursorgaan. Deze voorbereiding moet resulteren in het vaststellen van verdeelregels en –criteria voordat de verdeelprocedure begint. Uiteraard moet het bestuursorgaan de vastgestelde regels vervolgens ook daadwerkelijk toepassen. Het verbaast dan ook niet dat de bestuursrechter regelmatig schaarse besluiten vernietigt wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel waar ook gesteld zou kunnen worden dat de transparantieverplichting is geschonden.

Zo acht het CBb het onvoldoende zorgvuldig en in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb om bij de loting van een ontheffing voor zondagsopenstelling pas op het moment van de loting de precieze inhoud van die ontheffing mee te delen.⁴⁹ Als het oordeel van het CBb zo mag worden uitgelegd dat alle potentiële gegadigden voorafgaand aan de verdeling van een schaars besluit

47 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel. Vgl. ook CBb 6 juni 2012, AB 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 24 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6540, AB 2012/373, m.nt. C.J. Wolswinkel en JB 2012/250, m.nt. L.J. Wildeboer.

48 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 445.

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

op de hoogte moeten kunnen zijn van de precieze inhoud van dat besluit, dan zou dit in lijn zijn met de transparantieverplichting.

Zo bezien, bestaat er een overlap tussen het zorgvuldigheidsbeginsel en de transparantieverplichting. Het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden als (de omvang van) het voorafgaande (ambtelijke) onderzoek onvoldoende is geweest of derden niet bij de voorbereiding zijn betrokken waardoor later blijkt dat er geen, onvoldoende of onvoldoende duidelijke (procedure)regels zijn gesteld. Vanuit het oogpunt van transparantie kan in een dergelijk geval gesteld worden dat er is niet alleen sprake is van een gebrekkige voorbereiding, maar door het niet in acht nemen van transparantievereisten het mogelijk is dat (potentiële) aanvragers geen gelijke kansen hebben gehad.

E) Motiveringsbeginsel

Het motiveringsbeginsel is gecodificeerd in de artikelen 3:46 en 3:47 Awb. De motivering van een besluit moet kenbaar en draagkrachtig zijn en maakt rechterlijke toetsing mogelijk.⁵⁰ Eén van de onderdelen van de transparantieverplichting omvat de motivering van het besluit, maar dit is slechts een van de aspecten van deze verplichting. Bovendien draagt de transparantieverplichting bij aan de controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling zodat de procedure op onpartijdigheid kan worden getoetst. Voor een objectieve en transparante beoordeling van de verschillende aanvragen is vereist dat het bestuursorgaan op basis van de in de aanvraag verstrekte inlichtingen en bewijsstukken daadwerkelijk kan nagaan of de aanvragen voldoen aan de gestelde criteria.⁵¹

F) Tussenconclusie

De transparantieverplichting vertoont overlap met een groot aantal Nederlandse formele beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel. Het is echter niet mogelijk om te stellen dat één van deze beginselen alle Unierechtelijke transparantievereisten die in dit artikel centraal staan, omvat. Met een combinatie van de diverse beginselen kan een eind worden gekomen. Het is echter de vraag of versnippering van transparantievereisten over diverse beginselen – feitelijk de status quo – afdoende is. Hiervoor is immers een aantal uitspraken aangehaald waaruit blijkt dat besluiten waarbij (in een zuiver interne situatie) een

⁵⁰ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 462-466.

⁵¹ Een voorbeeld waar de transparantieverplichting en het motiveringsbeginsel elkaar overlappen is ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer.

schaars recht wordt toegekend, regelmatig in stand blijven, ondanks dat gesteld kan worden dat de transparantieverplichting geschonden is.⁵²

11.4.2 De transparantieverplichting als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel?

In dit artikel staat de Unierechtelijke transparantieverplichting centraal. Opvallend is dat het Hof van Justitie in zijn arresten over de transparantieverplichting inconsequent is in de gehanteerde terminologie. In arresten wordt wisselend gesproken over het 'het beginsel van doorzichtigheid',⁵³ een 'verplichting tot transparantie',⁵⁴ 'transparantieverplichting'⁵⁵ en 'transparantiebeginsel'.⁵⁶

Van belang is verder dat het Hof van Justitie de transparantieverplichting vaak koppelt aan het beginsel van gelijke behandeling. Soms wordt geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie 'omvat',⁵⁷ soms dat een besluit 'zowel het beginsel van gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers als met het transparantiebeginsel' in overeenstemming moet zijn⁵⁸ en soms over 'de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie'.⁵⁹ Ook wordt gesproken van 'het beginsel van gelijke behandeling en de daarvan afgeleide transparantieverplichting',⁶⁰ het 'beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt [van het beginsel van gelijke behandeling – toev. AD.]'⁶¹ en het 'transparantiebeginsel, dat een logisch uitvloeisel is van het gelijkheidsbeginsel'.⁶² In oktober 2013 oordeelde het Hof van Justitie dat 'het Unierecht met name het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers of gegadigden en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie' toepast.⁶³

Het is de vraag of ook in het Nederlandse bestuursrecht een koppeling gemaakt zou kunnen worden tussen het gelijkheidsbeginsel en transparantieverplichtingen. Opvallend is dat bij de Nederlandse bestuursrechter een beroep op het gelijkheidsbeginsel bij procedures over schaarse besluiten zelden

52 Voor een uitgebreider jurisprudentieoverzicht verwijs ik naar Drahmman 2013.

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

54 HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (Telaustria).

55 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall) en HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel (Betfair).

56 HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (Costa en Cifone).

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

58 HvJ EG 4 december 2003, C-448/01 (Wienstrom).

59 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, Commissie/Nederland (koffieautomaten).

60 HvJ EU 18 november 2010, C-226/09 (Commissie/Ierland).

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

62 HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 (Costa en Cifone).

63 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova).

slaagt.⁶⁴ Dit komt wellicht door een verschil tussen de strekking van het Europese gelijkheidsbeginsel en het nationale gelijkheidsbeginsel. Het nationale beginsel wordt vaak beschreven als het uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden en ongelijke gevallen ongelijk. Dit wordt echter aldus uitgelegd dat slechts sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel als vanuit een specifiek gezichtspunt sprake is van ongelijke behandeling waarvoor geen rechtvaardiging bestaat. Er moet sprake zijn van juridisch relevante verschillen.⁶⁵ Het gelijkheidsbeginsel heeft aldus een comparatief element.⁶⁶ De Unierechtelijke transparantieplichting bevat vooral een eis tot correcte vaststelling, openbaarmaking en toepassing van regels. Als deze regels niet worden nageleefd dan wordt de transparantieplichting geschonden, omdat (bijvoorbeeld door een gebrekkige bekendmaking of onduidelijk criterium) *potentiële* aanvragers *kunnen* zijn benadeeld. Zolang de Nederlandse bestuursrechter toetst aan het gelijkheidsbeginsel door uitsluitend na te gaan of in een concreet geval *daadwerkelijk* sprake is van een *benadeling* van een groep ten opzichte van een andere groep, kan de transparantieplichting niet als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel fungeren.

11.5 DE INTRODUCTIE VAN EEN 'TRANSPARANTIEBEGINSEL' BIJ DE VERDELING VAN SCHAARSE BESLUITEN

De transparantieplichting zou in het Nederlandse bestuursrecht kunnen worden geïntroduceerd door het te erkennen als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.⁶⁷ Het transparantiebeginsel vormt een concretisering van hoe een procedure waarbij schaarse besluiten worden verdeeld, vormgegeven moet worden om de gelijke kansen van alle potentiële aanvragers te borgen. Daarbij ga ik ervan uit dat de hiervoor beschreven doelstellingen van de transparantieplichting, zoals het uitbannen van favoritisme en willekeur

64 Zie ook Drahmman 2013. Vgl. ook F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011/1470.

65 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 420-421 en Addink 1999, p. 153-168.

66 J.H. Gerards, 'Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht' in: R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbeginselen in het Europese recht', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, H.J.A.M. van Geest e.a. (red.), *In beginsel; over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Kluwer 2004, p. 45-66.

67 Volgens Schlössels en Zijlstra moeten algemene beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel van toepassing kunnen zijn op alle typen bestuurshandelingen, althans voor zover een bepaald beginsel naar zijn aard op een handelen van toepassing is (Schlössels en 2010, p. 391). Dit artikel beperkt zich dus tot de rol die de transparantieplichting speelt bij de verdeling van schaarse besluiten. Voor zover men zich op het standpunt zou stellen dat door deze door mij aangebrachte beperking, het transparantiebeginsel geen algemeen beginsel kan zijn, wijs ik erop dat niet uit het oog moet worden verloren dat het transparantiebeginsel in andere contexten ook van belang is, maar dat het beginsel in een andere context wel een andere invulling krijgt.

en het bieden van gelijke kansen aan aanvragers van schaarse besluiten, over het algemeen en ook in zuiver interne geschillen, worden beschouwd als nastrevenswaardige doelstellingen.

Bovendien zou door het erkennen van het transparantiebeginsel in het Nederlandse (bestuurs)recht de werkingssfeer van het beginsel worden verruimd van Unierechtelijke geschillen naar zuiver interne geschillen.⁶⁸ Alleen als een duidelijk grensoverschrijdend belang ontbreekt, is sprake van een zuiver interne situatie, waarbij een Unierechtelijk beginsel door de Nederlandse bestuursrechter niet in acht hoeft te worden genomen.⁶⁹

'Vrijwillige' adoptie van een Unierechtelijk beginsel kan plaatsvinden als een lidstaat het communautaire beginsel een mooie aanvulling acht, of om te voorkomen dat in de nationale rechtsorde twee varianten van hetzelfde beginsel moeten worden toegepast.⁷⁰ Gelet op de hiervoor beschreven doelstellingen van het transparantiebeginsel, ben ik van mening dat het transparantiebeginsel een dergelijke aanvulling van het Nederlandse bestuursrecht zou kunnen zijn.

Tevens bestaat het risico dat een afwachtende houding tot gevolg heeft dat er een verschil in rechtsbescherming zal ontstaan tussen Unierechtelijke geschillen en nationale geschillen. Dat dit onwenselijke gevolgen kan hebben, is al gebleken bij het verschil in toepassing van het Unierechtelijke en nationale vertrouwensbeginsel bij subsidieverstrekking.⁷¹ Voor het transparantiebeginsel dreigt een vergelijkbare situatie te ontstaan nu het Hof van Justitie voor Europese subsidieverstrekking al heeft geoordeeld dat 'de toekenning van subsidies met inachtneming van met name het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling [moet geschieden], hetgeen veronderstelt dat potentiële aanvragers van financiële bijstand, gelet op het beperkte budget dat beschikbaar is voor de financiering van dergelijke subsidies, gelijk worden behandeld'.⁷² In dit verband is ook de ontwikkeling van een 'Europese Awb'

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

69 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, TA 2014, afl. 1, m.nt. A. Drahmman.

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

71 O.a. CbB 9 mei 2012, AB 2013/202, en CbB 25 mei 2012, AB 2013/203, beide m.nt. J.E. van den Brink en S. Pereth. Zie tevens J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: Verhoeven, Van den Brink en Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2010, i.h.b., p. 89-90.

72 GEU 15 april 2011, T-297/05, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman.

relevant, omdat 'een Europese wet bestuursprocesrecht een spontane convergentie in het nationale bestuursrecht in de hand kan werken'.⁷³

Ten slotte merk ik terzijde nog op dat het transparantiebeginsel in Nederland vaak wordt geassocieerd met het aanbestedingsrecht en daarmee met het privaatrecht.⁷⁴ Door erkenning van het transparantiebeginsel bij de verdeling van schaarse besluiten wordt deze connotatie met zowel het aanbestedingsrecht als het Unierecht losgelaten en kan het beginsel eenvoudig worden toegepast in het Nederlandse bestuursrecht in den brede.

Belangrijker is dat erkenning van het transparantiebeginsel ook materiële veranderingen binnen het Nederlandse bestuursrecht tot gevolg zou hebben. In de vorige paragraaf heb ik een paar voorbeelden gegeven van de wijze waarop de Nederlandse bestuursrechter schaarse besluiten toetst. In 2013 heb ik een uitgebreidere vergelijking gemaakt tussen enerzijds jurisprudentie van het Hof van Justitie over het transparantiebeginsel en anderzijds jurisprudentie van de Afdeling (over APV-vergunningstelsels) en het CBB (over winkeltijdenwetontheffingen).⁷⁵ Eerder heb ik eenzelfde vergelijking gemaakt voor subsidieverlening.⁷⁶ Als de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter naast de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt gelegd dan valt op dat situaties die op Europees niveau een schending van het 'transparantiebeginsel' vormen, soms in nationale procedures leiden tot schending van het rechtszekerheids- of zorgvuldigheidsbeginsel. Echter, er is ook jurisprudentie waarin geen schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt aangenomen, terwijl wel gesteld zou kunnen worden dat het transparantiebeginsel is geschonden. Mijn conclusie was dan ook dat de transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten in Nederland tot op zekere hoogte is geborgd, maar dat het op onderdelen beter zou kunnen. De erkenning van het transparantiebeginsel zou hiervoor kunnen zorgen.

In de vorige paragraaf is ingegaan op de samenhang tussen de transparantieplichting en het gelijkheidsbeginsel. De vraag is dan ook waarom de transparantieplichting erkend zou moeten worden als (zelfstandig) transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel lijkt een eigen betekenis te hebben die verder gaat dan het gelijkheidsbeginsel. Ten eerste stelt het transparantiebeginsel zelfstandige eisen met betrekking tot de helderheid en duidelijkheid van het document waarin de verdeelregels en -criteria worden opgenomen.⁷⁷ Ten tweede gaat transparantie aan het gelijkheidsbeginsel vooraf: zonder transparantie is de controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel niet

73 Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INI)). Zie ook: A.C.M. Meuwese, 'Het Europees Parlement op de bres voor een "Europese Awb"', *Regelmaat* 2013, afl. 2, p. 135 e.v.

74 Zie ook Drahmman 2012.

75 Drahmman 2013.

76 A. Drahmman, 'Kan het subsidierecht transparanter?', *Gst.* 2011/124.

77 Vgl. HR 4 november 2005, *NJ* 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

mogelijk. Ten derde dient het transparantiebeginsel een ruimere doelstelling, namelijk dat elk risico van favoritisme en willekeur door het bevoegd gezag wordt uitgebannen.⁷⁸ Ten vierde heeft het transparantiebeginsel in situaties waar het Unierecht van toepassing is, een zelfstandig effect, los van het gelijkheidsbeginsel, omdat ongeacht wie geschaad wordt door het gebrek aan transparantie, het effect is dat het Europese vrij verkeer wordt belemmerd.⁷⁹ Erkenning van het transparantiebeginsel zou verder ook passen in een tendens waar gewezen wordt op de *verdelende* rechtvaardigheid als functie van het algemeen bestuursrecht.⁸⁰ De diverse doelen die het transparantiebeginsel beoogt te behartigen hebben allemaal dit principe als uitgangspunt. Ten slotte is het grote voordeel van het erkennen van het transparantiebeginsel als zelfstandig beginsel, in plaats van het hanteren van bestaande beginselen als een vehikel voor transparantievereisten, de duidelijkheid. Als zelfstandig beginsel kan de samenhang tussen de verschillende verplichtingen worden gearticuleerd⁸¹ en ontstaat een nieuw – geïntegreerd – perspectief dat een eigen dynamiek kan ontwikkelen.⁸²

Geconcludeerd kan dan ook worden dat er voldoende argumenten zijn om het transparantiebeginsel te erkennen in het Nederlandse bestuursrecht.

11.6 CODIFICATIE VAN (ONDERDELEN VAN) DE TRANSPARANTIEVERPLICHTING IN DE AWB

Naast de hiervoor genoemde mogelijkheden – het erkennen van het transparantiebeginsel dan wel een ruime(re) uitleg te geven aan het gelijkheidsbeginsel zodat het transparantievereisten omvat – is een derde optie om een aantal transparantieverplichtingen vast te leggen in de Awb.

In de literatuur wordt gepleit om terughoudend om te gaan met het codificeren van beginselen in de Awb. Zo moet volgens Schlössels niet te lichtvaardig tot codificatie worden overgegaan en moet codificatie op de juiste plek plaatsvinden. Voor de Awb zou het moeten gaan om 'breed erkende juridische beginselen die rechtstreeks verband houden met het functioneren van het openbaar bestuur'.⁸³ De transparantieverplichting kan nog niet worden aange-merkt als een 'breed erkend' beginsel, hoewel gesteld kan worden dat het zich

78 Prechal 2008, Prechal & De Leeuw 2008, p. 201-242, m.n. p. 231 en R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb (Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006)*, WODC 2007, p. 85-93.

79 Buijze 2013a, p. 153-157.

80 F.J. van Ommeren, 'Bestuursrecht is verdelingsrecht; Iets over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht', in: A.A.J. de Gier, H.F.M.W. van Rijswijk, J. Robbe e.a. (red.), *Goed verdedigbaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 97-107.

81 Widdershoven, Verhoeven e.a., 2007, p. 85-93.

82 Prechal 2008 en Prechal & De Leeuw 2008, p. 201-242, m.n. p. 241.

83 R.J.N. Schlössels 2012, p. 87-100, m.n. p. 96.

steeds meer in de richting van een beginsel ontwikkelt. Er lijkt bij de bestuursrechter 'enige huiver' te bestaan om het transparantiebeginsel als zodanig te benoemen.⁸⁴ Aandachtspunt is wel dat een Catch-22-situatie kan ontstaan, omdat eerst kan worden gesteld dat een beginsel moeilijk is te codificeren omdat het onvoldoende is uitgekristalliseerd, maar dat vervolgens als het beginsel eenmaal in de rechtspraak is uitgekristalliseerd, kan worden gesteld dat codificatie weinig toegevoegde waarde meer heeft.⁸⁵

Gerards heeft onderzocht wanneer de codificatie van een ongeschreven rechtsbeginsel juridische meerwaarde kan hebben. Zij meent dat codificatie pas juridisch nuttig is als een beginsel wordt omgevormd tot regel (transformatie) of als het beginsel wordt voorzien van nadere invulling, specificatie of clausulering (modificatie).⁸⁶ Zij heeft een denkkader ontwikkeld om te kunnen bepalen of een beginsel gecodificeerd zou kunnen worden, waarbij ze een vijftal gezichtspunten onderscheidt.⁸⁷ Dit denkkader is ook op de transparantieplichting toe te passen.

Ten eerste kan codificatie van bepaalde concrete transparantieplichtingen bijdragen aan de kenbaarheid, rechtszekerheid en toegankelijkheid van de aan het bestuur te stellen eisen en de voor de burger geldende waarborgen. Codificatie kan de betekenis van deze Unierechtelijke transparantieplichtingen verduidelijken en eenvoudig inpasbaar maken in het (stelsel van het) Nederlandse bestuursrecht.

Ten tweede kan codificatie van de transparantieplichting zinvol zijn als symboolfunctie. Er wordt in dat geval het signaal gegeven dat de transparantieplichting – en met name de doelen die met de verplichting worden gediend – van juridisch en maatschappelijk belang is.

Ten derde kan, gelet op het feit dat er bij de bestuursrechter 'enige huiver' lijkt te bestaan om transparantieplichting als 'beginsel' te benoemen, codificatie van de transparantieplichting sturend werken voor verdere rechtsontwikkeling van de transparantieplichting bij schaarse besluitvorming.

Ten vierde heeft een rechtsbeginsel een 'zachtere' werking dan een rechtsregel. Zo zal een beginsel wijken bij botsing met andere beginselen of rechtsregels. Door de heldere en duidelijke aspecten van de transparantieplichting te codificeren, kan het regelkarakter worden versterkt.

84 Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, 'Back to the future: de Europese Unie en het algemeen bestuursrecht', *JBplus* 2012, p. 195-213, m.n. p. 203-204.

85 Vgl. J.H. Gerards, 'Beginselrecht 'in de regel'; de juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok en S.D.P. Kole e.a. (red.), *In de regel; over kenmerken, structuur en samenhang in geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 19-36.

86 Gerards 2012, p. 19-38.

87 Gerards 2010, p. 787-807.

Ten slotte draagt codificatie van de transparantieverplichting bij aan de coherentie en consistentie van het nationale bestuursrecht in relatie tot de in het Europese recht gestelde eisen.⁸⁸

Gelet op deze vijf gezichtspunten kan geconcludeerd worden dat het (nog) niet wenselijk is om de transparantieverplichting als geheel te codificeren in de Awb, maar dat er wel goede redenen kunnen worden aangedragen om bepaalde concrete onderdelen van het beginsel in de Awb vast te leggen.⁸⁹ Zo kan voor de verdeling van schaarse rechten een voorschrift worden geïntroduceerd die bestuursorganen verplicht om de bij de verdeling te hanteren regels vast te leggen en algemeen bekend te maken.⁹⁰ Ook een verplichting om (beleids)regels vast te stellen over de verdeling van schaarse besluiten kan worden gecodificeerd. Het betreft dan regels over zowel de te volgen procedure als de eisen waaraan de aanvraag getoetst zal worden en de bekendmaking van deze regels. Als gekozen wordt voor het vastleggen van deze regels in een beleidsregel dan zal een uitzondering op de inherente afwijkingsbevoegdheid moeten worden opgenomen.⁹¹ Verder kan nog gedacht worden aan een verplichting om een 'openstellingsbesluit' te nemen, een uitzondering op de volledige heroverweging in bezwaar, een nuancering op de werking van artikel 4:5 Awb over onvolledige aanvragen en een beperking van de mogelijkheid om eenmaal genomen besluiten te wijzigen.⁹²

11.7 AFRONDING

In dit artikel is ingegaan op de vraag hoe de transparantieverplichting kan worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht. De introductie van de transparantieverplichting heeft toegevoegde waarde voor het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten. De transparantieverplichting heeft onder meer ten doel om favoritisme en willekeur uit te bannen en om gelijke kansen te bieden aan alle (potentiële) aanvragers. Bij de verdeling van schaarse besluiten is sprake van (potentiële) concurrentie waarbij er meer geïnteresseerden dan beschikbare besluiten (kunnen) zijn. Bij de toekenning

88 Zie ook T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2006, m.n. p. 31-40 en M.L. Fernandez Esteban, 'National Judges and Community law: The Paradox of the Two Paradigms of Law', *MJ* 1997(4), p. 143-151.

89 Als men de transparantieverplichting in een andere, brede betekenis zou willen codificeren dan zou codificatie in hoofdstuk 2 van de Awb wellicht een mogelijkheid zijn. Vgl. Gerards 2010, p. 787-807, m.n. p. 791 en G.H. Addink, 'De doorbraak van het beginselenrecht in het bestuursrecht; enkele opmerkingen over een conceptueel beginselenrecht', in: De Gier, Van Rijswijk, Robbe e.a. 2011, p. 3-16, m.n. p. 9.

90 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

91 Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. xvi en 85-93.

92 Zie uitgebreider: Drahmman 2013. Zie ook: W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen' in: Barkhuysen, Den Ouden & Polak 2010, p. 689-715.

van de schaarse besluiten moeten alle potentiële gegadigden gelijke kansen krijgen. De transparantieverplichting vormt een concretisering van hoe een dergelijke procedure vormgegeven kan worden. Op dit moment is de reikwijdte van de transparantieverplichting beperkt tot procedures waarop het Unierecht van toepassing is. Door de introductie van de transparantieverplichting in het Nederlandse bestuursrecht zou dus allereerst de werkingssfeer van de verplichting worden verruimd van Unierechtelijke geschillen naar zuiver interne situaties. Daarnaast blijkt uit jurisprudentieonderzoek dat introductie van de transparantieverplichting ook tot materiële veranderingen in het Nederlandse bestuursrecht zou leiden.

In de inleiding kwam de vraag aan de orde wat de juridische grondslag zou zijn voor plaatsing van een advertentie in een krant over de uitgifteronde voor exploitatievergunningen voor passagiersvervoer. In dat kader heb ik drie verschillende opties beschreven om een transparantieverplichting in het Nederlandse bestuursrecht te introduceren. Allereerst is het mogelijk om een nieuw (zelfstandig) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur te erkennen, namelijk het transparantiebeginsel. Ten tweede is het mogelijk om de transparantieverplichting als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel te zien. Hiervoor is het wel nodig dat het gelijkheidsbeginsel ruim(er) wordt uitgelegd zodat dit beginsel ook het 'beginsel van gelijke kansen' omvat. Ten derde is ingegaan op de mogelijkheid om onderdelen van de transparantieverplichting te codificeren in de Awb.

Enigszins kort door de bocht gezegd, maakt het voor de rechtzoekende weinig uit welk van de drie mogelijkheden wordt gekozen: eerst en vooral is van belang dat bestuursorganen de transparantieverplichting in acht nemen en dat de bestuursrechter hieraan toetst.

Naar mijn mening is het primair aan de bestuursrechter om te toetsen aan transparantieverplichtingen. Er staat niets in de weg aan het gegrond verklaren van een beroep wegens schending van de transparantieverplichting op grond van het transparantiebeginsel of het gelijkheidsbeginsel. Gelet op de 'huiver' die er bij bestuursrechters lijkt te bestaan om nieuwe beginselen te 'creëren', heeft het mijn voorkeur om de transparantieverplichting te benoemen als onderdeel van het (formeel) gelijkheidsbeginsel. Door een lichte modificatie van dit reeds algemeen erkende beginsel, kan gesteld worden dat de transparantieverplichting dient als middel om gelijke kansen te creëren en daarmee zorg te dragen voor een eerlijke mededinging. Een dergelijke uitleg is bovendien in lijn met jurisprudentie van het Hof van Justitie.⁹³ De transparantieverplichting zou kunnen worden gezien als *middel* om dat doel te bereiken en dus als *subbeginsel* van het gelijkheidsbeginsel.

Zoals hiervoor al is gesteld, is het bij de keuze voor deze mogelijkheid wel noodzakelijk dat de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel dusdanig wordt

93 Vgl. HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova) en HvJ EU 18 december 2007, C-220/06 (Correos), NJ 2008/281.

opgerekt dat alle transparantieverplichtingen eronder vallen. Aan een dergelijke oprekking zit direct ook het grootste risico van deze mogelijkheid: hoewel de transparantieverplichting dient om gelijkheid te bewerkstelligen, wijken de concrete verplichtingen die eruit voortvloeien inhoudelijk af van het (huidige) gelijkheidsbeginsel. Dit gaat ten koste van de kenbaarheid van de transparantieverplichting, waardoor onzeker is of de transparantieverplichting via het gelijkheidsbeginsel voldoende duidelijk naar voren kan komen. In ieder geval blijkt uit een analyse van jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter dat het gelijkheidsbeginsel in de Nederlandse rechtsorde tot op heden beperkt wordt geïnterpreteerd en (nog) niet wordt gekoppeld aan de transparantieverplichting. Dit kan wellicht worden verklaard doordat het doel (eerlijke mededinging) nog onvoldoende wordt erkend als achterliggend doel bij de verdeling van schaarse besluiten. Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van schaarse rechten zware eisen te worden gesteld 'onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid'. Het oogpunt van gelijke kansen voor de aanvragers wordt hier niet benoemd.

Het identificeren van het (formele) gelijkheidsbeginsel (of beginsel van gelijke kansen) als fundamenteel beginsel dat aan de verdeling van schaarse besluiten ten grondslag ligt, kan ervoor zorgen dat de bijzondere aard van schaarse besluiten beter wordt gearticuleerd. In het verlengde hiervan zou de transparantieverplichting dan als onderdeel van dit gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten worden geïntroduceerd. Ik doe dan ook primair een oproep aan bestuursorganen om de transparantieverplichting in acht te nemen bij de toekenning van schaarse besluiten en aan de bestuursrechter om deze besluiten te toetsen aan (de transparantieverplichting als onderdeel van) het gelijkheidsbeginsel. Mocht op termijn blijken dat de transparantieverplichting nog onvoldoende in het Nederlandse bestuursrecht wordt toegepast, dan is mijns inziens pas een taak weggelegd voor de wetgever door (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb te codificeren.

Afrondend kan op basis van het voorgaande ook antwoord worden gegeven op de in de inleiding gestelde concrete vraag: de juridische grondslag voor een algemene bekendmaking van de aanvang van een verdeelprocedure – zoals de advertentie voor de uitgifteronde voor exploitatievergunningen voor passagiersvervoer – is de transparantieverplichting die voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel en door alle bestuursorganen die schaarse besluiten nemen in acht moet worden genomen.

